





AKADEMIESE INLIGTINGSDIENS

UNIVERSITEIT VAN RETORIA

UNIVERSITEIT VAN RETORIA

1995-05-08


VAKKODE 340



UNIVERSITEIT VAN RETORIA

Aan die Akademiese Inligtingsdiens geskenk deur:

**REGTER F.L.H. RUMPF**  
Maart 1995



Digitized by the Internet Archive  
in 2017 with funding from  
University of Pretoria, Library Services

BC 39

340

TYDSKRIF VIR HEDENDAAGSE  
ROMEINS-HOLLANDSE REG

JOURNAL OF CONTEMPORARY ROMAN-DUTCH LAW

*KWARTAALBLAD VIR DIE REGSPRAKTISYN  
EN DIE REGSTUDENT IN SUID-AFRIKA*

REDAKTEUR ADJ VAN RENSBURG

*REDAKSIEKOMITEE*

AC CILLIERS, PORT ELIZABETH

FA DE VILLIERS, EMPANGENI

WOUTER DE VOS, KAAPSTAD

JC DE WET, STELLENBOSCH

PW DU PLESSIS, PIETERSBURG

R FEENSTRA, LEIDEN

JC FERREIRA, PRETORIA

DJ JOUBERT, PRETORIA

WA JOUBERT, PRETORIA

J LABUSCHAGNE, ALICE

DJ McQUID-MASON, DURBAN

B RANCHOD, DURBAN

K SCHWIETERING, STELLENBOSCH

SA STRAUSS, PRETORIA

JD VAN DER VYVER, JOHANNESBURG

JC VAN DER WALT, JOHANNESBURG

ADJ VAN RENSBURG, PRETORIA  
(*VOORSITTER*)

JNR VAN RHYN, BLOEMFONTEIN

P VAN WARMELO, PRETORIA

GG VISAGIE, BELLVILLE

TWEE EN VEERTIGSTE 1979

42

DURBAN

BUTTERWORTH & KIE (SA) (EDMS) BPK

1979

# Register

Opgestel deur

PJ VISSER

	BLADSY
A ARTIKELS	
ARONSTAM, PJ: Unconscionable contracts: the South African solution . . . . .	21
BOOYSEN, H: Kommentaar op die Wet op Prysregbevoegdheid 3 van 1968 . . . . .	43
CHURCH, J: Consortium omnis vitae . . . . .	376
CRONJÉ DSP: Die juridiese konstruksie van eiendomsvoorbehoud . . . . .	142
DE BRUIN, CR de W: Kinders en die toets vir nalatigheid in die privaatreg . . . . .	178
DELPORT, HJ: Gedingvoering met die actio pro socio tydens die bestaan van 'n vennootskap . . . . .	288
JACOBS, SC: 'n Juridiese analise van die konstitusionele voorstelle vir 'n nuwe grondwetlike bedeling in Suid-Afrika . . . . .	252
JOUBERT, DJ: Solutionis causa adjectus . . . . .	1
PAUW, P: Die begrip quasi-delik . . . . .	240
REINECKE, MFB en CRONJÉ, DSP: Eiendom op die huurkoopsaak en kansellasië van onuitgevoerde kontrakte by insolvensie van die huurkoopverkoper . . . . .	389
SCOTT, S: Die rol van kennisgewing van sessie aan die skuldenaar . . . . .	155
STASSEN, JC: Causa in die Kontraktereg . . . . .	357
VAN DER MERWE, CG: Regsbegrippe en Regspoliteik . . . . .	9
VAN DER VYVER, JD: Verskyningsbevoegdheid van minderjariges . . . . .	129
WACKE, A: Accidents in sport and games in Roman and modern German law . . . . .	273
B AANTEKENINGE	
BOSMAN, F: Die Huweliksvoorwaardeskontrak: 'n Nuwe gedaante . . . . .	409
BROOKS, PFJ: The wife's residence and domicile as jurisdictional factors in divorce actions . . . . .	103
CAMERON, E: Mute concurrence in the Appellate Division: Is silence golden? . . . . .	419
DAVIS, D: Section 7(5) of the Income Tax Act and Estate Dempers v SIR 1977 3 SA 410(A): No real progress in interpretation . . . . .	96
DAVIS, DM: Influx control - all quiet on the legal front! . . . . .	316
DEVENISH, GE: The doctrine of parliamentary sovereignty and the proposed new constitution . . . . .	85
FOURIE, JSA: Status en kontrak in die Suid-Afrikaanse arbeidsreg . . . . .	79
LE ROUX, WP en PRETORIUS, JT: 'n Aantekening oor staatsaanspreklikheid voort-spruitend uit polisearrestasies na aanleiding van Mhlongo v Minister of Police 1978 2 SA 551(A) . . . . .	92
OELOPSE, AN: Artikel 36 van die Maatskappywet versus artikel 15A van die Akteswet . . . . .	100

OELOFSE, AN: Bedrog deur derdes by kontraktsluiting . . . . .	425
SPIRO, E: Children of unmarried but cohabitating parents and of successive marriages . . . . .	403
SWANEMPOEL, DJ: Enkele opmerkings oor die registrasie van gebruikelike verbindinge in Bophuthatswana . . . . .	210
TAITZ, J: When is an appeal not an appeal? A legal conundrum . . . . .	70
TAITZ, J: Vagueness and uncertainty in subordinate legislation as a ground of invalidity . . . . .	412
VAN DER VYVER, JD: Beperte en volledige emansipasie . . . . .	309
VAN DER WALT, CFC: 'n Aantekening op 'n aantekening na aanleiding van Santam v Roux 1978 2 SA 856(A) . . . . .	197
VAN WYK, AJ: Die hoorsêreël in perspektief . . . . .	202
<b>C VONNISSE</b>	
BK Tooling (Edms) Bpk v Scope Precision Engineering (Edms) Bpk 1979 1 SA 391(A) deur L Hawthorne . . . . .	337
CD Development Co (East Rand) (Pty) Ltd v Novick 1979 2 SA 546(K) deur JG Lotz . . . . .	320
Coetzee v Malan 1979 1 SA 377(O) deur J Schoeman . . . . .	223
De Flamingh v Pakendorf; De Flamingh v Lake 1979 3 SA 676(T) deur J Neethling en JM Potgieter . . . . .	443
EG Electric Co (Pty) Ltd v Franklin 1979 2 SA 702 (OK) deur J Neethling . . . . .	329
Gien v Gien 1979 2 SA 1113(T) deur J Neethling . . . . .	448
Greenfield Engineering Works (Pty) Ltd v NKR Construction (Pty) Ltd 1978 4 SA 901 (N) deur T Davel . . . . .	214
Holtzman v Knights Engineering and Precision Works (Pty) Ltd 1979 2 SA 784(W) deur S Scott . . . . .	332
S v Palmos 1979 2 SA 82(A) deur FFW van Oosten . . . . .	323
S v Zanajo 1979 1 PH H63 (O) deur DJL Kotzé . . . . .	441
Samente v Minister of Police 1978 4 SA 632 (OK) deur R Verloren van Themaat . . . . .	112
Smit v Workmen's Compensation Commissioner 1979 1 SA 51 (A) deur A Beyleveld . . . . .	446
Trust Bank van Afrika Bpk v Van Jaarsveldt; Trust Bank van Afrika Bpk v Bitzer 1978 4 SA 115(O) deur DSP Cronjé . . . . .	108
Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk 1979 1 SA 441(A) deur J Neethling en JM Potgieter . . . . .	217
Usher v AWS Louw Elektriese Kontrakteurs 1979 2 SA 1059(O) en Saambou Nasionale Bouvereniging v Fr edman 1979 3 SA 978(A) deur MFB Reinecke en SWJ van der Merwe . . . . .	432
<b>D BOEKE</b>	
BRINKHOF, JJ: Een studie over het Peculium in het Klassieke Romeinse Recht deur P van Warmelo . . . . .	350
DUGARD, J: Human Rights and the South African Legal Order en MATHEWS, A: The Darker Reaches of Government deur M Wiechers . . . . .	341
JOUBERT, DJ: Die Suid-Afrikaanse Verteenwoordigingsreg deur CG van der Merwe . . . . .	452
FEENSTRA, R: Inleidende hoofdstukke betreffende die Romeins-rechtelike grondslagen van het Nederlands Privaatrecht deur DH van Zyl . . . . .	458
FEENSTRA, R en DE SMIDT, JTh: Geschiedenis van het Vermogensrecht, Tekstenboek deur PhJ Thomas . . . . .	459
JACOBS, M: The Law of Arbitration in South Africa deur BR Rutherford . . . . .	460
KERR, AJ: The Law of Agency deur S Scott . . . . .	457
KRIEL, DM: Latyn vir die Regstudent deur DJ Pienaar . . . . .	349
LOUBSER, MM: The Theft of Money in South African law deur CR Snyman . . . . .	124
MEYER, J: Local Government Law - Volume 1 General Principles deur DH van Wyk . . . . .	346
NEDERLANDS CENTRUM VOOR RECHTSHISTORISCHE DOCUMENTATIE: Verruiming van de grenzen van de Rechtsgeschiedenis deur F Bosman . . . . .	352
SKAPINKER, J en BARLING, NM: The South African Law of Persons through the Cases deur A van Aswegen . . . . .	232
STUART, KW: The newspaperman's Guide to the Law deur SA Strauss . . . . .	117
VAN JAARSVELD, SR (RED) en COETZEE, WN; DU PLESSIS, PA; DU PLESSIS, PW; GOODEY, JJ; JOUBERT, DJ; OTTO, JM; PIEK, JN; SCOTT, TJ: (MEDEWERKERS): SUID-AFRIKAANSE HANDELSREG deur JSA Fourie . . . . .	228
WOLF, JG: Politik und Gerechtigkeit bei Traian deur P van Warmelo . . . . .	126
<b>E KRONIEK</b>	
BUTTERWORTH . . . . .	20
JOUBERT, W: Van een redakteur aan 'n ander: 'n Persoonlike woord . . . . .	237
VAN DER WESTHUIZEN, WM: James Peter Yeats . . . . .	238
VAN RENSBURG, ADJ: Lebwohl Willem . . . . .	355
<b>F BRIEWE</b>	
DE KOCK, A: re "Status en Kontrak in die Suid-Afrikaanse Arbeidsreg" . . . . .	353

G BEGRIPPE		exceptio non adimpleti contractus . . . . .	337 ev, 394, 398
actio de effusis vel deiectis . . . . .	245, 251	ex pactioe nuda non oritur actio . . . . .	361
actio de pauperie . . . . .	16	finansiele verlies	
actio de positis ac suspensis . . . . .	247, 251	suiver . . . . .	214 ev
actio legis Aquiliae . . . . .	197 ev, 248 ev	gebruiklike verbinding	
actio furti . . . . .	245	registrasie . . . . .	210 ev
actio in factum . . . . .	244	swartes . . . . .	113 ev
actio injuriarum . . . . .	387	getuienis	
actio pro socio . . . . .	288 ev	toelaatbaarheid van . . . . .	202 ev
adjectus		gewoontereg . . . . .	114 ev
algemeen . . . . .	2 ev	goeie trou by kontrakte . . . . .	32 ev
gevolmagtigde . . . . .	3	grondwet	
administratiewe liggaam		nuwe grondwet vir SA . . . . .	252
besluite van . . . . .	72 ev	wysiging van . . . . .	272
aktes . . . . .	101 ev	(sien ook onder konstitusie)	
animus injuriandi		grundnorm . . . . .	86
laster . . . . .	443	handelsbevoegdheid	
appèl . . . . .	70 ev, 75	bepkering van . . . . .	41
appèlafdeling van hooggeregshof . . . . .	419 ev	hersiening . . . . .	70 ev, 75 ev
apteker		hoorsê-reël . . . . .	202 ev
wangedrag deur . . . . .	74 ev	negatiewe . . . . .	203 ev
arbeidsverhoudinge . . . . .	80 ev, 83 ev	hulpooienkoms . . . . .	373
arrestasie deur polisie . . . . .	92 ev	huurkoop . . . . .	389 ev
bantowerknemers . . . . .	82	huurkoopkoper	
bedrog . . . . .	40, 425	insolvensie van . . . . .	389 ev
beslagleggingshandeling		huwelik	
belasting		nietige . . . . .	404
inkomste . . . . .	96 ev	oepenvolgende . . . . .	407
bevydende betaling . . . . .	165 ev	putatiewe . . . . .	405
bogadi . . . . .	212 ev	vernietigbare . . . . .	404
causa obligandi . . . . .	360	huweliksverpligtinge . . . . .	378
causa promittendi . . . . .	368	huweliksverwantskap	
condictio causa data causa non secuta . . . . .	322	inbreuk op . . . . .	379
condictio indebiti . . . . .	322	huweliksvoorwaardekontrak	
condictio sine causa . . . . .	361	aanwasklousule . . . . .	409, 410
consortium		ideële skade . . . . .	381
nalatige inbreuk . . . . .	377, 384	identiteit	
consortium omnis vitae . . . . .	377	reg op . . . . .	221 ev
contra naturam sui generis . . . . .	16, 19	internasionale ooreenkoms . . . . .	66 ev
contra proferentem-reël . . . . .	27	in forma pauperis . . . . .	139 ev
culpa capax . . . . .	194 ev	insolvensie van huurkoopkoper . . . . .	389 ev
curator ad litem . . . . .	135 ev	instromingsbeheer . . . . .	316 ev
dagvaarding		jurisdiksie	
namens minderjarige . . . . .	137 ev	egskeidings . . . . .	104 ev
deursoekingshandeling . . . . .	47 ev	kenningsgewing	
deliktuele aanspreeklikheid . . . . .	240 ev, 382 ev	rol van by sessie . . . . .	162 ev
denuntiatio . . . . .	155 ev	kinders	
diefstal		nalatigheid by . . . . .	178 ev
ondeugdelike poging . . . . .	323 ev	ongetroude ouers . . . . .	403 ev
dienskontrak . . . . .	81, 446 ev	onwettige . . . . .	403 ev
dignitas . . . . .	218	oepenvolgende huwelike . . . . .	407
dissiplinêre tribunaal . . . . .	76	konstitusie	
domisilie van getroude vrou . . . . .	103 ev	federale . . . . .	87
duty to speak . . . . .	169	implimentering . . . . .	90 ev
dwaling . . . . .	40	kabinetsraad . . . . .	263 ev
egskeiding		kiesafdelings . . . . .	269 ev
jurisdiksie . . . . .	103	menseregte . . . . .	267 ev
eiendomsoordrag . . . . .	108 ev, 143 ev, 358	nuwe . . . . .	85 ev
eiendomsvoorbehoud . . . . .	142 ev	plaaslike besture . . . . .	261 ev
eiendomsreg van huurkoopsaak . . . . .	391	politieke partye . . . . .	271
erfopvolging . . . . .	408	presidentsraad . . . . .	260
emansipasie . . . . .	132, 309 ev	reksprekende gesag . . . . .	266
beperkte . . . . .	311 ev	uitvoerende gesag . . . . .	259
meerderjarigwording . . . . .	313 ev	volksraad . . . . .	256 ev
estoppel . . . . .	40, 314, 433 ev	wetgewende gesag . . . . .	256 ev
exceptio doli . . . . .	28, 39	kontrak . . . . .	22 ev
exceptio doli generalis . . . . .	28		
exceptio doli specialis . . . . .	28		



arbeidsreg . . . . .	79 ev	parlement	
bedrog . . . . .	425 ev	magte . . . . .	86 ev
bedingingsmag . . . . .	40	soewereiniteit . . . . .	86 ev
beïnvloeding . . . . .	40	persoonlikheidsreg . . . . .	220 ev, 448 ev
- breuk . . . . .	396	polisie	
dissensus . . . . .	432 ev	arrestasie . . . . .	92 ev
formaliteite . . . . .	34	roekeloosheid . . . . .	95
konsensuele . . . . .	367	werkzaamhede . . . . .	94
koopkontrak . . . . .	143 ev	poging	
moraliteit . . . . .	26 ev	tot diefstal . . . . .	323 ev
redelikheid . . . . .	29	privaatheid	
redelike oorsaak . . . . .	363	regspersoon . . . . .	217 ev
rektifikasie . . . . .	34	prysregbevoegdheid . . . . .	43 ev, 68 ev
serwituut . . . . .	223 ev	pryshof . . . . .	45 ev, 48 ev, 61 ev, 67 ev
terugtreeding . . . . .	401	prysjurisdiksie . . . . .	46 ev
vormgebreke . . . . .	320 ev	pyn en lyding . . . . .	197 ev
vryheid . . . . .	21	quasi-delik . . . . .	240 ev
wanvoorstelling . . . . .	425 ev	quasi-traditio . . . . .	226
wederkerige . . . . .	337 ev	quasi-ususfructus . . . . .	15
koopkontrak . . . . .	143 ev, 429	regsbegrippe	
terugvordering . . . . .	320 ev	regspersoon	
kurator		privaatheid . . . . .	217 ev
eleksie-bevoegdheid . . . . .	399	regspoliteik . . . . .	9 ev
insolvensie . . . . .	393 ev	rei vindicatio . . . . .	148 ev
lasbrief tot inhegtenisname . . . . .	93	restitutio in integrum . . . . .	314 ev
laster		salva rei substantia . . . . .	10
animus injuriandi . . . . .	443	sedent . . . . .	158 ev
lex commissoria . . . . .	148 ev	selfverskyningsbevoegdheid . . . . .	131
liggaamlike besering . . . . .	199	serwituut . . . . .	223 ev
litis contestatio . . . . .	290	sessie	
lobolo . . . . .	212	kennisgewing van aan skuldenaar . . . . .	155 ev
locus standi in judicio . . . . .	129 ev	sessie in securitatem debiti . . . . .	332 ev
maatskappy		sessionaris . . . . .	160 ev, 175
ultra vires handelinge . . . . .	100	skeepsvrag	
minderjarige		prysjurisdiksie ten aansien van . . . . .	54 ev
emansipasie . . . . .	309 ev	skip	
verskyningsbevoegdheid . . . . .	129 ev	pryshofjurisdiksie . . . . .	50 ev
nalatigheid		skuldeiser . . . . .	1 ev
kinders . . . . .	178 ev	skuldenaar . . . . .	1 ev, 5 ev, 175, 176, 393
redelike kind . . . . .	184 ev	skuldvergeliking . . . . .	171 ev
redelike man . . . . .	192	soewereiniteit	
wanvoorstelling . . . . .	330 ev	parlement . . . . .	85 ev, 262
natuurreg . . . . .	16, 365	politiek . . . . .	86 ev
negotia bonae fidei . . . . .	29 ev	solutionis causa adjectus . . . . .	1 ev
negotia stricti juris . . . . .	29 ev	solatium . . . . .	387, 198
noksale aanspreeklikheid . . . . .	244	sport	
nudum pactum . . . . .	360	beserings . . . . .	273 ev
nywerheidsraad . . . . .	81 ev	tweegevegte . . . . .	281
ondergeskikte wetgewing		staatsaanspreeklikheid . . . . .	92 ev
aard en werking . . . . .	415 ev	staatspresident . . . . .	259
vaagheid . . . . .	413 ev	staatsreg . . . . .	85 ev, 252 ev
oorlas . . . . .	448 ev	stare decisis . . . . .	62
oorlogskepe . . . . .	61	status	
okkupeerder		arbeidsreg . . . . .	79 ev
aanspreeklikheid . . . . .	251	stiefouerverwantskap . . . . .	407
"once and for all" - reël . . . . .	201	strafproses	
ontbindende voorwaarde . . . . .	145 ev	aanvaarding van pleit . . . . .	441 ev
ouer of voog		alternatiewe klag . . . . .	441 ev
van minderjarige . . . . .	132 ev	territoriale waters . . . . .	57 ev
ooreenkoms . . . . .	359	toerekeningsvatbaarheid . . . . .	180 ev
onwettige kind		traditio brevi manu . . . . .	190
moeder . . . . .	405	trustee . . . . .	97
vader . . . . .	405	ultra vires	
onwettigheid		maatskappy . . . . .	100 ev
kinders . . . . .	406	venia agendi . . . . .	132
opskortende voorwaarde . . . . .	149 ev	verbintnisse (deurlopende) . . . . .	395
order in council . . . . .	64, 69	vermoënskade . . . . .	198
owerspel . . . . .	383	vennootskappe	

	BLADSY		BLADSY
gedingvoering . . . . .	288 ev	a 1(c) . . . . .	315
ooreenkoms . . . . .	305	Law Reform (Miscellaneous Provi- sions) Act 1970 . . . . .	384
vennootskapsrekening . . . . .	306	British Domicile and Matrimonial Pro- ceedings Act 1973 . . . . .	106
verskyningsbevoegdheid infans . . . . .	130	a 1 . . . . .	106
vliegtuig . . . . .		(e) <i>Frankryk</i>	
prysjurisdiksie ten aansien van . . . . .	55 ev	CC . . . . .	
volmag . . . . .	102	a 1131 . . . . .	369
voogdy . . . . .	112 ev	a 1607 . . . . .	162
voorwaarde . . . . .		a 1689-1692 . . . . .	156, 162
toepaslikheid in sakereg . . . . .	144 ev	(f) <i>Kanada</i>	
volmag . . . . .	8	Canadian Divorce Act 1970 . . . . .	
vruggebruik . . . . .	10 ev	a 5(1) . . . . .	105
vruggebruiker . . . . .	10 ev	a 6 . . . . .	106
wanvoorstelling . . . . .		(g) <i>Nederland</i>	
nalatige . . . . .	214 ev, 329 ev	NBW . . . . .	
Westminsterkonstitusie . . . . .	254	a 668(2) . . . . .	156
wetgewing . . . . .		a 1359 . . . . .	431
ondergeskikte . . . . .	412 ev	a 1364 . . . . .	426
werknemer . . . . .		a 1371 . . . . .	369
beskerming . . . . .	80	(h) <i>Nieu-Seeland</i>	
H WETGEWING		Matrimonial Proceedings Act 1963 . . . . .	105
(a) <i>Australië</i>		a 20-21 . . . . .	105
Family Law Act 1975 . . . . .		New Zealand Domicile Act 1976 . . . . .	106
a 4(3)(b) . . . . .	106	a 5 . . . . .	106
a 39(3) . . . . .	104	(i) <i>Swede</i>	
a 94 . . . . .	106	Act prohibiting improper contract terms 1971 . . . . .	24
(b) <i>Bophuthatswana</i>		a 112 . . . . .	24
Wet op die Registrasie van Gebruik- like Verbindings 1977 . . . . .		(j) <i>VSA</i>	
a 4 . . . . .	210 ev	Uniform Commercial Code . . . . .	
a 9 . . . . .	210 ev	a 2-302 . . . . .	22
(c) <i>Duitsland</i>		(k) <i>Suid-Afrika</i>	
BGB . . . . .		Wet 27/1913 . . . . .	253
a 123 . . . . .	426	Wet 38/1927 . . . . .	
a 138(1) . . . . .	42	a 11(1) . . . . .	115
a 138 . . . . .	23	Wet 30/1928 . . . . .	
a 242 . . . . .	23	a 29 . . . . .	72
a 245 . . . . .	276	Wet 39/1930 . . . . .	
a 406 . . . . .	175	a 6 . . . . .	71
a 407 . . . . .	157, 160, 162	Wet 13/1934 . . . . .	
a 408 . . . . .	157, 162	a 1(2) . . . . .	407
a 409 . . . . .	162, 175, 177	Wet 18/1936 . . . . .	253
a 410 . . . . .	160 ev, 176	Wet 24/1936 . . . . .	
a 780 . . . . .	371	a 35 . . . . .	396, 400
a 781 . . . . .	371	a 37 . . . . .	397
a 782 . . . . .	371	a 50 . . . . .	400
a 812 . . . . .	371	a 84 . . . . .	391
a 814 . . . . .	371	Wet 47/1937 . . . . .	
a 1281 . . . . .	334	a 15A . . . . .	101
a 1288 . . . . .	334	Wet 53/1937 . . . . .	
a 1371(4) . . . . .	409	a 45 . . . . .	104
HGB . . . . .		Wet 22/1939 . . . . .	
a 734 . . . . .	281	a 1 . . . . .	103 ev
(d) <i>Engeland</i>		Wet 30/1941 . . . . .	
Naval Prize Act 1864 . . . . .		a 2 . . . . .	405, 408
a 55 . . . . .	65	a 4 . . . . .	408
Colonial Courts of Admiralty Act 1890 . . . . .		Wet 29/1942 . . . . .	
a 2(3)(b) . . . . .	45	a 11 . . . . .	199 ev
Law of Property Act 1925 . . . . .		Wet 36/1942 . . . . .	
a 136 . . . . .	162		
Prize Act 1939 . . . . .			
a 1(1) . . . . .	49		
Family Law Reform Act 1969 . . . . .			

	BLADSY		BLADSY
a 1 . . . . .	147	a 37 . . . . .	199
Wet 30/1944 . . . . .	81	Wet 83/1967	
Wet 32/1944		a 6(5) . . . . .	119
a 87 . . . . .	78	Wet 3/1968	
Wet 25/1945		a 1 . . . . .	46, 48 ev
a 10(1) . . . . .	317	a 2 . . . . .	48, 49 ev
Wet 55/1949		a 3 . . . . .	46 ev
a 1(1)(b) . . . . .	404	a 4 . . . . .	61
Wet 68/1951 . . . . .	253	Wet 31/1968 . . . . .	254
Wet 37/1953		Wet 73/1968 . . . . .	26
a 2(1)(b) . . . . .	200	Wet 68/1969	
a 20-21 . . . . .	105	a 13(1) . . . . .	197
Wet 45/1955		Wet 72/1971 . . . . .	26
a 4A(b) . . . . .	406	Wet 56/1972	
Wet 56/1955		a 21 . . . . .	199, 200
a 8 . . . . .	441	Wet 18/1973	
a 22(1) . . . . .	93	a 66A . . . . .	118
Wet 28/1956		Wet 61/1973	
a 50 . . . . .	82	a 36 . . . . .	100 ev, 428
a 65 . . . . .	81	a 346(1)(b) . . . . .	333
a 83 . . . . .	84	Wet 70/1973	
Wet 34/1956 . . . . .	386	a 7(3) . . . . .	83
Wet 20/1957		a 7A(10)(b) . . . . .	83
a 1 . . . . .	92	a 7B(4)(b) . . . . .	83
Wet 44/1957		a 7F(3)(b) . . . . .	83
a 1 . . . . .	59 ev	Wet 42/1974	
a 100 . . . . .	59 ev	a 37A . . . . .	118
a 103 . . . . .	61 ev	Wet 53/1974	
Wet 7/1958		a 45(3) . . . . .	70 ev
a 5 . . . . .	94 ev	a 24 . . . . .	75 ev
a 32 . . . . .	112 ev	Wet 56/1974	
Wet 44/1958 . . . . .	119	a 20 . . . . .	77
Wet 8/1959		a 42 . . . . .	77
a 44(1)(f) . . . . .	118	Wet 80/1976 . . . . .	26
Wet 46/1959 . . . . .	253	Wet 112/1976	
Wet 59/1959		a 31 . . . . .	78
a 21(2)(a) . . . . .	71	Wet 51/1977	
a 22 . . . . .	78	a 6(b) . . . . .	442
a 24(1) . . . . .	72	a 22(1) . . . . .	93
Wet 33/1960		a 40(1) . . . . .	92 ev
a 74 . . . . .	407	a 73 . . . . .	268
Wet 25/1961		a 153-4 . . . . .	119
a 26 . . . . .	234, 235	a 196(3) . . . . .	202 ev
Wet 32/1961		Wet 70/1979	
a 7 . . . . .	45, 259	a 4(1) . . . . .	480
a 63 . . . . .	88, 89	a 7 . . . . .	383
Wet 15/1962		a 9 . . . . .	383
a 3 . . . . .	26	a 10 . . . . .	383
Wet 58/1962			
a 7(5) . . . . .	96 ev		
Wet 74/1962			
a 2(1) . . . . .	56		
Wet 81/1963			
a 10(1) . . . . .	405		
Wet 25/1964 . . . . .	26		
Wet 34/1964			
a 25 . . . . .	436		
a 94 . . . . .	427		
Wet 73/1964 . . . . .	14		
Wet 63/1965			
a 41 . . . . .	119		
a 44 . . . . .	119		
Wet 30/1966			
a 6A . . . . .	408		
a 40 . . . . .	406, 408		
Wet 20/1967 . . . . .	14		
Wet 37/1967 . . . . .	119		
Wet 82/1967			

I GESELEKTEERDE TEKSTE

C 3 38 14 . . . . .	360
4 9 4 . . . . .	361
4 37 5 . . . . .	289, 292
8 38 10 . . . . .	360
8 38 14 . . . . .	360
8 41 3 . . . . .	153
D 2 2 3 7 . . . . .	359
2 14 1 3 . . . . .	359
2 14 7 3 . . . . .	359
4 9 7 1 . . . . .	244
4 9 7 4 . . . . .	244, 245
4 9 7 5 . . . . .	245
4 14 7 4 . . . . .	361
5 1 15 1 . . . . .	241
5 1 16 . . . . .	242
7 1 1 . . . . .	10
7 1 7 3 . . . . .	12
7 1 13 4 . . . . .	12

	BLADSY		BLADSY
7 1 13 5 . . . . .	13	3 11 . . . . .	366
7 1 13 6 . . . . .	12	3 13 2 . . . . .	240
7 1 13 6 . . . . .	13	3 19 4 . . . . .	2
7 1 13 7 . . . . .	11, 12	3 19 4 . . . . .	3
7 1 13 7 . . . . .	12	3 19 4 . . . . .	3
7 1 13 8 . . . . .	11	3 19 4 . . . . .	6
7 1 15 1 . . . . .	11	3 20 24 . . . . .	361
7 1 25, 26 . . . . .	11	3 103a . . . . .	2
7 1 27 2 . . . . .	13	3 146 . . . . .	273
7 1 44 . . . . .	10	4 1 pr . . . . .	240
7 1 61 . . . . .	10	4 1 . . . . .	247
7 1 68, 69, 70 . . . . .	11	4 1 9 . . . . .	28
7 1 73 . . . . .	12	4 5 pr 1, 2 . . . . .	249
7 4 5 3 . . . . .	10	4 5 . . . . .	240
7 4 12 pr . . . . .	11	4 5 1 . . . . .	244
7 4 12 1 . . . . .	11	4 5 4 . . . . .	247
7 5 2 1 . . . . .	15	4 13 2 . . . . .	361
9 1 pr . . . . .	16	241 . . . . .	291
9 1 . . . . .	16	Faber	
9 1 1 7 . . . . .	16	<i>Ad Institute</i> 4 9 pr par 23 . . . . .	18
9 1 1 11 . . . . .	279	<i>Codex Fabrianus</i> 8 30 13 . . . . .	165
9 1 5 . . . . .	16	Gaius	
9 2 7 4 . . . . .	273, 282	<i>Institute</i>	
9 2 9 4 . . . . .	273, 275	4 52 . . . . .	242
9 2 10 . . . . .	275	3 13 2 . . . . .	359
9 2 11 pr . . . . .	273, 277	3 89 . . . . .	359
9 2 45 3 . . . . .	273, 279	3 92 93 . . . . .	360
9 2 52 4 . . . . .	273, 278	3 103a . . . . .	5
9 3 1 pr . . . . .	243	3 116a . . . . .	359
9 3 1 4 . . . . .	243	Groenewegen	
9 3 1 4 . . . . .	248	<i>De Legibus Abrogatis ad D</i>	
9 3 1 9 . . . . .	243	46 1 23 . . . . .	2
9 3 1 10 . . . . .	243	31 65 1 . . . . .	15
9 3 2 3 . . . . .	243	<i>De Legibus Abrogatis ad Inst.</i> 12 en ad	
9 3 5 pr . . . . .	243	<i>Codex</i> 849 . . . . .	309
9 3 5 4 . . . . .	243	Grotius	
9 3 5 5 . . . . .	244	<i>Inleidinge</i>	
9 3 5 12 . . . . .	244	1 5 1 . . . . .	377
12 6 62 . . . . .	361	1 6 1 . . . . .	133
12 7 1 pr . . . . .	361	1 6 4 . . . . .	309
12 7 3 . . . . .	361	1 7 8 . . . . .	133
13 5 30 . . . . .	2	1 8 4 . . . . .	133, 135, 137
17 2 63 10 . . . . .	289, 290, 294	2 38 9 . . . . .	11
17 2 65 pr . . . . .	289	3 1 . . . . .	366
17 2 65 15 . . . . .	289, 297, 305	3 1 1 . . . . .	365
17 2 74 . . . . .	296, 304	3 1 1-48 . . . . .	366
21 2 51 pr . . . . .	242	3 1 2, 3 . . . . .	365
22 3 21 . . . . .	361	3 1 7 . . . . .	365
39 5 2 3, 4 . . . . .	361	3 1 9 . . . . .	365
39 5 2 7 . . . . .	361	3 1 10 . . . . .	22, 365
44 1 1 . . . . .	361	3 1 11 . . . . .	22
44 4 2 5 . . . . .	30	3 1 12 . . . . .	22
44 7 1 pr . . . . .	241	3 1 24 . . . . .	365
44 7 5 . . . . .	244	3 1 42 . . . . .	366
44 7 5 4 . . . . .	242	3 1 43 . . . . .	366
44 7 5 5 . . . . .	247	3 1 48, 49 . . . . .	365
44 7 5 6 . . . . .	245	3 1 50-53 . . . . .	366
45 1 1 2 . . . . .	360	3 1 52 . . . . .	366, 372
45 1 26, 27 . . . . .	361	3 1 53 . . . . .	366
46 3 10 . . . . .	2	3 3 1 . . . . .	366, 7
46 3 12 3 . . . . .	2	3 3 2 . . . . .	367, 372
46 3 57 1 . . . . .	5	3 3 12 ev . . . . .	367
46 3 81 . . . . .	2	3 3 21, 22 . . . . .	367
47 7 1 pr . . . . .	360	3 3 44 . . . . .	366
50 13 6 . . . . .	240, 242, 246	3 3 45 . . . . .	367
51 1 55 . . . . .	2	3 3 46 . . . . .	372
I 2 4 pr . . . . .	10	3 3 54 . . . . .	372
2 20 4 . . . . .	361	3 4 . . . . .	367

	BLADSY		BLADSY
3 5 4 . . . . .	367	1 5 5 . . . . .	137
3 6 1, 2 . . . . .	365	3 1 2 2 . . . . .	133
3 6 2 . . . . .	366	3 1 13 . . . . .	296
3 6 6, 7 . . . . .	365	3 1 22 . . . . .	135
3 6 10 . . . . .	365, 7	<i>Supplementum ad Voet</i>	
3 6 11 . . . . .	367, 372	7 5 1 . . . . .	15
3 19 2 . . . . .	372		
3 21 8 . . . . .	296	Van Leeuwen	
3 30 12 . . . . .	367	<i>Censura Forensis</i>	
3 30 14 . . . . .	367	1 5 31 4 . . . . .	17
3 30 15-17 . . . . .	367	2 1 8 9 . . . . .	249
3 30 17 . . . . .	366	<i>RHR</i>	
3 31 . . . . .	365	1 13 5 . . . . .	309
3 31 3 . . . . .	365	2 9 1 . . . . .	12
3 31 8 . . . . .	366, 7	2 9 3 . . . . .	12
3 38 10 . . . . .	17	2 9 5 . . . . .	13
35 5 9 . . . . .	378	4 1 1, 2 . . . . .	368
<i>De Jure Belli ac Pacis</i> 2 12 8, 9, 10 . . . . .	22	4 1 5, 6 en 7 . . . . .	368
Huber		4 23 16 . . . . .	296
<i>Hedendaegsche Rechtsgeleerdtheyt</i>		5 3 5 . . . . .	133
2 39 12 . . . . .	11		
2 39 25 . . . . .	11	Vinnius	
2 39 33 . . . . .	15	<i>Ad I</i>	
2 39 38 . . . . .	15	2 4 pr . . . . .	10, 11
3 2 11 12 . . . . .	297, 307	3 19(20) 4 . . . . .	6
Pothier		3 19(20) 4 n8 . . . . .	5
<i>Contrat de Societe</i>		<i>Institutionum</i>	
7 135 . . . . .	304	3 26 4 . . . . .	295
<i>Traité des Obligations</i>			
par 480 . . . . .	2	Voet	
par 516 . . . . .	2	<i>Commentarius ad Pandectas</i>	
par 526 . . . . .	5	1 7 12 . . . . .	309
Sande		2 4 4 . . . . .	131, 133
<i>Decisiones Frisicae</i> 5 3 2 . . . . .	13	2 4 34 . . . . .	136
Ulpianus		2 13 16 . . . . .	176
D 1 1 10 1 . . . . .	280	3 9 1 . . . . .	250
2 14 7 4 . . . . .	359	4 3 1 2 . . . . .	31
9 2 44 pr . . . . .	278	4 4 7 . . . . .	314
46 3 12 3 . . . . .	6	4 6 3 2 . . . . .	3
Van Bynkershoek		4 9 3 . . . . .	249
<i>Obs Tum</i>		5 1 11 . . . . .	135, 136, 141
51 . . . . .	174	5 1 58 . . . . .	249
512 . . . . .	174	7 1 21 . . . . .	11
Van der Keessel		7 1 24 . . . . .	10, 12
3 3 2 . . . . .	366	7 1 25, 26 . . . . .	11
313 (3 10 17) . . . . .	366	7 1 26 . . . . .	11, 13
<i>D Tb</i> 127 . . . . .	133	7 4 9 . . . . .	10, 15
<i>Dictata Tb</i> 127 . . . . .	141	9 1 1 . . . . .	17
<i>Praelectiones ad Grotius</i>		9 2 11 . . . . .	384
2 39 7 . . . . .	11	9 3 1 . . . . .	249
2 39 14 . . . . .	15	16 2 4 . . . . .	171, 2, 3
3 33 2 . . . . .	384	17 2 9, 18 . . . . .	304
Van der Linden		17 2 11 . . . . .	295, 305
<i>Koopmans Handboek</i>		17 29 . . . . .	295
1 4 3 . . . . .	309	18 1 24 . . . . .	143
		18 4 5 . . . . .	156, 161, 164, 165, 166, 167, 171
		23 2 11 . . . . .	309
		45 1 1 . . . . .	386
		45 1 2 . . . . .	369
		46 3 2 . . . . .	5, 6

HEER PRINTING CO (PTY) LTD  
PRETORIA

# Solutionis causa adjectus

DJ Joubert

*BALLD*

*Universiteit van Pretoria*

## SUMMARY

The solutionis causa adjectus is a person indicated in a contract as a person to whom the debtor may pay/perform. Such a term may be added in favour of one or both parties. The adjectus gets no right to claim performance. He receives as creditor of the creditor or his agent or as negotiorum gestor. In the latter case he becomes the mandatory of the creditor upon receipt of performance. The debtor is bound in the alternative, either to pay the creditor or to pay the adjectus and only the creditor can release him from this obligation by a method other than payment. The creditor cannot effectively forbid payment to the adjectus though Pothier would allow this in exceptional cases where fairness demands this. The courts have, wrongly it is submitted, automatically tended to regard the debtor as the agent of the creditor in effecting payment to the adjectus. There may be an authority conferred to effect payment to a named person, but such authority will always be revocable and the recipient will not be an adjectus.

Die solutionis causa adjectus, ook soms genoem die adjectus solutionis gratia, kom ter sprake waar iemand in 'n kontrak aangewys word as 'n persoon aan wie die skuldenaar bevrydend mag presteer in plaas daarvan om aan die ander kontraksparty en skuldeiser te presteer. Die klassieke geval is waar A van B stipuleer dat B aan A of C tien sal betaal. In die moderne tyd is daar natuurlik nie sprake van die ou stipulatio nie, maar bloot 'n afspraak in die kontrak met die wederparty dat die skuldenaar, volgens sy keuse, slegs in sekere gevalle of sonder enige beperking, aan 'n bepaalde derde party mag presteer.

## 1 DIE REDE VIR DIE AANGAAN VAN SULKE AFSPRAKE

Sulke betalingsbedinge kan in die kontrak opgeneem word vir die gerief (voordeel) van enigeen van of beide die partye. Die skuldeiser mag miskien wens om iemand anders aan te wys vir doeleindes van betaling sodat betaling byvoorbeeld nie agterweë bly omdat hy (die skuldeiser) nie altyd vir die skuldenaar beskikbaar is nie. Ander motiewe mag die skuldeiser ook daartoe bring, soos 'n begeerte dat die prestasie in die hande van die adjectus moet beland of dat die adjectus dit as sy lashebber of saakwaarnemer moet ontvang. Aan die ander kant mag dit miskien vir die skuldenaar ongerieflik wees om aan die skuldeiser te presteer ooreenkomstig die gewone regsreëls sodat hy begerig is dat daar ook iemand anders aangewys moet word aan wie hy met groter gerief kan presteer. Of beide faktore mag 'n rol speel.

## 2 DIE VERHOUDING TUSSEN DIE SKULDENAAR EN DIE ADJECTUS

Romeinsregtelik was dit duidelik dat die een nie vir 'n ander kon stipuleer nie en as A van B iets ten gunste van A en C of ten gunste van A of C beding dat C geen vorderingsreg teen B verkry nie.<sup>1</sup> In laasgenoemde geval was die vermelding van C egter nie betekenisloos nie omdat die skuldenaar bevrydend teenoor C sou kon presteer.<sup>2</sup> Alhoewel C nie skuldeiser geword het nie, sou die lewering van die beloofde prestasie aan C die skuldenaar teenoor die skuldeiser bevry. Hieruit is dit duidelik dat die adjectus iemand is wat bygevoeg is vir die bewerkstelling van prestasie. Sy verband met die verbintenis was persoonlik sodat daar nie aan sy erfgename of regsopvolgers presteer kon word nie.<sup>3</sup> Sy medewerking aan 'n ander verbintenisdelgende handeling as ontvangs van betaling sou ook nie die skuldenaar van sy verpligtings bevry nie.<sup>4</sup>

In die moderne reg kan die een wel ten behoewe van 'n ander beding sodat C in die voorbeelde hierbo genoem argumentsonthalwe wel 'n reg teen B sou kon verkry. Maar of dit die geval was of nie, sou van die bedoeling van die partye afhang. Daarom sou dit nog steeds kon gebeur dat A met B ooreenkom dat B aan A of C mag presteer sonder dat C enige aanspraak teen B verkry.<sup>5</sup> Die Romeinse adjectus kan dus nog steeds in die hedendaagse regselewe aangetref word.

## 3 DIE VERHOUDING TUSSEN SKULDEISER EN ADJECTUS

Die aanwysing van 'n adjectus kan in verskillende gevalle, wat die skuldeiser betref, ter sprake kom. Daar is dus verskeie gevalle wat genoem moet word.

### (a) Die adjectus is 'n skuldeiser van die skuldeiser<sup>6</sup>

Dit kan wees dat die kontrak daarvoor voorsiening maak dat die skuldenaar aan 'n skuldeiser van die skuldeiser ten tye van die kontraksluiting of ten tye van die prestasie mag presteer (moontlik vir sover hy 'n skuldeiser van die skuldeiser is). Wanneer die skuldenaar (B) aan die adjectus (C) presteer, wis hy sy eie (B se) verpligting teenoor sy skuldeiser (A) uit.

<sup>1</sup>Gaius *Institute* 3 103a; *I* 3 19 4; *D* 46 3 10.

<sup>2</sup>*D* 46 3 12 3. Volgens *D* 13 5 30 (sien bv Wissenbach *Disputationes ad Instituta* 33 n 42 en Pothier *Traité des Obligations* par 480) was die skuldenaar kragtens verweer bevry in geval van 'n constitutum.

<sup>3</sup>*D* 45 1 55; 46 3 81.

<sup>4</sup>*D* 46 3 10.

<sup>5</sup>*Mutual Life Insurance Co of New York v Hotz* 1911 AD 556 565; *Thal NO v Baltic Timber Co* 1935 CPD 110 116; *Kopman v Benjamin* 1951 1 SA 882 (W) 886. Vgl ook Groenewegen *De Legibus Abrogatis ad D* 46 1 23.

<sup>6</sup>Buckland *A Text-Book of Roman Law* 440; Pothier *Traité des Obligations* par 516; *Thal NO v Baltic Timber Co* 1935 CPD 110; *Norman Kennedy v Norman Kennedy Ltd* 1947 1 SA 790 (K); *Wire Industries Steel Products & Engineering Co (Coastal) Ltd v Surtees NO* 1953 2 SA 531 (A); *Acton NO v Pretoria City Council* 1962 1 SA 115 (T); *Administrator, Natal v Magill, Grant & Nell (Pty) Ltd (in liquidation)* 1969 1 SA 660 (A); *Blaikie Johnstone v Holliman* 1971 4 SA 108 (D).



Terselfdertyd wis hy A se skuld teenoor C tot die hoogte van die prestasie uit. Die skuldenaar se funksie in hierdie verband word later bespreek.

### (b) Die *adjectus* is 'n gevoldmagtigde van die skuldeiser<sup>7</sup>

Dit kan ook wees dat die persoon wat as *adjectus* aangewys word gewoonlik as verteenwoordiger van die skuldeiser handel en dat hy 'n bestaande volmag het om betalings (of miskien ander soorte prestasies) namens die skuldeiser te ontvang. Wanneer hy prestasie ontvang, ontvang hy dit namens die skuldeiser.

'n Belangrike feit is dat enige volmag herroep kan word sodat die skuldeiser die *adjectus* se volmag om prestasie namens hom te ontvang hom kan ontnem. As die *adjectus* na die herroeping van sy volmag bevoeg bly om prestasie te ontvang, dan ontvang hy dit ingevolge die kontrak tussen die skuldeiser en skuldenaar asof daar nooit enige volmag aan hom verleen is nie.

### (c) Die *adjectus* is nòg skuldeiser nòg gevoldmagtigde

Dit sou sekerlik kon gebeur dat iemand as *adjectus* in 'n kontrak ingevoeg word sonder dat hy 'n skuldeiser van die skuldeiser of sy gevoldmagtigde is. Dit kan gebeur dat iemand vir die doeleindes van betaling aangewys word sonder dat daar vooraf met hom ooreengekom is om die prestasie namens die skuldeiser te ontvang en sonder dat hy ekonomies daarby sal baat deur die geld te ontvang. Daar kan aangeneem word dat hy alleen die prestasie sal aanvaar as daar 'n voldoende menslike motivering daarvoor is, maar dit is die gevolge van 'n sodanige aanvaarding wat vervolgens van belang is.

Ten aansien van 'n stipulasie "mihi aut Seio dare spondes?" verklaar Justinianus:

"[S]ed ille adversus Seium habeat mandati actionem."<sup>8</sup>

Hiervolgens het die stipulans (die skuldeiser) 'n aksie op grond van lasgewing teen die *adjectus*. Die vraag is dan vervolgens of hierdie lasgewingsaksie verleen word op grond van 'n voorafgaande lasgewing, sodat die teks slegs 'n feitelike mededeling bevat, en of die lasgewingsaksie ingestel kan word ook waar daar geen voorafgaande lasgewing was nie. In laasgenoemde geval sou ons moes veronderstel dat die skuldeiser in die kontrak 'n lasgewing gee wat die *adjectus* by aanvaarding van prestasie aanvaar of dat dit 'n besondere regsreëling is. Die antwoord op hierdie vraag is nie voor-die-hand-liggend nie en word ook nie met een stem in die bronne beantwoord nie.

Die Middeleeuers het graag verwys na *D* 46 3 12 1 waarvolgens die skuldenaar ook aan iemand wat nie 'n *procurator* was nie kon presteer.

<sup>7</sup>I 3 19 4; Buckland 440; Kaser *Roman Private Law* (soos vertaal deur Dannenbring) (1965) 53 1 3; Lee *Elements of Roman Law* 252; Voet 46 3 2; *Thal NO v Baltic Timber Co* 1935 CPD 110. Vgl *Tromp & Playfair v Currie NO* 1966 2 SA 704 (RAD).

<sup>8</sup>I 3 19 4. Volgens Vinnius se kommentaar op hierdie teks (n 4) kom die reël van *D* 45 1 131 1 (Scaevola). Dit word ook vermeld in *D* 46 3 98 5 (Paulus). Volgens Kaden se bespreking van S Cugia se werk *L'adjectus solutionis causa* (1919) in 1927 *ZSS* 559 is beide tekste deur die kompilatore bewerk. Volgens die glosse van Gothofredus op *D* 46 3 98 5 deel Cujacius hierdie mening.

Hierdie teks veronderstel dat betaling of prestasie aan iemand sonder voorafgaande magtiging kon geskied. Die glos *non procuratori* by hierdie teks lewer kommentaar op die daaropvolgende verhouding en daaruit blyk dat daar meningsverskil daaroor was. Sommige meen dat die *adjectus* met die *actio mandati* gebind word terwyl andere dit bestry op grond daarvan dat 'n lasgewingskontrak nie deur middel van 'n boodskapper of brief gesluit kan word nie. Hierop is die verdere kommentaar van *Castrensis*:

“*Adjectus solutionis causa differet a procuratore, et habere mandatum non videtur; quia negotium non agitur inter eum et stipulatorem, sed inter eum et promissorem. Tenetur tamen stipulatori negotiorum gestorum actione restituere id quod a promissore receperit.*”

Die ou argumente ten aansien van kontraksluiting oor 'n afstand is hedendaags nie van toepassing nie en kan gevolglik buite rekening gelaat word. Hedendaags kan 'n lasgewingskontrak onder afwesiges gesluit word indien al die gewone vereistes vir die sluiting van 'n lasgewingskontrak (en hier dink mens veral aan aanbod en aanname) aanwesig is. *Castrensis* se argument wat hier van belang is, is dat geen kontrak tussen skuldeiser (A) en *adjectus* (C) tot stand kom nie omdat die onderhandelings tussen die skuldenaar (B) en C gevoer word. Volgens hom is daar geen aanbod van A nie en geen aanname van C wat 'n lasgewingskontrak tot stand bring nie. Volgens hierdie opvatting kan daar alleen 'n lasgewingskontrak tussen A en C bestaan waar daar voor sluiting van die kontrak (of miskien gelyktydig daarmee) 'n lasgewingskontrak tussen A en C gesluit is. In ander gevalle is daar slegs 'n saakwaarnemingsaksie aan A beskikbaar.<sup>9</sup> Die waarskynlike idee is dat C die sake van A behartig sonder voorafgaande opdrag en dus sy saakwaarnemer is. Enige bewering dat hy terselfdertyd die lashebber van B is om betaling te bewerkstellig, is hiermee teenstrydig en val ook snaaks op wanneer in gedagte gehou word dat B normaalweg deur prestasie aan C bevry word teenoor A, iets wat nie die geval sou wees as hy vir C as sy lashebber aanstel nie. En om C as sy lashebber aan te stel, het hy in elk geval nie die verlof van die skuldeiser by die kontrak nodig nie.

*Cujacius* onderskei die *adjectus* van die gevoldmagtigde op die tradisionele grond dat 'n gevoldmagtigde se volmag herroep kan word terwyl die skuldeiser nie die skuldenaar kan belet om aan die *adjectus* te betaal nie.<sup>10</sup> In die lig van die feit dat die skuldeiser in die normale geval nie betaling aan die *adjectus* kan belet nie, het hierdie onderskeid wel gewig. Elders noem *Cujacius* die *adjectus* wat betaling ontvang 'n quasi-procurator<sup>11</sup> of vergelyk hy hom met 'n procurator.<sup>12</sup> Ook belangrik is die volgende verklaring:

“*[M]andati actionem nam id mandasse stipuletur videtur, ut pecuniam acceperet, distat tamen adjectus ab illo, cui nominatim mandatum est, ut pecunia solveretur.*”<sup>13</sup>

Hiervolgens is *Cujacius* bereid om die geval te behandel as een van lasgewing omdat die skuldeiser aan die *adjectus* 'n lasgewingsaanbod maak.

<sup>9</sup>Glos *a Titio* op *D* 45 1 131 1 (contra *M(artinus)*); glos *mandati* op *D* 46 3 98 5.

<sup>10</sup>*Ad Africanum Tractatus VII (Opera Omnia vol 1 kol 1422A).*

<sup>11</sup>In boek 52 *Digestorum Salvii Juliani (Opera Omnia vol 6 kol 352B).*

<sup>12</sup>Oor boek 28 *Quaestiones Papiniani (Opera Omnia vol 4 kol 731A).*

<sup>13</sup>*Ad Inst Domini Justiniana (Opera Omnia vol 8 kol 1061B).*

Dit is egter geen gewone geval nie want daar is ook 'n skuldenaar betrokke wat nie belet kan word om aan die adjectus te presteer nie.

Voet meen dat die skuldeiser 'n stilswyende volmag ten aansien van die betaling gee.<sup>14</sup> Die vraag is dan: Wie het Voet in gedagte as die lashebber? Uit wat hy verder skryf, is dit duidelik dat Voet die adjectus as die lashebber beskou en dat die adjectus die lasgewing van die skuldeiser aanvaar wanneer hy die betaling aanvaar.<sup>15</sup> Hy hoef dus nie voor aanvaarding van 'n prestasie 'n lashebber te gewees het nie.<sup>16</sup>

Waar daar dus geen voorafgaande lasgewingsverhouding tussen die skuldeiser en die adjectus bestaan nie, kan daar deur die aanvaarding van die prestasie 'n lasgewingsverhouding tussen die skuldeiser en adjectus tot stand kom. As die vereistes vir 'n lasgewingsverhouding in laasgenoemde geval egter ontbreek, dan het die reg die adjectus as 'n saakwaarnemer behandel.

#### 4 DIE VERHOUDING TUSSEN SKULDENAAR EN SKULDEISER

Die natuurlike gevolgtrekking is dat waar A en B ooreenkom dat B aan A of C mag presteer A die skuldeiser is.<sup>17</sup> Dit sou veronderstel dat A vir B sou kon aanspreek as B nie presteer nie. Die vraag is dan: Wat kan A van B vorder? B is volgens sy onderneming verplig om teenoor A of C te presteer en A sou dus vir B kon aanmaan om aan hom of C te presteer. Maar in die Romeinse en Middeleeuse reg kon A blykbaar prestasie aan homself vereis en na *litis contestatio* het B se reg verval om bevrydend teenoor C te presteer.<sup>18</sup> In die moderne reg het *litis contestatio* nie langer die verbintenisdelgende uitwerking van weleer nie sodat die oorspronklike verbintenis ten spyte daarvan sou bly voortbestaan. B sou dus nog steeds verplig wees om te presteer maar steeds die keuse hê om òf aan A òf aan C te presteer.<sup>19</sup> A se aanspraak moet dus op hierdie verpligting betrekking hê en daar kan moeilik gesien word hoe hy prestasie aan homself alleen kan vorder. Maar waar B nie presteer nie, sou A sekerlik 'n bevel vir daadwerklike nakoming kon aanvra en B met die gebruikelike middels, insluitende eksekusie by nie-betaling van geldskulde, kon aanspreek. Hy sou ook moontlik ander regsmiddels, soos terugtrede en eise om skadevergoeding kon aanwend.

Die inhoud van die verbintenis tussen A en B is dat B 'n keuse het om aan A of C te presteer. Aangesien B slegs aan C persoonlik mag presteer en aan A of sy gevolmagtigdes en regsopvolgers, en aangesien slegs A vir B van sy verpligtings kan verlos deur middel van 'n ander verbintenisdelgende handeling as die ontvangs van prestasie, is dit duidelik dat B se verpligtings bestaan uit 'n alternatiewe verpligting: presteer aan A of presteer aan C.

<sup>14</sup>46 3 2.

<sup>15</sup>Voet 46 3 2 behandel die feit dat die skuldenaar nie aan die erfgename van die adjectus mag presteer nie. Die rede hiervoor is, volgens Voet, dat die las (aan die adjectus) by sy dood tot 'n einde kom en nie deur sy erfgename uitgevoer kan word nie.

<sup>16</sup>Kyk ook Vinnius *ad I* 3 19 (20) 4 n 8.

<sup>17</sup>Gaius *Institute* 3 103a; *I* 3 19 4; *D* 45 1 141 3.

<sup>18</sup>*D* 46 3 57 1 en glos *solvi potest* op *D* 46 3 106; Cujacius *Opera Omnia* vol 6 kol 365E.

<sup>19</sup>Pothier par 526.

Die skuldenaar is aan die skuldeiser verskuldig die beloofde prestasie of 'n ander handeling, naamlik lewering van die prestasie aan C.

Die belangrikste vraag in verband met die verhouding tussen die partye is egter of die skuldeiser die skuldenaar kan belet of verhinder om aan die adjectus te presteer. Hieroor is die duidelike antwoord van die Romeinse tekste dat die skuldeiser nie die skuldenaar se bevoegdheid om aan die adjectus te presteer eensydig kan beëindig nie.

I 3 19 4: "... solvi tamen Seio (adjectus) etiam invito eo (skuldeiser) recto possit ..."

D 46 3 12 3 (Ulpianus): "Alia causa est, si mihi proponas stipulatum aliquem sibi, aut Titio; hic eum etsi prohibeat me Titio solvere, solvendo tamen liberabor: quia certam conditionem habeat stipulatio, quam immutare non potuit stipulator."

D 46 3 106 (Gaius): "Aliud est, iure stipulationis Titio solvi posse; aliud, postea permissu meo id contingere. Nam cui iure stipulationis recte solvitur, et etiam prohibente me recte solvi potest: cui vero alias permisero solvi, ei non recte solvitur, si priusquam solveretur, denunciaverim promissori, ne ei solveretur."

Die ratio vir die reëling het twee fasette. Eerstens word die skuldenaar kragtens ooreenkoms (certa conditio of ius stipulationis) die reg verleen om aan die adjectus te presteer en die skuldeiser kan nie eensydig die reg van die skuldenaar ophief nie. Tweedens word die onderhawige geval onderskei van ander gevalle waar die skuldeiser na die kontraksluiting aan die skuldenaar toestemming verleen om aan 'n derde te presteer omdat toestemming herroep kan word maar 'n kontraktuele vergunning nie.

Hierdie beskouing dat die skuldeiser nie die skuldenaar eensydig kon verhinder om aan die adjectus te presteer nie is deur die Middeleeue heen tot in die moderne tyd gehandhaaf.<sup>20</sup> As ratio word steeds verwys na die feit dat die ooreenkoms die skuldenaar toelaat om aan die adjectus te presteer.<sup>21</sup> As die skuldeiser die reg wil hê om betaling aan die adjectus te verbied, moet hy te dien effekte afspreek.<sup>22</sup> Die gewone ongekwalfiseerde adjectus-beding gee aan die skuldenaar die keuse om aan die adjectus of die skuldeiser te betaal.<sup>23</sup>

'n Besondere afwyking van die algemene opvatting tref ons aan by Pothier:

"Indien egter de schuldeischer redenen bijbracht, om de betaaling niet te doen in handen van den bij het contract aangewezen persoon, en de schuldenaar geen belang

<sup>20</sup>Bartolus *ad D 46 3 12 1*; Cujacius *Opera Omnia* vol 1 kol 1422A; vol 4 kol 680 E en kol 731; vol 5 kol 841C; vol 6 kol 148E en 352B; vol 8 kol 1061B; Vinnius *ad I 3 19(20) 4*; Voet 46 3 2; Zoesius *Commentarius ad D 46 3 n 13*; *Steward's Trustee v Altensted* (1898) 13 EDC 151; *Mutual Life Insurance Co of New York v Hotz* 1911 AD 556 565; *Acton NO v Pretoria City Council* 1962 1 SA 115 (T); *Palmer v President Insurance Co Ltd* 1967 1 SA 673 (O) 676; *Magill, Grant & Nell (Pty) Ltd v Administrator*, Natal 1968 4 SA 44 (D) 48 en 1969 1 SA 660 (A) 669; De Wet en Yeats *SA Kontraktereg en Handelsreg* (4e uitg 1978) 234; Wessels *SA Law of Contract* (2e uitg 1956) par 2195. Die teenstrydige opvatting in *Cassim v Latha* 1930 TPD 659 663 is sonder gemeenregtelike gesag en word algemeen as te wyd beskou; *Norman Kennedy v Norman Kennedy* 1947 1 SA 790 (K) 808; *Palmer v President Insurance Co Ltd* supra 677-678; De Wet en Yeats 234 n 60.

<sup>21</sup>Cujacius *Opera Omnia* vol 1 kol 1422A; vol 4 kol 680E en 731; Vinnius *ad I 3 19(20) 4*; Voet 46 3 2.

<sup>22</sup>Cujacius *Opera Omnia* vol 4 kol 680E.

<sup>23</sup>Zoesius *Commentarius ad D 46 3 n 13*.

had, om liever in handen van dien persoon, dan van den schuldeischer zelve, of aan eenen anderen aangewezene persoon te betaal, zoo zoude het aan de zijde van dien schuldenaar eene onredelike stijfhoofdigheid wezen, om in handen van den aangewezene persoon te willen betaal; eene stijfhoofdigheid, welke de Justitie niet behoort goed te keuren.”<sup>24</sup>

Daar kan op gewys word dat Pothier die bevoegdheid van die schuldenaar in die algemeen as onherroeplik beskou en dat hy op grond van die billikheid eensydige herroeping deur die schuldeiser slegs toelaat waar dit vir die schuldenaar om 't ewe is en die schuldeiser 'n (goeie) rede vir die herroeping het.

Hierdie opvatting is al meermale in die regspraak en regsliteratuur vermeld, gewoonlik met uitdruklike goedkeuring.<sup>25</sup> Aangesien Pothier sy standpunt enkel op die billikheid grond, is dit van besondere belang om te let op die redes wat in die regspraak aangedui word vir die toelaatbaarheid van die schuldeiser se bevoegdheid om die schuldenaar se keuse lam te lê. In *Mahomed v Lockhat Bros & Co Ltd*<sup>26</sup> word verklaar:

“[I]n such a case payment to the person mentioned in the agreement is stipulated for the convenience of the creditor.”

Hierdie beskouing gaan ongelukkig nie op nie omdat dit 'n feitevraag is of die aanwysing van die adjectus in die belang van die schuldeiser en/of die schuldenaar geskied het. Daar kan nie vanselfsprekend aangeneem word dat hy in die belang van die schuldeiser alleen aangewys is nie.<sup>27</sup>

'n Verdere rede vir die vermoë van die schuldeiser om met die ooreenkoms in te meng, is dat hy aan die schuldenaar 'n volmag gegee het om aan die adjectus te presteer en dat hy hierdie volmag kan herroep. In *Norman Kennedy v Norman Kennedy Ltd*<sup>28</sup> word verwys na “the authority hereby conferred upon the debtor. . .” In *Magill, Grant & Nell (Pty) Ltd v Administrator, Natal*<sup>29</sup> word ook na 'n volmag verwys en gesê:

“[T]he authority conferred by (the creditor) on the (debtor) to pay the nominated sub-contractors is a mandate. . .”

In *Administrator, Natal v Magill, Grant & Nell (Pty) Ltd (in liquidation)*<sup>30</sup> word ook deur die appèlhof verwys na “the authority conferred by the

<sup>24</sup>par 525 soos vertaal deur Van der Linden (in *Verhandeling over de Verbindenissen*). Die oorspronklike lui: “Néanmoins si le créancier alléguoit qu'il a des raisons pour que le paiement ne se fasse pas entre les mains de cette personne indiquée par le contrat; et que le débiteur n' eût aucun intérêt de payer entre les mains de cette personne plutôt qu'au créancier lui-même, ou à quelque autre personne qu'il lui indiqueroit à la place de celle indiquée par le contrat, ce seroit de la part de ce débiteur une mauvaise humeur et une obstination déraisonnable de vouloir payer entre les mains de la personne indiquée; obstination que la justice ne devoit pas approuver.” In *Cassim v Latha* 1930 TPD 659 en ander gewysdes word gepraat van Pothier par 489.

<sup>25</sup>*Cassim v Latha* 1930 TPD 659; *Mahomed v Lockhat Brothers & Co Ltd* 1944 AD 230 238; *Norman Kennedy v Norman Kennedy Ltd* 1947 1 SA 790 (K) 802-803; *Palmer v President Insurance Co Ltd* 1967 1 SA 673 (O) 677; De Wet en Yeats 234; Wessels par 2195.

<sup>26</sup>1944 AD 230 238.

<sup>27</sup>Vgl bv *Tromp & Playfair v Currie* NO 1966 2 SA 704 (RAD).

<sup>28</sup>1947 1 SA 790 (K) met 'n beroep op *Steward's Trustee v Altensted* (1898) 13 EDC 151 wat die geval uitsluitlik ingevolge 'n volmag (authority) beskrywe.

<sup>29</sup>1968 4 SA 44 (D) 48.

<sup>30</sup>1969 1 SA 660 (A).

contract upon the debtor to pay. . . ." Ook dit skep die indruk dat daar verwys word na 'n volmag, hoewel die aangehaalde gedeelte ook versoenbaar is met die gedagte dat die skuldenaar 'n bevoegdheid het, naamlik 'n keuse-reg.

As eenmaal aanvaar word dat die skuldeiser aan die skuldenaar 'n volmag verleen om aan die adjectus te presteer, dan is dit duidelik dat daardie volmag in die gewone loop van sake herroeplik is, behalwe in uitsonderingsgevalle.<sup>31</sup> Gewoonlik word die volmag as onherroeplik gesien waar dit deel van 'n ooreenkoms tussen die partye is, soos hier, met die gevolg dat dit slegs in uitsonderingsgevalle herroeplik is.<sup>32</sup> Die probleem is egter, afgesien van enige bedenkinge teen die bestaan van 'n onherroeplike volmag, dat hierdie konstruksie strydig is met die hele benadering van die gemene reg en, kan mens byvoeg, met die ware bedoeling van die partye. Volgens die gemene reg word die skuldenaar 'n alternatiewe verpligting opgelê; hy beding dat hy sy verpligtings op een van twee maniere kan voldoen. Wanneer hy aan die adjectus presteer, voldoen hy sy verpligtings en ontvang die adjectus die prestasie as lashebber of saakwaarnemer van die skuldeiser. Die skuldenaar het geen bedoeling om namens die skuldeiser en as sy gevolmagtigde te presteer nie. Hy het geen bedoeling om as gevolmagtigde op te tree nie en daarom beding hy 'n bevoegdheid.

Dit mag egter wees dat by 'n ware uitleg van die ooreenkoms dit inderdaad blyk dat die partye bedoel het dat die skuldenaar 'n volmag van die skuldeiser sal ontvang om aan 'n bepaalde persoon te presteer. Cujacius het, soos vroeër uitgewys, vereis dat hierdie bedoeling beliggaam moet word in 'n beding dat die skuldeiser die skuldenaar se bevoegdheid kan herroep, maar hedendaags sou 'n mens seker so 'n bedoeling kon vind deur die ooreenkoms gewoonweg uit te lê. As dit egter blyk dat 'n volmag aan die skuldenaar verleen is, moet dit soos enige ander volmag herroeplik wees. □

*Obviously, "law" can never be defined. With equal obviousness, however, it should be said that the adherents of the legal institution must never give up the struggle to define law, because it is an essential part of the ideal that it is rational and capable of definition . . .*

*Thurman Arnold*

<sup>31</sup>*Steward's Trustee v Altensted* (1898) 13 EDC 151.

<sup>32</sup>DJ Joubert "Die Onherroeplike Volmag" 1969 *THRHR* 263-292.

# Regsbegrippe en regspolitiesk\*

CG van der Merwe

*BA BCL LLD*

*Universiteit van Stellenbosch*

## SUMMARY

This address deals with the role played by legal concepts in a legal system. Two concepts, namely *salva rei substantia* in the sphere of usufruct and the requirement of *contra naturam sui generis* under the *actio de pauperie* are analysed with respect to their historical development and application in modern South African law. The following conclusions are drawn from this analysis: Firstly, a literal meaning has in no stage of their development been ascribed to either of these concepts. Secondly, their applicability to modern circumstances can only be evaluated in the light of socio-economic factors which played a role in their historical development. Thirdly, if a legal concept becomes outdated, the court should not hesitate to discard it – a “jurisprudence of interests” rather than a “jurisprudence of concepts” ought to prevail.

Presidensiële redes val gewoonlik in twee kategorieë. Eerstens is daar die vakkundige toesprake wat bewys lewer van die redenaar se vaardigheid as regs-wetenskaplike. In hierdie redes word die oorsprong en historiese ontwikkeling van ’n bepaalde regsinstelling of -begrip gewoonlik noukeurig ontleed en daarna word die funksie van die instelling of begrip in die Suid-Afrikaanse reg aan die hand van regspolitiese en regsvergelykende oorewegings beoordeel. Hierdie tipe toespraak kan vergelyk word met die “*exercise de chirurgie*” van die Humanistiese Skool in die tyd van Donellus en Cuiacius toe eksponente van hierdie denkrigting soos snydokters op die *Corpus Iuris Civilis* toegesak het ten einde die suiwer klassieke Romeinse reg daaruit te dissekteer. Tweedens is daar (en hier dink ek dalk eerder aan die tafelredes van ons Vereniging) die meer populêre toesprake wat daarop gemik is om die toehoorders te boei en aan hulle vermaak te verskaf. Hierdie toesprake bestaan gewoonlik uit ’n logiese (of dikwels nie te logiese) aanskakeling van staaltjies, grappies en anekdotes met ’n moralistiese gevolgtrekking ten besluite.

Ten volle daarvan bewys dat ek in hierdie proses dalk tussen twee stoele kan sit, het ek besluit om hierdie jaar ’n via media te volg. Ter wille van die regsgeleerdes hier teenwoordig is ek voornemens om twee begrippe aan ’n wetenskaplike of ten minste kwasi-vakkundige ondersoek te onderwerp. Reeds aan die begin wil ek sê dat hierdie twee begrippe nie met mekaar in verband staan nie. Ek wil hulle nietemin om twee redes saam behandel. Die

---

\*Presidensiële rede gelewer tydens die Kongres van die Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte te Durban-Westville op 3 Julie 1978.

eerste is omdat albei 'n mens hoofbrekens besorg sowel by die onderrig van die privaatrek as, kom dit my voor, by die toepassing daarvan in die praktyk. Die tweede is omdat albei 'n illustrasie bied van hoe historiese begrippe wat in 'n Latynse kleding aan ons oorgelewer is, probleme oplewer indien 'n mens vandag die inhoud van die betrokke begrippe probeer bepaal aan die hand van die letterlike betekenis daarvan. My doel is om hierdie enigsin droë ontleding op te vrolik met 'n aantal illustrasies wat merendeels aan die Romeinse reg ontleen is. Indien hierdie voorbeelde 'n paar oomblikke van vermaak verskaf aan die aantal nie-regsgelertes wat hierdie rede noodgedwonge bywoon ten einde te kan deel in die fees wat hierop volg, sal ek die rede nie as heeltemal nutteloos beskou nie.

Die eerste begrip wat ek wil ondersoek, is die vereiste van *salva rei substantia*<sup>1</sup> by vruggebruik. Hierdie vereiste speel 'n drieërlei rol:<sup>2</sup> eerstens bring dit mee dat daar 'n verpligting op die vruggebruiker rus om geen verandering aan die vruggebruiksvoorwerp aan te bring wat die wese van die saak aantast nie; tweedens veronderstel dit dat enige wesenlike verandering van die saak, of dit nou deur 'n menslike handeling onder andere dié van die vruggebruiker, of deur natuurkragte bewerkstellig is, die vruggebruik tot niet laat gaan;<sup>3</sup> derdens impliseer die vereiste van *salva rei substantia* dat vruggebruik slegs ten opsigte van liggaamlike, onverbruikbare sake kan bestaan.

Die vereiste van *salva rei substantia* word in die eerste plek uitgelê in die sin dat so min as moontlik met die materie, vorm of fisieke gestalte van die saak tydens die bestaan van die vruggebruik gepeuter moet word.<sup>4</sup> In die vroeë klassieke Romeinse reg was die vruggebruiker byvoorbeeld nie eens toegelaat om 'n halfvoltooide huis te voltooi,<sup>5</sup> 'n ongepleisterde gebou af te pleister,<sup>6</sup> of 'n nuwe gebou op 'n grondstuk wat in vruggebruik gegee is, op te rig nie;<sup>7</sup> indien 'n bestaande gebou op die grondstuk verwoes is, is die verandering as so wesenlik beskou dat die vruggebruik beëindig is.<sup>8</sup> Geen strukturele veranderinge wat meer as blote versierings is, mag vandag nog aan geboue aangebring word nie. Die vruggebruiker mag nie 'n bestaande gebou hoër bou of bestaande vensters toebou nie; hy mag nie die ingange van 'n woonhuis omruil sodat die vooringang nou die agteringang word nie;

<sup>1</sup>Dié vereiste kom voor in die omskrywing van vruggebruik in *D 7 1 1 en I 2 4 pr.* Sien in die algemeen Grosso *Usufrutto* (2e uitg) 34 ev; Pugliese "On Roman Usufruct" (1966) 40 *Tulane Law Review* 523; Bonfante *Corso di diritto romano* III 52 ev; Elvers *Die römische Servitutenlehre* 448 ev.

<sup>2</sup>Sien reeds Glück *Ausführliche Erläuterung der Pandecten* IX par 631 159 ev. Sien ook Watson *The Law of Property in the Later Roman Republic* 203.

<sup>3</sup>Sien o.a. *Pauli Sententiae* 3 6 31; *D 7 4 5 2*; *D 7 4 5 3*; *D 7 4 8*, 10. Sien ook Voet *Commentarius ad Pandectas* 7 4 9.

<sup>4</sup>Die volledigste omskrywing van *salva rei substantia* wat ek teëgekem het, is dié van Vinnius *ad I 2 4 pr*: "ac prionde hac clausula fructuarium prohiberi tum rem consumere, causamve proprietatis deteriorem facere, tum in alium formam rem transmutare".

<sup>5</sup>*D 7 1 61*.

<sup>6</sup>*D 7 1 44*.

<sup>7</sup>*D 7 4 5 3*; *PS 3 6 21*. Sien ook Voet *Commentarius* 7 1 24. Voet se regverdiging hiervoor is dat die publieke aansyn van die dorp daardeur versleg kan word. Sien ook Gothofredus *ad D 7 1 13 5*.

<sup>8</sup>*Pauli Sententiae* 3 6 31; *D 7 4 5 2*.



hy mag nie twee vertrekke in 'n huis aaneenskakel om sodoende byvoorbeeld 'n groter eetvertrek te skep nie; bestaande vertrekke mag ook nie onderverdeel word nie.<sup>9</sup> In die Romeinse reg is 'n vruggebruiker nie eens toegelaat om ongebruikte vertrekke weer vir gebruik oop te stel of om binnehowe op 'n ander manier te gebruik as wat tot op daardie stadium die geval was nie.<sup>10</sup>

Die verpligting om die fisieke gestalte en aanskyn van die vruggebruiksvoorwerp te behou, het egter nie slegs 'n negatiewe kant nie maar plaas ook 'n positiewe verpligting op die vruggebruiker in sekere gevalle. Dit kom veral ter sprake in gevalle waar 'n versamelsaak soos 'n trop vee,<sup>11</sup> 'n boord,<sup>12</sup> 'n wingerd, 'n plantasie of 'n wildplaas in vruggebruik gegee word. By vruggebruik van 'n kudde moet die vruggebruiker byvoorbeeld daarvoor sorg dat die aantal vee konstant bly. Hy word toegelaat om van die ou vee uit te slag maar moet die kudde weer met nuwe aanteel aanvul.<sup>13</sup>

In die tweede plek het die vereiste van *salva rei substantia* 'n meer ideële of selfs teleologiese betekenis. Dit slaan in hierdie sin eerder op die innerlike karakter of ekonomiese bestemming van die vruggebruiksvoorwerp as op die fisieke gestalte daarvan. Die vruggebruiker mag nie die karakter of ekonomiese bestemming van die saak verander nie, selfs indien so 'n verandering nie die materie of fisieke gestalte van die saak sou aantast nie. Die interessantste illustrasies van hierdie betekenis van *substantia* is die Romeinse tekste wat handel oor slawe wat in vruggebruik gegee is.

'n Slaaf wat as klerk opgelei is, mag nie agter sy lessenaar uitgehaal word en die veld ingestuur word om draagstokke, kalk of plaasprodukte rond te dra nie,<sup>14</sup> 'n slawe-akteur kan nie van die verhoog weggeroep word om as opsigter van 'n publieke bad diens te doen nie,<sup>15</sup> 'n konsertsanger kan nie deur die vruggebruiker as kelner of hofmeester gebruik word nie<sup>16</sup> en 'n stoeier kan nie uit die arena geneem word en as nagkardrywer ingespan word nie.<sup>17</sup> Ook indien 'n gebou die voorwerp van vruggebruik vorm, vind hierdie betekenis van *salva rei substantia* toepassing. Indien 'n woonhuis in vruggebruik gegee is, mag dit nie in 'n losieshuis, reisigerskwartiere of droogskoonmakerslokale omskep word nie.<sup>18</sup> 'n Private woonhuis mag ook nie in 'n publieke badplek, 'n stal of 'n bakkery verander word nie.<sup>19</sup> Die

<sup>9</sup>D 7 1 13 7.

<sup>10</sup>D 7 1 13 7. Sien Voet *Commentarius* 7 1 21; Huber *Hedendaegsche Rechtsgeleerdheyt* 2 39 25. Die passasie van Voet word met instemming aangehaal in *Brunsdon's Estate v Brunsdon's Estate* 1920 CPD 159 174 176 en ook in *Ex parte Borland* 1961 1 SA 6 (R) 9.

<sup>11</sup>D 7 1 68, 69, 70. Grotius *Inleydinge* 2 38 9; Vinnius *ad I* 2 4 pr; Voet *Commentarius* 7 1 25, 26.

<sup>12</sup>Grotius 2 38 9; Vinnius *ad I* 2 4 pr; Van der Keessel *Praelectiones* op Grotius 2 39 7; Huber *Hedendaegsche Rechtsgeleerdheyt* 2 39 12.

<sup>13</sup>Grotius 2 38 9; Van der Keessel *Praelectiones* op Grotius 2 38 9; Voet *Commentarius* 7 1 26; Huber *Hedendaegsche Rechtsgeleerdheyt* 2 39 12; *Beneke v Van der Vijver* 1905 22 SC 523; *Geldenhuys v CIR* 1947 3 SA 256 (K) 264.

<sup>14</sup>D 7 1 15 1. Sien ook Voet *Commentarius* 7 1 26.

<sup>15</sup>D 7 1 15 1; D 7 4 12 1.

<sup>16</sup>D 7 1 15 1.

<sup>17</sup>D 7 1 15 1.

<sup>18</sup>D 7 1 13 8. Sien ook Voet *Commentarius* 7 1 21.

<sup>19</sup>D 7 4 12 pr; 7 1 13 8.

voorbeeld wat die pandektis Dernburg<sup>20</sup> in hierdie verband noem, is dat 'n kasteel wat die voorwerp van vruggebruik vorm nie in 'n kroeg of 'n fabriek omgeskakel mag word nie. Ook waar 'n vruggebruiksvoorwerp uitsluitend bestem is om tot die genot van die vruggebruiker by te dra, mag dié genotsvoorwerp nie in 'n saak omskep word wat aan die vruggebruiker 'n inkomste verskaf nie.

Voorbeelde van sodanige genotsvoorwerpe is 'n biblioteek (vol regsboeke?), 'n versameling van skilderye, 'n siertuin of 'n park.<sup>21</sup> Dit staan die vruggebruiker byvoorbeeld nie vry om 'n siertuin in 'n kombuistuin te omskep nie omdat die karakter of bestemming van die vruggebruiksvoorwerp wesenlik daardeur aangetas word.

Uit die voorgaande omskrywings van die vereiste van *salva rei substantia* kan die algemene beginsel afgelei word dat die vruggebruiker nie toegelaat is om die saak te verswak of te laat agteruitgaan nie.<sup>22</sup> De Groot<sup>23</sup> en Van Leeuwen<sup>24</sup> verklaar dat die vruggebruiker die saak "zonder des zaecks vermindering" moet gebruik. Aan die ander kant word die vruggebruiker nie vrye teuels gegee om die saak na willekeur te verbeter of so te verander dat die saak 'n groter inkomste aan homself en uiteindelik ook aan die eienaar sal besorg nie. Juis in hierdie opsig dien die vereiste van *salva rei substantia* as remskoen. Ons het reeds hierbo<sup>25</sup> gesien dat die vruggebruiker nie 'n ongepleisterde huis in die vroeë Romeinse reg mag afpleister nie. Later is hy wel toegelaat om die huis af te pleister,<sup>26</sup> of dit op 'n ander wyse te versier deur byvoorbeeld marmervloere te lê, muurskilderye aan te bring of standbeeldjies in die tuin of binnehof op te rig.<sup>27</sup> In moderne terme sou die vruggebruiker byvoorbeeld 'n huis kan verf of 'n warmwaterstelsel in 'n woonhuis kan installeer. Enige strukturele veranderings, hoewel dit objektief gesproke 'n verbetering van die huis tot gevolg sal hê, sou egter in botsing met die vereiste van *salva rei substantia* wees. Indien 'n plaas in vruggebruik gegee is, mag geen nuwe geboue op die plaas opgerig word nie omdat dit as 'n aantasting van die fisieke gestalte en die ekonomiese bestemming van die saak en dus in stryd met die vereiste van *salva rei substantia* beskou is. Later is die vruggebruiker egter toegelaat om geboue wat die ekonomiese bestemming van die saak dien, soos graanskure, op te rig.<sup>28</sup> Na analogie hiervan behoort die vruggebruiker in die Suid-Afrikaanse reg toegelaat te word om 'n moderne besproeiingstelsel op 'n besproeiingsplaas aan te lê.<sup>29</sup> Bogenoemde voorbeelde is in werklikheid nie 'n afwatering van die vereiste van *salva rei substantia* nie omdat die veranderings waarna ver-

<sup>20</sup>*Pandekten* I 6 247 3.

<sup>21</sup>*D* 7 1 13 4.

<sup>22</sup>*D* 7 1 13 4: "Fructuarius causam proprietatis deterioorem facere non debet, meliorem facere potest."

<sup>23</sup>2 38 5; 2 38 9.

<sup>24</sup>*Rooms Hollands Recht* 2 9 1; 2 9 3.

<sup>25</sup>*Op* 10.

<sup>26</sup>*D* 7 1 7 3.

<sup>27</sup>*D* 7 1 7 3; *D* 7 1 13 7. Sien ook Voet *Commentarius* 7 1 21.

<sup>28</sup>*D* 7 1 13 6; *D* 7 1 7 3. Sien ook Voet *Commentarius* 7 1 24.

<sup>29</sup>Volgens moderne Duitse reg is dit toelaatbaar: Staudinger *Kommentar zum BGB ad par* 1037.

wys word die bestaande ekonomiese bestemming van die saak dien sonder om die fisieke gestalte of karakter van die saak wesenlik aan te tas. In sekere gevalle, naamlik waar die vruggebruiksvoorwerp andersins nuttelos sou wees, is die vruggebruiker selfs toegelaat om die saak te verbeter en die saak sodoende as't ware 'n nuwe karakter of ekonomiese bestemming te besorg. So mag die vruggebruiker volgens die Romeinse tekste 'n ongeskoolde slaaf vir 'n bepaalde beroep oplei en hom dan in daardie beroep eksploiteer.<sup>30</sup> Reeds in die Romeinse reg is die vruggebruiker van 'n plaas ook toegelaat om op 'n onontwikkelde of andersins nuttelose gedeelte van 'n plaas gruis, klip, kalk, kleigrond of ander minerale uit te grawe om sodoende vir homself 'n inkomste uit daardie gedeelte van die plaas te verseker.<sup>31</sup>

Dit is juis op die gebied van mynbou-aktiwiteite dat die grootste toegewings aan die vruggebruiker gemaak is en die grootste inbreuk op 'n strenge toepassing van die vereiste van *salva rei substantia* voorgekom het. Die vruggebruiker is nie slegs toegelaat om bestaande myne en gruisgate op nuttelose gedeeltes van 'n plaas te ontgin of nuwe myne op daardie gedeeltes te open nie, maar ook om onderworpe aan sekere beperkings, wingerde en olyfboorde met mynbou-aktiwiteite te vervang.<sup>32</sup> Die perke wat aan die vruggebruiker gestel is, is dat hy by die bedryf van mynbou-aktiwiteite ooreenkomstig die oordeel van 'n verstandige persoon moes optree en nie die grond onnodiglik moes besoedel of oorbevolk met 'n groot aantal werklui en masjinerie nie.<sup>33</sup> Sodanige toegewing is klaarblyklik in stryd met die vereiste van *salva rei substantia*: die vruggebruiker word toegelaat om sowel die fisieke gestalte as die ekonomiese bestemming van die saak aan te tas. Nogtans probeer die Romeins-Hollandse skrywers<sup>34</sup> om hierdie toegewing in ooreenstemming met die vereiste van *salva rei substantia* uit te lê. Op grond van die Romeinse veronderstelling dat minerale vanself weer aanwas en dus as natuurlike vrugte van 'n saak beskou is, verklaar hulle dat die vruggebruiker by die ontginning van minerale slegs die vrugte van die saak insamel sonder om die substansie van die saak aan te tas. Hulle wys daarop dat as gevolg van bestaande geologiese kennis hulle self nie meer die standpunt huldig dat minerale vanself aanwas nie. Hulle beskou dus minerale nie as vrugte nie, maar as 'n integrale deel van die grond. Omdat 'n vruggebruiker by ontginning van minerale 'n deel van die materie van die vruggebruiksvoorwerp verteer, meen hulle dat nie egte vruggebruik nie, maar slegs oneintlike of 'n quasi-vruggebruik, in hierdie verband gevestig word.<sup>35</sup> Die standpunt dat die eienaar geregtig is op die minerale wat ontgin word, of die waarde daarvan, terwyl die vruggebruiker slegs geregtig is op die rente op kapitaal deur mynbou verkry, is ook in die Suid-Afrikaanse reg

<sup>30</sup>D 7 1 27 2. Sien ook Voet *Commentarius* 7 1 26.

<sup>31</sup>D 7 1 13 5.

<sup>32</sup>D 7 1 13 5.

<sup>33</sup>D 7 1 13 6.

<sup>34</sup>Sien oa Schorer *Aanteekeningen* op Grotius 2 39 7; Voet *Commentarius* 7 1 24; Van Leeuwen *Roomse Hollands Recht* 2 9 5; *Censura Forensis* 1 2 15 5; Huber *Hedendaegsche Rechtsgeleerdheyt* 2 39 11, 31.

<sup>35</sup>Sien oa Schorer *Aanteekeningen* op Grotius 2 39 7; Voet *Commentarius* 7 1 24; Van Leeuwen *Censura Forensis* 1 2 15 5, 6, 7; Sande *Decisiones Frisicae* 5 3 2; Huber *Hedendaegsche Rechtsgeleerdheyt* 2 39 11.

aanvaar.<sup>36</sup> Origens is dit te betwyfel of die vruggebruiker in die Suid-Afrikaanse reg steeds kan aanspraak maak op sy gemeenregtelike bevoegdheid om na minerale te prospekter en nuwe myne te open. Sodanige bevoegdhede word, wat die grondeienaar betref, aansienlik beperk deur mynwetgewing soos die Wet op Edelgesteentes<sup>37</sup> en die Wet op Mynregte.<sup>38</sup> A fortiori sou die vruggebruiker sodanige reg slegs kan uitoefen onderworpe aan die beperkings deur hierdie wette gestel.<sup>39</sup> Daarbenewens is moderne mynbou-aktiwiteite as gevolg van verbeterde tegnieke so 'n flagrante inbreuk op die aard, karakter en ekonomiese bestemming van die saak dat dit moeilik met bestaande landbou-aktiwiteite harmonieer kan word.<sup>40</sup> Buitendien geniet mynbou om regspolitiese redes voorkeur bo landbou-ontwikkeling.<sup>41</sup>

Na analogie van die afwatering van die vereiste van *salva rei substantia* in die geval van mynbou-aktiwiteite, kan die vraag gestel word of die vruggebruiker nie ook in ander gevalle toegelaat behoort te word om 'n plaas in stryd met sy bestaande ekonomiese funksie te eksploiteer nie. Kan 'n vruggebruiker byvoorbeeld toegelaat word om 'n weiplaas in 'n saaiplaas te omskep of 'n saaiplaas in 'n gemengde boerdery te omskep? In die enigste Suid-Afrikaanse beslissing wat hieroor handel, naamlik *Fourie v Munnik*<sup>42</sup> is beslis dat 'n gedeelte van 'n weiplaas slegs in 'n saai gedeelte verander kan word indien dit andersins as gevolg van die gebrek aan wintervoer onmoontlik sou wees om 'n bestaan op die plaas te voer. Indien sodanige omstandigheid bestaan, mag die vruggebruiker slegs ooreenkomstig die oordeel van 'n verstandige boer van die omgewing handel. In die onderhawige geval het die vruggebruiker op onoordeelkundige wyse die beste weigedeelte in saai grond omskep en is beslis dat hy sy verpligting om die saak in stand te hou nie nagekom het nie. As gevolg van die vereiste van *salva rei substantia* word die vruggebruiker dus verbied om die ekonomiese bestemming van die saak te verander selfs al word die waarde van die saak daardeur verhoog.<sup>43</sup>

Opsommend kan die vraag gestel word of die beperkende rol wat die vereiste van *salva rei substantia* speel geregverdig is. Een oorweging ten gunste van sodanige beperkende rol, is dat dit heel waarskynlik in ooreenstemming is met die oogmerke (en insigte) van die vruggebruiksverlener (meestal 'n eerssterwende eggenoot van die vruggebruiker). Ten spyte hiervan behoort die vruggebruiker myns insiens in gevalle waar 'n plaas in vruggebruik gegee is, toegelaat te word om die ekonomiese bestemming daarvan te verander en die plaas in ooreenstemming met gesonde ekonomiese

<sup>36</sup>*The Master v African Mines Corporation Ltd* 1907 TS 925 930 931; *Varkevisser v Estate Varkevisser* 1959 4 SA 196 (SR) 202. *Ex parte Swiegers* 1966 3 SA 7 (GW).

<sup>37</sup>Wet 73 van 1964.

<sup>38</sup>Wet 20 van 1967.

<sup>39</sup>Sien ook *Ex parte Venter* 1934 TPD 69 72.

<sup>40</sup>Sien *The Master v African Mines Corporation Ltd* 1907 TS 925 931.

<sup>41</sup>*Transvaal Property and Investment Co Ltd & Reinhold and Co v SA Townships Mining and Finance Corporation & The Administrator* 1938 TPD 512; *Nolte v Johannesburg Consolidated Investment Co Ltd* 1943 AD 295; *Yelland v Group Areas Development Board* 1947 1 SA 514 (A).

<sup>42</sup>1919 OPD 73 79 86-87.

<sup>43</sup>Volgens 80 RGZ 229 is die posisie dieselfde in die moderne Duitse reg.

oorwegings te eksploiteer.<sup>44</sup>

Hierbo is reeds daarop gewys dat die vereiste van *salva rei substantia* tot gevolg het dat egte vruggebruik slegs ten opsigte van duursame, onverbruikbare, liggaamlike sake gevestig kan word. Egte vruggebruik kan nie gevestig word ten opsigte van sake soos klere en huisraad wat as gevolg van normale gebruik langsamerhand in waarde verminder nie.<sup>45</sup> Uiteraard word die substansie van die saak juis in hierdie gevalle met verloop van tyd verteer. Verder kan egte vruggebruik nie ten opsigte van onliggaamlike sake soos vorderingsregte, aandele en ander onstofflike bates van 'n boedel gevestig word nie. Hierdie vruggebruik is deur die eeue heen as oneintlike of quasi-ususfructus beskou.<sup>46</sup> Die vruggebruiker kan in hierdie gevalle die saak self verteer en is slegs verplig om die saak *salva rei aestimatione*, dit wil sê met behoud van die *waarde* van die saak aan die eienaar terug te besorg.<sup>47</sup> Aangesien hierdie vorm van vruggebruik net soseer aan die doel van sogenaamde egte vruggebruik beantwoord, naamlik om aan die een party 'n stamkapitaal na te laat en aan die ander die genot en opbrengs daarvan gedurende sy leeftyd, en aangesien vruggebruik in die meeste gevalle nie ten opsigte van 'n enkele stofflike saak maar eerder ten opsigte van 'n boedel as 'n geheel of 'n restante gedeelte daarvan gevestig word, is dit anachronisties om die vruggebruik op onliggaamlike sake as oneintlike vruggebruik te beskou.<sup>48</sup> Indien hierdie standpunt navolgingswaardig is, sal dit beteken dat die vereiste van *salva rei substantia* nie meer so 'n sentrale plek in die vruggebruiksreg sal beklee nie. 'n Mens sou selfs sover kan gaan om die begrip *salva rei aestimatione* in die plek van *salva rei substantia* as kardinale vereiste vir die moderne vruggebruiksreg te stel. Een implikasie hiervan sou byvoorbeeld wees dat 'n vruggebruiker selfs sover sou kon gaan om 'n liggaamlike saak te vervreem en van die rente op die koopsom te leef indien dit gesonde ekonomiese beleid sou wees om die voorwerp op 'n bepaalde tydstip te vervreem.<sup>49</sup> So mag dit ekonomies verstandig wees om 'n huis wat in vruggebruik gegee is op 'n bepaalde tydstip te verkoop omdat grondpryse om die een of ander rede voortdurend in daardie omgewing daal.<sup>50</sup> In die-

<sup>44</sup>Toegewings in die Romeins-Hollandse reg is gemaak ivm 'n vierspan waarvan een perd sterf: Groenewegen *De Legibus Abrogatis ad D* 31 65 1; Voet *Commentarius* 7 4 9; contra Van der Kessel *Praelectiones* op Grotius 2 39 14.

<sup>45</sup>Daar heers meningsverskil oor die vraag of vruggebruik van hierdie voorwerpe as "eigentlike" of "oneigentlike" vruggebruik beskou moet word. Eigentlik: Schorer *Aantekeninge* op Grotius 2 38 5; Van der Linden *Supplementum ad Voet* 7 5 3; Huber *Hedendaegse Rechtsgeleerdheid* 2 39 38 2 39 33. Oneigentlik: Voet *Commentarius* 7 5 3.

<sup>46</sup>*D* 7 5 2 1. Ingevolge 'n *senatus consultum* uit die tyd van Tiberius of Augustus. Sien oa Van der Linden *Supplementum ad Voet* 7 5 1.

<sup>47</sup>Van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* 156.

<sup>48</sup>Sien oa Asser-Beekhuis II *Zakenrecht* 249; Van Oven "Het Vruchtgebruik in het Ontwerp Nieu BW" 1959 *WPNR* 4595, 361 ev.

<sup>49</sup>Sien Asser-Beekhuis II *Zakenrecht* 351.

<sup>50</sup>Vergelyk *Gibaud v Bagshaw* 1918 CPD 202 205. In *Geldenhuys v CIR* 1947 3 SA 256 (K) het die eienaar die vruggebruiker toegelaat om die trop vee te verkoop toe die trop nie meer in stand gehou kon word nie. In beginsel word die vruggebruiker nie toegelaat om die vruggebruiksvoorwerp te vervreem nie, omdat vruggebruik 'n hoogs persoonlike reg is wat aan die persoon van die vruggebruiker kleef. Indien dit egter ekonomies verstandig sou wees om 'n bepaalde vruggebruiksvoorwerp te vervreem, kom die rente op die kapitaalsom deur vervreemding verkry die vruggebruiker tydens sy lewe toe terwyl die kapitaalsom sonder vermindering vir die eienaar behoue bly.

selfde mate sou dit in stryd met gesonde ekonomiese oorwegings wees om 'n vruggebruiker van 'n trop volstruise te dwing om verder met volstruise te boer nadat die volstruisemark in duie gestort het.

Die volgende begrip wat ek wil behandel, is op die gebied van die reg aangaande onregmatige dade. Dit is die vereiste van *contra naturam* wat geld vir aanspreeklikheid ingevolge die *actio de pauperie* vir skade veroorsaak deur huisdiere. Vir aanspreeklikheid ingevolge die *actio de pauperie* word nie slegs vereis dat daar 'n kousale verband tussen die nadeel en 'n optrede van 'n huisdier moet wees nie, maar bykomstig dat die gewraakte optrede van die dier *contra naturam*, teen sy natuur, moet wees.

Die vereiste van *contra naturam* is uit die klassieke Romeinse reg afkomstig.<sup>51</sup> Romeinsregtelike voorbeelde van *contra naturam*-aktiwiteite is 'n perd wat skop, 'n os wat stoot en 'n muil wat uiting gee aan sy wildheid.<sup>52</sup> Solank die dier maar uit spontane boosaardigheid handel (*commota feritate*) en nie deur uitwendige stimuli, soos aanstigting deur 'n persoon of dier of ander omstandighede soos die ongelykheid van die pad in die geval van 'n muil wat wegsram, beïnvloed word om skade te veroorsaak nie, was die eienaar aanspreeklik indien die dier skade aanrig.

Met die na-klassieke Bisantynse klem op die subjektiewe element van skuld in die deliktereg, het die gedagte begin posvat dat diere net soos menslike wesens aan gedragsreëls van die natuurreg onderworpe is. *Contra naturam* word toe vervorm om *contra ius naturale* te beteken, dit is 'n gedraging in stryd met gedragsreëls in die natuurreg vir diere vervat.<sup>53</sup> *Contra naturam* dui nou op 'n verwytbare gedraging aan die kant van die dier oftewel 'n gedraging in stryd met die toepaslike reëls van die natuurreg. Alle illustrasies van *contra naturam*-gedraginge van die klassieke Romeinse reg kan onder hierdie vae natuurregtelike norme tuisgebring word. Sonder huiwering word aanvaar dat 'n perd wat 'n buitestaander raakskop nadat dit gesteel is<sup>54</sup> of 'n hings wat 'n staljong se been afskop nadat dit deur 'n muil besnuffel is,<sup>55</sup> *contra naturam* handel oftewel teen die natuurregsreëls wat vir perde gestel word.

Hierdie interpretasie van *contra naturam*, naamlik 'n verwytbare gedraging aan die kant van die dier, het in die Middeleeue daartoe bygedra dat diere net soos mense voor die hof gedaag is en dat straf aan diere voltrek is.<sup>56</sup> Dit het ook daartoe bygedra dat die Glossatore toe hulle die begrip *contra naturam* moes verduidelik 'n bepaalde betekenis daaraan geheg het, naamlik *contra naturam sui generis*. Hierdie byvoeging wat vir die eerste keer deur

<sup>51</sup>Sien oa Girard *Les actions noxales* (1923) 312 vn 1 369 vn 1; Monosohn *Actio de pauperie im System des römischen Noxalrechts* (1911) 45 vn 16; Bonfante *Instituzioni di diritto romano* (1932) 508. Contra oa Haymann "Textkritische Studien zum Obligationenrecht" (1921) 42 *ZSS* 357 364 373; Nicholas "Liability for Animals in Roman Law" 1958 *Acta Juridica* 185 187.

<sup>52</sup>Sien *D* 9 1 en *I* 4 9 pr.

<sup>53</sup>Sien *Basilica-scholiae* (Heimbach) 5 257 259). sien oa Nicholas "Liability for Animals in Roman Law" 1958 *Acta Juridica* 185 187.

<sup>54</sup>*D* 9 1 1 7.

<sup>55</sup>*D* 9 1 5.

<sup>56</sup>Sien Aantekening: "A Dog's Trial for Homicide" 1907 *SALJ* 232; Van der Merwe "Diere voor die Gereg" Mei 1972 *Codicillus* 35.

Azo<sup>57</sup> en Accursius<sup>58</sup> gemaak is, kan vertaal word as 'n gedraging "teen die natuur of aard van sy soort" en veronderstel dat 'n bepaalde soort dier op 'n bepaalde manier handel.

Hoewel hierdie omskrywing ook in die Romeins-Hollandse,<sup>59</sup> die Suid-Afrikaanse en selfs in die moderne Engelse reg<sup>60</sup> aanvaar is, is die letterlike betekenis daarvan, naamlik 'n gedraging wat teen die aard van 'n betrokke diersoort is, nooit daaraan geheg nie. Dit sou tog onsinnig wees om te beweer dat dit teen die natuur van 'n perd is om te skop, 'n bul om te stoot of 'n hond om te byt, terwyl al hierdie aktiwiteite van die onderskeie diere sonder huiwering as *contra naturam* aangemerkt word. *Contra naturam sui generis*-aktiwiteite moet eerder beskou word as gedraginge wat teen die aard van huisdiere as makgemaakte diere is. Daar word naamlik sonder om te blik of te bloos aangeneem dat huisdiere al vir so 'n geruime tyd onder die beskawende invloed van die mens staan dat hulle nie sonder aanleiding pervers, boosaardig of onberekenbaar sal optree nie.<sup>61</sup> Appèlregter Potgieter stel dit soos volg in *Solomon v De Waal*<sup>62</sup> wat in 1972 beslis is: "It is expected of such animals because they have become domesticated, that they should be able to control themselves, and if they do not, they are regarded as having acted *contra naturam sui generis*." Die onderhawige saak het gehandel oor 'n opstandige perd wat 'n mannekyn in die bobeen gebyt het. In *Boyce v Robertson*<sup>63</sup> wat in 1912 beslis is, gee regter Wessels, later appèlregter, die volgende getuigskrif vir honde: "But dogs have been domesticated for ages: I am not quite sure, but I believe we find the dog associated with Neolithic man. The dog has been for ages the companion and hunting agent of man." Juis die laaste gedeelte van hierdie aanhaling dui egter daarop dat 'n kwalifikasie by die bogenoemde regverdiging vir die *contra naturam sui generis*-vereiste gevoeg moet word. Talle huisdiere soos jaghonde en waghonde word, verre daarvan om deur hul aanraking met die mens beskaaf te word, juis weer afgerig en opgelei ten einde hul inherente swakhede te laat seëvier. Verder is dit onsinnig om te beweer dat sommige huisdiere soos bulle en muile as gevolg van hul langdurige aanraking met *homo sapiens* van hul kwaadaardige streke ontslae geraak het.

Geen wonder dus dat die Suid-Afrikaanse howe ten spyte van die talle uitsprake oor die betekenis van die vereiste van *contra naturam* of juis dalk as gevolg daarvan, nie tot 'n eenvormige formulering van dié vereiste kan geraak nie. In sommige dicta<sup>64</sup> word die standpunt ingeneem dat die siel van die dier ontleed moet word ten einde vas te stel watter drifte van die dier tot die skadestigtende aktiwiteit aanleiding gegee het. Indien die optrede

<sup>57</sup>*Summa Azonia ad I 4 9 par 2.*

<sup>58</sup>*Glossa Ordinaria ad D 9 1 pr (casus Vivianus).*

<sup>59</sup>Sien oa Grotius *Inleydinge* 3 38 10; Voet *Commentarius* 9 1 1; Van Leeuwen *Censura Forensis* 1 5 31 4.

<sup>60</sup>Sien reeds *Cox v Burbidge* 1863 13 CB (NS) 430 436-437.

<sup>61</sup>Sien reeds Faber *ad D 9 1 1 5 par et generaliter*. Sien verder *Le Roux v Fick* 1879 Buch 29 33; *Cowell v Friedman & Co* 5 HCG 22 40; *Boyce v Robertson* 1912 TPD 381 384.

<sup>62</sup>1972 1 SA 575 (A) 582.

<sup>63</sup>1912 TPD 381 383.

<sup>64</sup>*Le Roux v Fick* 1879 Buch 29 33; *Cowell v Friedman & Co* 5 HCG 22 40; *Boyce v Robertson* 1912 TPD 381 382.

van die dier uit innerlike wildheid, boosaardigheid, venynigheid of blote befoeterdheid – “innate wildness, viciousness or perverseness” – van die diere afkomstig is, moet die optrede as *contra naturam sui generis* aangemerkt word. Die gevolg van hierdie interpretasie is dat nadeel veroorsaak as gevolg van speelsheid en oorspronklikheid, soos waar ’n hond van pure uitbundigheid teen iemand opspring en hom beseer, nie as ’n gedraging *contra naturam* beskou word nie. Dieselfde geld wanneer ponies uit blote lewensvreugde rondhuppel en toevallig iemand beseer, waar honde in blombeddings baljaar of waar hoenders uit pure lekkerkry in ’n buurman se nuutgeplante groentetuin rondskrop.<sup>65</sup>

Ander beslissings<sup>66</sup> is ten gunste van ’n objektiewe toets ingevolge waarvan die huisdier se gedraging vergelyk word met dié van ’n goedge-manierde dier van sy soort – “a well-behaved animal of his kind”. Die eienaar word slegs aanspreeklik gehou indien wangedrag “equivalent to *culpa*” aan die dier toegeskryf kan word. Hierdie gedagte herinner sterk aan die Bisantynse opvatting van die vereiste as ’n gedraging *contra ius naturale*. Daar word voorts beweer dat ’n os en ’n muil in eerste instansie trekdier is en nie veronderstel is om uit eie beweging aggressief op te tree nie. In *Cowell v Friedman*<sup>67</sup> verklaar regter Lawrence: “(B)ut when an ox gores, the act may be regarded as a breach of the good behaviour that is its second nature.” Daarom handel alle diere wat nie soos ’n ordentlike huisdier in die omstandighede handel nie *contra naturam* en is hulle eienaar aanspreeklik ingevolge die *actio de pauperie*. So handel ’n hond wat ’n kind byt,<sup>68</sup> of hoenders doodbyt,<sup>69</sup> ’n os wat stoot,<sup>70</sup> of ’n muil wat skop<sup>71</sup> *contra naturam sui generis*.

Vanselfsprekend kan gedraging van ’n huisdier wat as *secundum naturam sui generis* beskou word nie as *contra naturam* aangemerkt word nie. Hier volg ’n paar illustrasies van gedraging van ’n dier wat as *secundum naturam* beskou word: waar vee groen gras vreet; waar ’n ram wat aangeval word homself verdedig; waar ’n perd wat in pyn verkeer ’n persoon raak skop; waar ’n ram in die bronstyd oor die draad spring en die buurman se ooie dek; dalk waar ’n hond sy honger stil deur een hoender op te vreet; waar ’n kat spek verorber.<sup>72</sup> Van die Europese Romanistiese skrywers<sup>73</sup> wys reeds daarop dat optrede van ’n dier wat gewoonlik as *secundum naturam* aangedui word in *contra naturam*-gedraging verander indien dit met uitspattigheid of baldadigheid gepaard gaan. Voorbeelde hiervan is waar ’n honger hond in sy drang om by vleis uit te kom ’n glaskottel breek, die wagter laat skrik deur hard te blaf, of ’n kokende pot met vleis omkeer, of

<sup>65</sup>Sien o.a. *Clinton v Lyons* 1912 2 KB 198 211; *Fitzgerald v Cooke Bourne Farms Ltd* 1964 1 QB 249.

<sup>66</sup>Sien o.a. *O’Callaghan v Chaplin* 1927 AD 310 314; *SAR & H v Edwards* 1930 AD 3 6 9–10 12; *Solomon v De Waal* 1972 1 SA 575 (A) 582.

<sup>67</sup>5 HCG 22 44.

<sup>68</sup>*Smith v Burger* 1917 CPD 662.

<sup>69</sup>*Maree v Diedericks* 1962 1 SA 231 (T).

<sup>70</sup>Vgl *Moubray v Syfret* 1935 AD 199.

<sup>71</sup>*SAR & H v Edwards* 1930 AD 3.

<sup>72</sup>Sien o.a. *Le Roux v Fick* 1879 Buch 29 37; *Cowell v Friedmann & Co* 5 HCG 22 42 48; *Brown v Laing* 1940 EDL 75 81; *Coetzee v Smit* 1955 2 SA 553 (A) 558; *Maree v Diedericks* 1962 1 SA 231 (T) 236.

<sup>73</sup>Sien o.a. *Innerius ad I 4 9 1 vn a*; *Antonius Faber ad I 4 9 par 2 3*.



'n bul wat deur die heining bars om groen gras te vreet. Dieselfde gedagte word deur regter Jansen (soos hy toe was) beaam waar hy in *Maree v Diedericks*<sup>74</sup> opmerk: "As die landdros se bevinding dat die twee honde al die hoenders doodgebyt het, korrek is, dan was beide honde nie besig om op 'n natuurlike wyse honger te stil nie; hulle was besig met 'n baldadige slagting wat as *contra naturam* aangemerkt moet word."

Geeneen van die bogenoemde interpretasies wat ons howe aan die vereiste van *contra naturam* heg, is bevredigend nie. Hulle berus almal op 'n antropomorfe siening van die dier in die soeke na 'n kwaadaardige motief of 'n verwytbare gesindheid aan die kant van die dier. Buitendien vereis die toepassing van hierdie toets 'n insae in dieresielskunde – 'n vakgebied waarmee juriste liefs nie ook nog opgesaal behoort te word nie. Dit blyk dus dat die vereiste van *contra naturam sui generis* geen verdere funksie in die moderne Suid-Afrikaanse reg kan vervul nie en slegs tot groter verwarring aanleiding kan gee. De lege ferenda behoort hierdie vereiste vervang te word deur 'n toets wat aanpas by moderne beginsels van skuldlose aanspreeklikheid soos uitgewerk aan die hand van die risiko-beginsel.<sup>75</sup> Ingevolge hierdie leerstuk behoort die eienaar van die huisdier aanspreeklikheid op te doen indien die dier nadeel berokken wat die realisering is van 'n tipiese risiko wat die aanhou van die dier meebring. Dit sou onder andere meebring dat die eienaar nie slegs aanspreeklik sou wees vir boosaardige uitinge van inherente wreedhede nie, maar ook vir die grootste risiko wat die aanhou van huisdiere in moderne tye meebring, naamlik hul blote aanwesigheid op besige openbare verkeersweë. Op hierdie manier word 'n anachronistiese vereiste gebaseer op die Bisantynse gedagte dat diere net soos mense onderworpe is aan die reëls van die natuurreg vervang deur 'n moderne maatstaf wat aanpas by die werklikhede van ons moderne samelewing.

Vergun my die geleentheid om ten slotte 'n paar gevolgtrekkings uit die ontleding van bogenoemde twee begrippe te maak. Eerstens blyk dit myns insiens duidelik dat geen betekenis in abstracto aan hierdie begrippe geheg kan word nie. Slegs indien die onderskeie toepassingsgebiede van elke begrip eers in oënskou geneem is, kan tot hierdie stap oorgegaan word. Die verbasende resultaat is dan dat geeneen van hierdie begrippe op enige stadium van hul ontwikkeling bloot hul letterlike betekenis gedra het nie. Wat ook al die letterlike betekenis van substantia is, kan die woord nie streng gesproke met "karakter" of "ekonomiese bestemming" vertaal word nie. Net so geforseerd is dit om *contra naturam sui generis* as teen die natuur van 'n huisdier eerder as teen die natuur van die betrokke dier of 'n betrokke diersoort te vertaal. Tweedens is dit uit hierdie ondersoek duidelik dat 'n mens Romeinsregtelike begrippe wat nog in die Suid-Afrikaanse reg voorkom, slegs ten volle kan begryp en hul toepaslikheid in moderne tye kan beoordeel indien 'n mens die begrippe in hul historiese konteks ondersoek. Hieruit volg derdens dat 'n mens jou nie moet blind staar teen historiese begrippe en hulle onkrities as *sacro sanctus* moet beskou bloot vanweë

<sup>74</sup>1962 1 SA 231 (T) 237.

<sup>75</sup>Sien in die algemeen Van der Walt "Strict Liability in the South African Law of Delict" 1 *CILSA* 49.

die feit dat hulle soveel eeue al bestaan nie. Dit is veel belangriker om eerder die regspolitieke dryfvere opgesluit in die begrippe te ontleed ten einde uit te vind of hierdie oorwegings nog navolging in 'n moderne regstelsel verdien. Soos von Jhering lank gelede reeds gepropageer het, behoort 'n "jurisprudence of interests" eerder as 'n "jurisprudence of concepts" opgebou te word. Dit veronderstel dat indien 'n bepaalde juridiese begrip in botsing met moderne regspolitieke oorwegings blyk te wees, nie geskroom moet word om die regsbegrip te verwerp ten einde die ware regsbelange wat op die spel is, bloot te lê nie. □

## BUTTERWORTH-PRYS

*Dit doen die redaksie genoë om aan te kondig dat die Butterworth-prys vir die beste eersteling-hydrae van 1978 toegeken is aan:*

FJ DE JAGER  
(Randse Afrikaanse Universiteit)

*Die Butterworth-prys – regsboeke ter waarde van R60 – word deur die uitgewer beskikbaar gestel aan die outeur wat in die bepaalde kalenderjaar die beste artikel vir publikasie in die Tydskrif aan die redakteur stuur.*

*Die artikel moet die eersteling wees wat die skrywer vir publikasie in 'n regs wetenskaplike tydskrif aanbied. Dit moet by voorkeur oor 'n onderwerp van die Suid-Afrikaanse reg handel. Die manuskrip moet getik en in alle opsigte persklaar wees. Die redaksie-komitee behartig die beoordeling aan die einde van die kalenderjaar. Die redaksie-komitee behou hom die vryheid voor om die prys nie toe te ken nie indien die artikels wat ontvang is, na sy mening toekenning nie regverdig nie. Verskeie hydraes van 'n besondere outeur kan gesamentlik in aanmerking geneem word.*

# Unconscionable contracts: the South African solution?

PJ Aronstam

*BCom LLB*  
*Canada*

## OPSOMMING

Vele pogings is al aangewend, in Suid-Afrika sowel as in buitelandse regstelsels, om die aanwending van uiters onregverdige bedinge in kontrakte te verhinder. In sommige buitelandse regstelsels was die howe en wetgewers in staat om algemene maatstawwe te formuleer ten einde die aanwending van sulke terme effektief te beheer. In Suid-Afrika, aan die ander kant, het daar geen sodanige algemene maatstawwe en beginsels ontwikkel nie. Die wetgewer en die howe was meer geneë om 'n gefragmenteerde ad hoc benadering tot die beheer van sulke bepalinge te volg en slegs sekere kategorieë van onbillike kontraktuele terme te verbied. Ongelukkig verhinder dit nie die partye om ander onbillike bepalinge aan te wend nie. In hierdie artikel word die vraag ondersoek of daar nie tog in die Suid-Afrikaanse reg 'n algemene beginsel bestaan waarvolgens *alle* soorte onregverdige bepalinge ongeldig verklaar kan word nie en daar word aan die hand gedoen dat die exceptio doli 'n sodanige beginsel inhou.

In any discussion relating to the doctrine of freedom of contract, it has become almost a matter of etiquette to begin with the celebrated dictum of Sir George Jessel MR in *Printing and Numerical Registering Company v Sampson*:<sup>1</sup>

“[I]f there is one thing which more than another public policy requires it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting, and that their contracts when entered into freely and voluntarily shall be held sacred and shall be enforced by courts of justice.”

This passage was cited with approval by Innes CJ in delivering the judgment of the appellate division in *Wells v South African Alumenite Company*.<sup>2</sup> Sir George Jessel was by no means the first person to give expression to the doctrine of freedom of contract. It was strongly emphasized by libertarian or *laissez faire* philosophers, lawyers, sociologists and economists of the sixteenth, seventeenth and eighteenth centuries. The doctrine manifested itself in a number of forms, including the assertion that political and religious thought and action should be free,<sup>3</sup> that there should be freedom of associa-

---

<sup>1</sup>(1875) LR 19 Eq 462 465.

<sup>2</sup>1927 AD 69 73.

<sup>3</sup>Cf John Locke *The Second Treatise of Government: (An Essay Concerning the True Original, Extent and End of Civil Government)* esp ch II par 4; Thomas Hobbes *Leviathan* (1974) 145-146.

tion, movement and speech,<sup>4</sup> and in the idea that the individual should be free to enter into contracts.<sup>5</sup> In particular, this idea was used by political philosophers to formulate a new political order,<sup>6</sup> by sociologists as a means of freeing men from the bonds of their social status,<sup>7</sup> by economists who proposed a *laissez faire* economic system,<sup>8</sup> and by legal philosophers to formulate a legal order in which the individual could exercise his legal rights without vexatious constraint, a legal order in which the sanctity of his bargains would be rigidly upheld.<sup>9</sup> Many of these legal philosophers postulated that the parties to a bargain dealt with each other in perfect or absolute equality.<sup>10</sup> It was not generally realised that true or perfect equality in the bargaining process rarely, if ever, exists, and that invariably the parties to an agreement barter from disparate positions of bargaining strengths.<sup>11</sup> To be more specific, one of the parties may control the supply to the community of much-needed goods or services. His control of supply will, in many instances, give him the power unilaterally to fix the terms and conditions upon which he will sell to the community. On the other hand, a person entering into a contract may be poor, ill educated, and much in need of essential goods or services. His poverty, lack of education or need may make it easy for the supplier to impose upon him unfair terms and conditions of supply or sale.<sup>12</sup>

The fact that there is this difference in contractual bargaining positions, and that the weaker party to the contract is often abused by the stronger, has not gone unnoticed in many foreign legal systems.<sup>13</sup> In the United States of America, for instance, the legislature has enacted section 2-302 of the Uniform Commercial Code to protect buyers of goods and services against contractual abuse.<sup>14</sup> Section 2-302(1) reads:

"If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the uncon-

<sup>4</sup>*ibid.* See also John Stuart Mill *On Liberty* (published in *Three Essays* 1975) esp 15 ff.

<sup>5</sup>*ibid.*

<sup>6</sup>*ibid.* See also Henry Sidgwick *Elements of Politics* (1879) 82 ff.

<sup>7</sup>See Sir Henry Maine *Ancient Law* (Pollock's ed 1930) 180 ff.

<sup>8</sup>See Adam Smith *The Wealth of Nations* bk 4 ch 9.

<sup>9</sup>See e.g. Grotius *Inleidinge* 3 1 10, 11 and 12; *De Jure Belli ac Pacis* 2 12 8, 9 and 10.

<sup>10</sup>See generally in this regard the discussions by Roscoe Pound "Liberty of Contract" (1908-09) 18 *Yale LJ* 454; F Kessler "Contracts of Adhesion - Some Thoughts about Freedom of Contract" (1943) 43 *Columbia LR* 629; W Friedmann "Changing Functions of Contract in the Common Law" (1951) 9 *University of Toronto LJ* 15; HB Sales "Standard Form Contracts" (1953) 16 *MLR* 318; O Lando "Standard Contracts. A Proposal and a Perspective" (1966) 10 *Scandinavian Studies in Law* 127; E von Hippel "The Control of Exemption Clauses. A Comparative Study" (1967) 16 *ICLQ* 591; WD Slawson "Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power" (1971) 84 *Harvard LR* 529; J Dawson "Unconscionable Coercion: the German Version" (1976) 89 *Harvard LR* 1041; SM Waddams "Unconscionability in Contracts" (1976) 39 *MLR* 369.

<sup>11</sup>*ibid.*

<sup>12</sup>*ibid.*

<sup>13</sup>*ibid.*

<sup>14</sup>Interesting analyses of the section are made by MP Ellinghaus "In Defence of Unconscionability" (1968-69) 78 *Yale LJ* 757; AA Leff "Unconscionability and the Code - the Emperor's New Clause" (1966-67) 115 *University of Pennsylvania LR* 485.

scionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result."

On the basis of these provisions, American courts have refused to uphold a contract which has unfairly exploited an underprivileged or poorly educated person,<sup>15</sup> a contract in which a seller has stipulated for an unconscionably high price,<sup>16</sup> a contractual term forcing a party to submit to the jurisdiction of a "foreign" court to which he does not have easy access,<sup>17</sup> and a term in an instalment-sale agreement permitting summary repossession by the seller.<sup>18</sup> Consumer-credit enactments<sup>19</sup> in Canada have permitted the courts to strike down credit and money lending contracts where a lender has failed properly and frankly to disclose the terms of credit to a poorly educated borrower,<sup>20</sup> where a creditor has unconscionably exploited the need or lack of business experience of a borrower,<sup>21</sup> and where a lender has stipulated for an excessively high rate of interest.<sup>22</sup> The German Civil Code contains two important provisions – par 138<sup>23</sup> and 242<sup>24</sup> – which give the German courts the power to police the use of unconscionable contractual terms.<sup>25</sup> German courts have struck down contracts in which the dire economic need of a borrower has been unfairly exploited,<sup>26</sup> contracts which have threatened the economic existence of a needy person,<sup>27</sup> and agreements which have unconscionably exploited the thoughtlessness or inexperience of a person.<sup>28</sup> The German judiciary has refused to enforce a term located in a standard form contract in a place where it would not normally be expected even if

<sup>15</sup>See eg *Williams v Walker-Thomas Furniture Co* 350 F2d 445 (DC Cir 1965); *Frostifresh Corp v Reynoso* 274 NYS2d 757 (1966).

<sup>16</sup>*American Home Improvement Inc v MacIver* 201 A2d 886 (1964).

<sup>17</sup>*Paragon Homes of Midwest Inc v Crace* 4 UCC Rep Serv 19 (NY Sup Ct 1967).

<sup>18</sup>*Robinson v Jefferson Credit Corp* 4 UCC Rep Serv 15 (NY Sup Ct 1967).

<sup>19</sup>An interesting survey of these enactments and the cases in which they have been applied is made by I Davis "Unconscionable Contracts – Some Recent Cases" (1972) 50 *Canadian Bar Review* 296.

<sup>20</sup>*Miller v Lavoie* (1967) 60 DLR (2d) 495; *Morehouse v Income Investments Ltd* (1966) 53 DLR (2d) 106.

<sup>21</sup>*ibid.* See also *All-Canadian Peoples Finance Ltd v Marcjan* (1970) 10 DLR (3d) 352.

<sup>22</sup>*Collins v Forest Hill Investment Corp Ltd et al* (1967) 63 DLR (2d) 492; *Stepper v Laurel Credit Plan Ltd* (1968) 63 WWR 168.

<sup>23</sup>Par 138 reads:

"(1) A transaction that offends good morals is void.

(2) Void in particular is a transaction whereby one person, with exploitation of the necessity, thoughtlessness or inexperience of another, is promised or acquires, for himself or for a third party, economic advantages whose value exceeds the value of his own performance to such a degree that, under the circumstances, there is a striking disproportion between them."

<sup>24</sup>Par 242 reads:

"Obligations shall be performed in the manner required by good faith, with regard to commercial usage."

<sup>25</sup>An analysis of these decisions is made by E von Hippel "The Control of Exemption Clauses. A Comparative Study" (1967) 16 *ICLQ* 591; J Dawson "Unconscionable Coercion: the German Version" (1976) 89 *Harvard LR* 1041.

<sup>26</sup>See judgment of 30 November 1904, RG [1905] JW 75; judgment of 23 December 1908, RG, 64 *Seufferts Archiv* no 88; judgment of 1 May 1911, RG [1911] JW 576; judgment of 6 November 1918, RG [1918] JW 102.

<sup>27</sup>*ibid.* Cf J Dawson (1976) 89 *Harvard LR* 1041 at 1054 ff.

<sup>28</sup>Judgment of 26 May 1900, RG, 46 *RGZ* 112; judgment of 11 April 1905, RG [1905] JW 366. Cf J Dawson (1976) 89 *Harvard LR* 1041 at 1060 ff.

the contract were to be read with some attention.<sup>29</sup> In Sweden, the Act Prohibiting Improper Contract Terms 1971<sup>30</sup> permits the Swedish market court and the Swedish consumer ombudsman to strike down a term in a contract of sale or supply which, having regard to the price and all other circumstances, is to be considered as "improper" towards consumers:<sup>31</sup>

"A contract or term may typically be regarded as improper towards consumers if, deviating from valid dispositive law, it gives entrepreneurs an advantage or deprives consumers of a right and in that way produces a weighting of the parties' rights and obligations so lopsided that a reasonable balance between the parties no longer exists."<sup>32</sup>

In some foreign jurisdictions, the courts have been able to formulate, *without any legislative basis*, criteria according to which the fairness of contractual terms may be judged. The decisions in three American cases provide an interesting illustration of the powers exercised by the American courts in this regard. The first is *United States of America v Bethlehem Steel Corporation*.<sup>33</sup> Frankfurter J remarked:<sup>34</sup>

"These principles are not foreign to the law of contracts. Fraud and physical duress are not the only grounds upon which courts refuse to enforce contracts. The law is not so primitive that it sanctions every injustice except brute force and down-right fraud. More specifically, the courts generally refuse to lend themselves to the enforcement of a 'bargain' in which one party has unjustly taken advantage of the economic necessities of the other. 'And there is great reason and justice in this rule, for necessitous men are not, truly speaking, free men, but, to answer a present exigency, will submit to any terms that the crafty may impose upon them.' *Vernon v Bethell*, 2 Eden 110, 113, 28 Eng Reprint 838. So wrote Lord Chancellor Northington in 1761."

After citing a number of other decisions he added:<sup>35</sup>

"Strikingly analagous to the case at bar are the decisions that a salvor who takes advantage of the helplessness of the ship in distress to drive an unconscionable bargain will not be aided by the courts in his attempts to enforce the bargain . . . In *Post v Jones* . . . it was said that the courts 'will not tolerate the doctrine that a salvor can take the advantage of his situation, and avail himself of the calamities of others to drive a bargain; nor will they permit the performance of a public duty to be turned into a traffic of profit.' These cases are not unlike the familiar example of the drowning man who agrees to pay an exorbitant sum to a rescuer who would otherwise permit him to drown. No court would enforce a contract made under such circumstances."

The views of Frankfurter J are similar to those expressed in *Frederick L Morehead v New York ex rel Joseph Tipaldo*<sup>36</sup> by Hughes CJ, who stated:<sup>37</sup>

<sup>29</sup>Judgment of 4 November 1964, BGH [1965-1] NJW 246. Cf J Dawson (1976) 89 *Harvard LR* 1041 at 1108 ff.

<sup>30</sup>*Lag om förbud mot otillborliga avtalsvillkor* SFS 1971: 112.

<sup>31</sup>s 1. See generally JE Sheldon "Consumer Protection and Standard Contracts: the Swedish Experiment in Administrative Control" (1974) 22 *American Journal of Comp Law* 17.

<sup>32</sup>Directive of the Swedish Minister of Justice, cited by JE Sheldon 35.

<sup>33</sup>15 US 289 (1941).

<sup>34</sup>326.

<sup>35</sup>330.

<sup>36</sup>298 US 587 (1935).

<sup>37</sup>627-628.

"We have had frequent occasion to consider the limitations of liberty of contract. While it is highly important to preserve that liberty from arbitrary and capricious interference, it is also necessary to prevent its abuse, as otherwise it could be used to override all public interests and thus in the end destroy the very freedom of opportunity which it is designed to safeguard.

We have repeatedly said that liberty of contract is a qualified and not an absolute right. 'There is no absolute freedom to do as one wills or to contract as one chooses . . . Liberty implies the absence of arbitrary restraint, not immunity from reasonable regulations and prohibitions imposed in the interests of the community'."

One of the leading cases in which these dicta have been applied is *Claus H Henningsen v Bloomfield Motors Inc.*<sup>38</sup> Francis J, who delivered the judgment of the court, recognized the fact that although the "traditional contract" resulted from the free bargaining of persons who met with one another on an equal footing, in present-day commercial life the use of the standardized mass contract had almost completely destroyed any semblance of bargaining equality. He said:<sup>39</sup>

"The gross inequality of bargaining position occupied by the consumer in the automobile industry is thus apparent. There is no competition among car makers in the area of the express warranty. Where can the buyer go to negotiate for better protection? Such control and limitation of his remedies are inimical to the public welfare and, at the very least, call for great care by the courts to avoid injustice through application of strict common-law principles of freedom of contract. Because there is no competition among the motor vehicle manufacturers with respect to the scope of protection guaranteed to the buyer, there is no incentive on their part to stimulate good will in that field of public relations. Thus, there is lacking a factor existing in more competitive fields, one which tends to guarantee the safe construction of the article sold. Since all competitors operate in the same way, the urge to be careful is not so pressing."

He continued<sup>40</sup> that it was the task of the judiciary to administer the spirit as well as the letter of the law, and that in cases such as the one before the court, it was the court's duty to protect the ordinary man against the loss of important rights caused by the unilateral acts of another. He concluded:<sup>41</sup>

"The lawmakers did not authorize the automobile manufacturer to use its grossly disproportionate bargaining power to relieve itself from liability and to impose on the ordinary buyer, who in effect has no real freedom of choice, the grave danger of injury to himself and others that attends the sale of such a dangerous instrumentality as a defectively made automobile. In the framework of this case, illuminated as it is by the facts . . . we are of the opinion that Chrysler's attempted disclaimer of an implied warranty of merchantability and of the obligations arising therefrom is so inimical to the public good as to compel an adjudication of its invalidity."

Recent cases in the United Kingdom indicate that the courts there are attempting to formulate a general criterion or standard according to which the fairness of a contract or one of its terms may be judged.<sup>42</sup> An example of this is to be found in *Lloyds Bank Ltd v Bundy*.<sup>43</sup> Lord Denning MR, after referring to several lines of decisions dealing with duress, undue in-

<sup>38</sup>75 ALR 2d 1 (1960).

<sup>39</sup>24.

<sup>40</sup>31.

<sup>41</sup>31-32.

<sup>42</sup>An analysis of the development of a doctrine of unconscionability in English law is made by SM Waddams "Unconscionability in Contracts" (1976) 39 *MLR* 369.

<sup>43</sup>1975 QB 326 (CA).

fluence, fraud and "unconscionable" transactions, said:<sup>44</sup>

"Gathering all together, I would suggest that through all these instances there runs a single thread. They rest on 'inequality of bargaining power'. By virtue of it, the English law gives relief to one who, without independent advice, enters into a contract upon terms which are unfair or transfers property for a consideration which is grossly inadequate, when his bargaining power is grievously impaired by reason of his own needs or desires, or by his own ignorance or infirmity, coupled with undue influences or pressures brought to bear on him by or for the benefit of the other. When I use the word 'undue' I do not mean to suggest that the principle depends upon proof of any wrongdoing. The one who stipulates for an unfair advantage may be moved solely by his own self-interest, unconscious of the distress he is bringing to the other. I have also avoided any reference to the will of one being 'dominated' or 'overcome' by the other. One who is in extreme need may knowingly consent to a most improvident bargain, solely to relieve the straits in which he finds himself."<sup>45</sup>

No attempt has yet been made in South African law to provide or formulate a *general, all-embracing* criterion according to which the "morality" of contracts may be judged. True, parliament has provided some relief to certain categories of persons who have weak bargaining powers. One may mention here the Hire-Purchase Act 1942,<sup>46</sup> the Limitation and Disclosure of Finance Charges Act 1968<sup>47</sup> and the Sale of Land on Instalments Act 1971,<sup>48</sup> which protect persons who are often forced, because of their need or lack of financial resources, to obtain credit to acquire much needed property, goods or services. Various regulations published under the Price Control Act 1964<sup>49</sup> prevent suppliers of specific goods and services from using certain unconscionable terms and conditions of sale and supply. The Rent Control Act 1976<sup>50</sup> prevents a lessor from requiring his lessee to pay an unconscionably high rent. The Conventional Penalties Act 1962<sup>51</sup> permits a court to ameliorate the severe or harsh effects of penalty provisions in contracts.

A problem that arises with these statutes is that they are often too specific, in the sense that they apply only to certain types of contracts or contractual terms. They provide no *general* criterion of control. They do not give the courts the power to strike down any unconscionable term in a contract entered into in respect of *any* transaction, irrespective of its nature, content or subject-matter.<sup>52</sup> A party to a contract not governed by these statutes is generally (fraud, misrepresentation, duress or undue influence being absent) free to abuse his superior bargaining power. Moreover, it can hardly be said that the common law in South Africa adequately fills the gaps

<sup>44</sup>339.

<sup>45</sup>See also the remarks of Lord Reid in *A Schroeder Music Publishing Co Ltd v Macaulay* 1974 3 All ER 616 (HL) 723 and Lord Denning in *British Crane Hire Corporation Ltd v Ipswich Plant Hire Ltd* 1975 1 QB 303 (CA).

<sup>46</sup>Act 36 of 1942.

<sup>47</sup>Act 73 of 1968.

<sup>48</sup>Act 72 of 1971.

<sup>49</sup>Act 25 of 1964. See in particular GN R722 and GN R723 GG 4664 of 11 April (*Reg Gaz* 2137).

<sup>50</sup>Act 80 of 1976.

<sup>51</sup>Act 15 of 1962, esp s 3.

<sup>52</sup>There are those who do not regard this problem as serious: cf Mr Justice CH Bright "Contracts of Adhesion and Exemption Clauses" (1967) 41 *Australian LJ* 261.



left by the statutes just mentioned. Certain common law rules do provide some measure of relief to the contractually weak and oppressed.<sup>53</sup> One may mention in this regard the principles governing the use of *imposed terms* in contracts. A person may not, for example, impose a term on another in a contract unless he has given adequate notice of the imposition of the term,<sup>54</sup> and he does so at the time he enters the contract.<sup>55</sup> The courts have also applied certain rules of interpretation of contracts to prevent the exploitation of persons having weak bargaining powers.<sup>56</sup> Where, for example, a contractual term imposes an undue hardship on a person, or deprives him of his common law rights, the courts will give that term as narrow a meaning as possible.<sup>57</sup> Where a harsh term in a contract is ambiguous, the courts will interpret it *contra proferentem* to relieve the weak party from its oppressive provisions.<sup>58</sup>

A general rule against contractual unconscionability will of necessity have to provide a general criterion of control, be so clear and precise that it does not give rise to problems of uncertainty, be flexible enough to meet changing conditions, and be capable of quick and simple application to solve the problems.

The rules and principles adopted by the courts in this regard are not suited, it is submitted, to solving the problems of abuse of the contractually weak. The fact, for example, that the weaker party has been informed of the imposition in his contract of an unduly harsh term does not always help him. In many cases he will have to accept that term if he is to contract at all. Nor do the rules of restrictive interpretation always provide adequate relief. One cannot construe a term narrowly where it is worded in such a way that it has to be given a wide meaning. The *contra proferentem* rule cannot be applied to a precisely and clearly worded contractual provision. Moreover, it is submitted, these rules have been applied in so random a way that it cannot be said that they give rise to a single principle vitiating *all* unconscionable contractual provisions. Nor can one always predict with absolute certainty whether or not the courts will come to the relief of an aggrieved party. One gains the impression of a haphazard, random, fragmented approach: there is no comforting single principle to order and resolve. Furthermore, even where the common-law rules are applied, they may afford only temporary relief from abuse. Their effect may be circumvented by skilful draftsmanship and deft legal chicanery. And, even where the attempt at circumvention may be inept and bad in law, an abused consumer may suffer prejudice merely because he is, in most cases anyway, unable to risk

<sup>53</sup>A detailed analysis of these rules is made by CC Turpin "Contract and Imposed Terms" (1956) 73 *SALJ* 144.

<sup>54</sup>*Davis v Lockstone* 1921 AD 153 162; *Weiner v Calderbank* 1929 TPD 654 661.

<sup>55</sup>*Annie Peard v John T Rennie & Sons* (1895) 16 NLR 175; *Olley v Marlborough Court Ltd* 1949 1 All ER 127 (CA) 134.

<sup>56</sup>See generally CC Turpin (1956) 73 *SALJ* 144.

<sup>57</sup>*Weinberg v Olivier* 1943 AD 181; *Kemsley v Car Spray Centre (Pty) Ltd* 1976 1 SA 121 (SEC).

<sup>58</sup>See *Cairns (Pty) Ltd v Playdon & Co Ltd* 1948 3 SA 99 (AD) 121-122. Cf *John Lee & Son (Grantham) Ltd v Railway Executive* 1949 2 All ER 581 (CA).

the expense of a court action. Of course, this latter difficulty would probably exist even if the law's solution was not haphazard.

The question then arises whether there are any legal rules, principles or "institutions" in South African law that may be used to overcome the difficulties created by both the common-law and statutory approaches to control of abuse of unequal bargaining power with a minimum of expense and delay.

One such institution that may be of some use to our courts in this regard is the *exceptio doli*. The exception was expressed by Gaius<sup>59</sup> in the following form: "si in ea re nihil dolo malo [of the plaintiff] factum sit neque fiat". The use of the present tense, *fiat*, in the *exceptio* afforded a defence to a person against whom an action had been brought in breach of the requirements of good faith.<sup>60</sup> In other words, *dolus*<sup>61</sup> was present when the plaintiff knew for some reason, for example, because of his fraud or intimidation, that his suit was inconsistent with good faith.<sup>62</sup> Writers<sup>63</sup> usually refer to this defence as the *exceptio doli generalis*. The use in the exception of the perfect tense, *factum sit*, required a judge to take into account the *dolus* of which the plaintiff had been guilty at the time he concluded the juristic act or contract in question.<sup>64</sup> The *exceptio*, in this sense sometimes referred to as the *exceptio doli specialis*,<sup>65</sup> was the same as the plea of fraud, a plea in which the defendant alleged a single, definite fact to counter the claim of the plaintiff.<sup>66</sup> In Roman law no distinction was made between the *exceptio doli generalis* and the *exceptio doli specialis*:<sup>67</sup> the Romans used the term *exceptio doli* indiscriminately in either sense. Sohm<sup>68</sup> points out that the *exceptio doli* could be used as an alternative to all the other special exceptions, operating in this regard as a general reserve clause. In this form it allowed the defendant, without specifying his defence, to raise in *judicio* any fact that might be likely to secure a judgment in his favour.

"And - what was still more important - it was this breadth of scope that fitted the *exceptio doli* for becoming the instrument employed . . . for effecting such modifications of the material law as equity seemed to require. The *exceptio doli* was accordingly used for the purpose of mitigating the harshness of the *jus strictum* that governed all transactions in which the resulting obligation was strictly and literally interpreted; for the purpose, in other words, of protecting the real meaning of a formal promise from the consequences of a mere literal interpretation, and of thus protecting the underlying economic relation . . . from the strict legal operation of a formal

<sup>59</sup>*Institutes* 4 119.

<sup>60</sup>See R Dannenbring *Roman Private Law* (2nd ed 1968) (a translation of Max Kaser *Das römische Privatrecht*) 114-145; Sohm's *Institutes of Roman Law* (3rd ed 1907) 279-280 (Ledlie's translation).

<sup>61</sup>*Dolus* was defined by Labeo (*D* 4 3 1 2) as any craft or deceit employed for the circumvention or entrapment of another person. This definition was widened, in *D* 4 3 3 4, to include also wilful injury without the element of preconcerted fraud.

<sup>62</sup>*ibid.* See also *D* 44 4 2 3, 4, 5, 8pr, 12 and 16; 45 1 36.

<sup>63</sup>See Sohm 279-280; W Buckland *A Text-Book of Roman Law* (3rd ed 1963) 655.

<sup>64</sup>See Sohm 279; Dannenbring 143-144; Buckland 654-655.

<sup>65</sup>See Sohm 279-280; JC de Wet "*Estoppel by Representation*" in *die Suid-Afrikaanse Reg* (1939) 83-86.

<sup>66</sup>*ibid.*

<sup>67</sup>Sohm 280; Buckland 654-655.

<sup>68</sup>280-281.

contract . . . Thus the *exceptio doli* came to be the *exceptio* of all *exceptiones*, which in the hands of Roman jurists became a weapon that enabled the *jus aequum* to defeat the old *jus strictum* at every point. Such was the rich and vigorous development the possibilities of which lay hidden in the meagre, briefly-worded clause inserted by the praetor as an exception to the order by which he directed the *judex* to condemn."<sup>69</sup>

The *exceptio doli* was considered and analysed by a number of commentators writing in the sixteenth, seventeenth and eighteenth centuries.<sup>70</sup> Brunnemannus and Donellus were both of the opinion that in Roman law the *exceptio doli* could be raised as a defence to an action, the institution of which was *inequitable*. Brunnemannus wrote:<sup>71</sup>

"Exceptio doli datur, ne suus cuiquam dolus patrocinetur, & ne contra naturalem aequitatem occasione juris civilis quis decipiatur . . . Exceptio haec . . . habet hanc aequitatis causam, ne cui dolus suus per Juris Civilis, contra naturalem aequitatem prosit . . ."

Donellus,<sup>72</sup> after distinguishing between the *exceptio doli generalis* and the *exceptio doli specialis*, made the following observation:

"Est . . . & doli exceptio quaedam generalis, competens ex omni causa, propter quam quid dolo quoquo modo petitur, quaminus re ab initio dolo non contracta . . . Huius causa describitur a Paulo in [the Digest]. Cum enim ideo hanc exceptionem propositam esse dicit a pretore, ne cui dolus suus per occasione iuris civilis contra aequitatem naturalem; in hac petitione dolum esse petitoris, hinc reo doli exceptionem, ne hic is dolus ei noceat, actori prosit."

It must be borne in mind that in Roman law a distinction was drawn between two types of contracts – *negotia stricti juris* and *negotia bonae fidei* – and the actions that could arise from them.<sup>73</sup> *Negotia stricti juris* were those agreements that bound the parties to perform exactly what they had promised to do.<sup>74</sup> The hallmark of these agreements was that the *value* of the performance that was owed in terms of them was simply a matter of accurate calculation, and that nothing more could be expected from the debtor.<sup>75</sup> One example of these *negotia* was the contract of *stipulatio*, a contract that arose from the use of words in a particular form, usually a question and answer. The creditor would ask the debtor: "spondesne mihi certum dare?", to which the debtor would reply: "spondeo". The *certum* would then be the full extent of the debtor's obligation. *Bonae fidei negotia*, on the other hand, were contracts that bound the parties to perform not what they had actually promised to do, but what was *reasonably and fairly* required of them in each particular case. The extent of a party's liability under such a contract was not, therefore, a matter of calculation: rather, it depended upon what was *fair and reasonable* in the circumstances of the case.<sup>76</sup>

<sup>69</sup>Per Sohm 280–281. See also J van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* (1945) 209–210; Buckland 654–655.

<sup>70</sup>See eg Groenewegen *De Legibus Abrogatis ad D* 44 4; Vinnius *ad Inst* 4 13; Brunnemannus *Commentarius in Leges Pandectarum* 44 4 4, 6 and 13; Donellus *De Jure Civili* 22 6.

<sup>71</sup>*Commentarius* 44 4 1–2.

<sup>72</sup>*De Jure Civili* 22 6.

<sup>73</sup>See Sohm 367 ff; Buckland 411 ff; Dannenbring 142–144; RW Lee *The Elements of Roman Law* (4th ed 1956) 286–287.

<sup>74</sup>*ibid.*

<sup>75</sup>*ibid.*

<sup>76</sup>Sohm 368; Buckland 411.

As such, the liability of a party was expressed as follows: "quiquid dare facere oportet ex bona fide".<sup>77</sup> *Bonae fidei negotia*, which included the consensual agreements of sale, hire, agency, partnership, exchange and *tutela*, always operated to impose the duty of good faith upon the parties, irrespective of whether such a duty was expressly undertaken or not.<sup>78</sup>

There was one major difference that existed between the actions that could be based upon these two types of agreements. In *actiones stricta iudicia* a judge was entitled to take into account only that which was expressly mentioned in the formula when giving his judgment.<sup>79</sup> A defendant who wished to raise the *exceptio doli* as a defence to the plaintiff's claim had to prove, therefore, that the *exceptio* had been expressly stated in the contractual formula.<sup>80</sup> In *actiones bonae fidei*, on the other hand, there was no requirement that an *exceptio* be expressly mentioned in the formula or *intentio* before a defendant was entitled to rely upon it as a defence to an action on the contract. The defendant's rights in this regard were governed by the rule "*bonae fidei iudicii insunt*".<sup>81</sup> As such, the requirement of good faith was *implied* into every *bonae fidei* contract. A judge could, therefore, in any action based upon that contract, take into account any conduct<sup>82</sup> that fell short of the required standard of *bona fides*.<sup>83</sup> A judge could, therefore, take into account facts that would have given rise to *exceptiones doli*, *metus*, *pacti conventi*.<sup>84</sup> Buckland points out<sup>85</sup> that large use was made of the *exceptio doli* to introduce other defences in an action,<sup>86</sup> and that the *exceptio doli* could be used as an alternative to other *exceptiones*, such as *rei venditae et traditae*.<sup>87</sup> In the time of Ulpian the *exceptio doli* was used to replace any *exceptio in factum*;<sup>88</sup> and, because such *exceptiones* as that *e lege Cincia* could be replaced by an *exceptio in factum*,<sup>89</sup> it was possible, according to Buckland, that almost any *exceptio* could be understood in *iudicia bonae fidei* if the plaintiff was aware of the defence.

The position in Roman law may be summed up as follows. A distinction was drawn between *negotia stricti iuris* and *bonae fidei*. In the case of the former a debtor was obliged to perform only that which was promised by him in the formula; he was not required to perform in accordance with the dictates of *bona fides* unless he had expressly promised to do so. Moreover, a judge could not generally take into account in any action based upon such an agreement an absence of *bona fides* by the creditor/plaintiff in negotiating

<sup>77</sup>Sohm 368.

<sup>78</sup>Sohm 367 ff; Buckland 413 ff.

<sup>79</sup>Cf Buckland 679.

<sup>80</sup>*ibid.* The defendant was entitled to adduce evidence to prove *dolus*: *D* 50 17 116; 18 5 3.

<sup>81</sup>See Buckland 680.

<sup>82</sup>Conduct, that is, either in concluding the contract or in bringing the action itself.

<sup>83</sup>Buckland 679-680. Cf Sohm 265.

<sup>84</sup>See *D* 2 14 7 5, 6; 10 3 14 1; 18 5 3; 50 17 116. Cf Buckland 679.

<sup>85</sup>680.

<sup>86</sup>Such as *compensatio* and *accessio*.

<sup>87</sup>Cf C Accarias *Précis de Droit Romain* 2 1074.

<sup>88</sup>*D* 44 4 2 5.

<sup>89</sup>*Vatican Fragments* 310; Buckland 680.

the contract unless the *exceptio doli* had been expressly mentioned in the formula. In *negotia bonae fidei*, on the other hand, "*bonae fidei iudiciis insunt*". A defendant in any action based upon the contract could, therefore, raise as a defence the bad faith of the plaintiff whenever there was an absence of *bona fides* in the conduct of the plaintiff either in the institution of the action itself or in the negotiations surrounding the contract. In pleading *mala fides* as a defence, the defendant could, for instance, prove that the plaintiff was fraudulent in bringing the action. He would, in so doing, rely impliedly upon the *exceptio doli*, *dolus* being a species of bad faith. *Dolus* itself was defined fairly widely to include not only any craft or deceit that had been used to circumvent or entrap a person, but also wilful injury that had been caused to another without an element of preconcerted fraud. The *exceptio doli* itself was an extremely wide defence that could be raised against any action that was "*contra aequitatem naturalem*".

The question then arises whether the *exceptio doli* was received in Roman-Dutch law. JW Wessels<sup>90</sup> points out that from the twelfth century onwards the German nations attempted to get rid of all unnecessary formalities in the making of contracts: instead, the consensus of the parties was regarded as the essential element of every agreement.

"Hence when we come to consider the various codes and law-books which were in vogue in western Europe, we find that they no longer adopted the divisions and distinctions of the Roman law. No doubt in many cases the terminology of the Roman law was retained, but the exact meaning of the terms was no longer the same as in the days of Justinian. Heineccius, in dealing with this part of the subject, says that we may disregard the divisions of the Roman law into *contractus . . . bonae fidei et stricti juris*."

CW Decker, in his commentary on Van Leeuwen's *Het Roomsche Hollandsche Recht*,<sup>91</sup> mentions that Roman-Dutch law dispensed with the division of contracts into *stricti juris* and *bonae fidei*, "for according to our customs all contracts are considered to be *bonae fidei*." Voet<sup>92</sup> was also of the opinion that the distinction between *stricti juris* and *bonae fidei* contracts was obsolete, although he does discuss the distinction in detail. It is interesting to note that Voet also widened the Roman law definition of fraud to include as well "a craftiness, duplicity or trickery employed to cheat, dupe or deceive another. It also occurs when, with the object of cheating another, one thing is done, and another thing feigned to be done."<sup>93</sup>

Did this development of Roman-Dutch law mean that the *exceptio doli* was not part of that law? If all contracts were *bonae fidei*, they had to be performed in accordance with the dictates of good faith, and any absence of *bona fides* could be taken into account by a judge in any action based on such contracts: there was no need, therefore, specifically to raise the *exceptio doli* as a defence to any such action. This may be the reason, it is submitted, for the fact that there are no references to the *exceptio doli* in the works of the Roman-Dutch writers Simon van Leeuwen (*Het Roomsche Hollandsche*

<sup>90</sup>*History of the Roman-Dutch Law* (1908) 580.

<sup>91</sup>(12th ed 1780-83) 4 2 1.

<sup>92</sup>See *Commentarius* 2 4 20; 12 1 3.

<sup>93</sup>Voet *Commentarius* 4 3 1 2 (Gane's translation I 629-630).

*Recht*), Johannes van der Linden (*Rechtsgeleerd Practicaal en Koopmans Handboek*), DG van der Keessel (*Praelectiones*), and Cornelis van Bynkershoek (*Observationes Tumultuariæ*).

It is submitted that even though no reference was made to the *exceptio doli* by these writers, the *exceptio* was nevertheless, impliedly, at any rate, part of Roman-Dutch law. Contracts in Roman-Dutch law were *bonae fidei*, and it was unnecessary, therefore, when litigating on an agreement specifically to plead the *exceptio doli*, or any other defence, for that matter, in the *intentio*: this defence was, it is submitted, *implied by good faith*. The sole question facing a court in Roman-Dutch law was whether the conduct of a party to a contract, either in any negotiations that preceded the contract, or in any action that was based upon it, had complied with the requirements of good faith. If, for instance, that party had exerted undue influence on the other party to the contract, or if he had been guilty of fraud or duress, his conduct fell short of those requirements. Fraud or duress, for instance, *could* have been pleaded in the form of the *exceptio doli*, and it is submitted, therefore, that the *exceptio doli* was an element or part of the requirements of good faith.

The question then arises whether it may in the future be possible for the South African courts to extend the concept of *bona fides* to apply it, or the defence implicit in it (the *exceptio doli*), to strike down those parts of a contract that have been unconscionably imposed upon a party to it. The answer to this question is to be found, in the main, in the long line of cases in which the courts have had to consider the scope and application of the *exceptio doli*.

One of the earliest attempts to define the *exceptio doli* is to be found in *MacDuff & Co Ltd (in liquidation) v Johannesburg Consolidated Investment Co Ltd*.<sup>94</sup> Kotzé JA made the following remarks:<sup>95</sup>

"*Savigny* does not precisely tell us what is to be understood by *dolus* as here employed by him, but his meaning seems clear enough. He is using the term *dolus*, not as denoting actual and direct fraud, but in its more extended and general sense as indicating anything which the law does not allow, anything inequitable (*Rechtswidrigkeit, Unredlichkeit*), done with the consciousness that one is acting contrary to the law or good faith (*dem Recht oder der bona fides zuwider*). As *Heumann*, in his Lexicon to the sources of the Roman law, points out, in this sense *dolus* is dealt with and discountenanced throughout the whole system of Roman law, and particularly in the equitable defence of the *exceptio doli generalis*. Thus understood, we see at once that the reason for the general rule laid down by the Roman jurists, as particularly expressed by *Julian* and *Ulpian* in the passages to which I have already referred, is to be found in the principle of equity which permeates Roman Jurisprudence. Hence *Savigny* rightly observes that *dolus* of this kind shall bring no one who practises it any benefit."

Kotzé JA also cited with approval a passage from Windscheid<sup>96</sup> who, according to the learned judge, seemed to lay down the same principle when he observed that the rule, that a condition is to be regarded as having been

<sup>94</sup>1924 AD 573.

<sup>95</sup>610.

<sup>96</sup>B Windscheid *Lehrbuch des Pandectenrechts* (1900-01) par 92.

fulfilled when its fulfilment is inequitably prevented by him whose interest it is that the condition be not fulfilled, is based "on a positive rule of law". This rule, said the judge,<sup>97</sup> rests on an *equitable foundation*, and is simply a branch of the still wider *equitable* rule that "no one can take advantage of his own wrong to the loss or injury of another."

In the following year, in *Weinerlein v Goch Buildings Ltd*,<sup>98</sup> the appellate division had cause once again to consider the nature and scope of the *exceptio doli*. The court had to decide whether or not a contract of sale of land, which was required by statute to be in writing, could be rectified to reflect correctly the prior oral agreement of sale between the parties. Wessels JA, having cited passages from the works of Donellus and Vinnius<sup>99</sup> said:<sup>100</sup>

"In order to succeed in this *exceptio doli* the excipient need not prove actual fraud; the exception lies whenever the court regards it as a fraudulent act to rely on your *summum jus* when you know full well that your claim is founded on mutual error, 'dum dolo facit, quicumque id, quod quaque exceptione elidi potest, petit.' Voet 44.4, I, D. 44.4.2.5.

"It is therefore clear that under the civil law the courts refused to allow a person to make an unconscionable claim even though his claim might be supported by a strict reading of the law. This inherent equitable jurisdiction of the Roman courts (and of our courts) to refuse to allow a particular plaintiff to enforce an unconscionable claim against a particular defendant where under the special circumstances it would be inequitable, dates back to remote antiquity and is embodied in the maxim '*summum jus ab aequitate dissidens jus non est*'."

In 1947, in *Zuurbekom Ltd v Union Corporation Ltd*,<sup>101</sup> the appellate division once again considered the nature and scope of the *exceptio doli generalis*. The respondent sold to the appellant a part of farm Z, reserving to itself mineral rights on the farm. Without informing the respondent, the appellant later laid out a portion of the farm as agricultural holdings. The holdings were later sold by the appellant, despite the fact that the requisite ministerial permission for the sale had not been obtained. Thereafter, in 1943, the appellant applied for permission to divide up another part of the farm into agricultural holdings. The respondent objected to this on the ground that it would cause serious harm to it, as a number of gold-bearing reefs lay under the area to be sub-divided. It obtained an interdict prohibiting the appellant from proceeding with the sub-division. On appeal the appellant argued that the respondent should have begun prospecting at an earlier date, when it had become reasonable to do so from the point of view of a reasonable mining man, or when it had realized that the appellant had wished to divide and sell the land. The appellant also argued that because the respondent had known that it had applied for approval to sub-divide the farm in 1943 but had waited until 1946 to obtain the interdict, it was, on the basis of the *exceptio*, inequitable to allow the respondent to obtain the interdict because it had, by its delay, estopped itself from doing so. Tindall JA said:<sup>102</sup>

<sup>97</sup>611.

<sup>98</sup>1925 AD 282.

<sup>99</sup>See supra.

<sup>100</sup>292-293.

<sup>101</sup>1947 1 SA 514 (A).

<sup>102</sup>537.

"I am prepared to assume . . . that something falling short of constituting an estoppel against the plaintiff may be embraced by the defence known as the *exceptio doli*. But even on that assumption it seems to me that, before the plaintiff's delay can be a valid obstacle to his claim for an interdict, it must be shown (as the very name *exceptio doli* indicates) that in the circumstances of the particular case the enforcement of that remedy by the plaintiff would cause some great inequity and would amount to an unconscionable conduct on his part. This view of the defence in question derives support from the remarks of Wessels JA in *Weinerlein v Goch* . . ."

Schreiner JA also referred to the *exceptio doli* in his judgment. He stated that it was used in Roman law where no special defence, such as fraud or duress, could be applied. In its general form it permitted the judge to give

"effect to what seemed to him to be fair and just in the light of all the circumstances and without limitation to particular forms of misconduct by the parties in the negotiation or the execution of the transaction. And to support this broad treatment of the case the device was resorted to of supposing that it was fraud on the plaintiff's part to claim that it would be 'unfair' to require the defendant to perform."<sup>103</sup>

The dicta of the appellate division in *Weinerlein* and *Zuurbekom* have been followed by the courts in a number of cases. Accordingly, the courts have held, for instance, that a person may not rely upon the terms of his contract where, on the facts of the case, he is estopped from doing so or where he had waived his right to do so.<sup>104</sup> Similarly, the courts have, on the basis of these dicta, permitted a party to a written contract to claim rectification of that contract where it has failed accurately to reflect the prior oral agreement of the parties. In such a case, the courts have permitted the party adversely affected by the error in the written document to raise the *exceptio doli* as a defence to any action instituted on the basis of the contract by the other party to it.<sup>105</sup> The courts have on a number of occasions permitted a party to a contract to plead, on the basis of the *exceptio doli*, that he was induced to enter into that contract by the fraud or fraudulent misrepresentation of the other party,<sup>106</sup> or by duress.<sup>107</sup> On the other hand, the courts have held that where a statute prescribes certain formalities for the validity of a contract, and one of the parties to an agreement which fails to comply with the prescribed formalities has performed some of his obligations under the agreement, his refusal to continue to perform cannot be met by the *exceptio doli*.<sup>108</sup> Similarly, where a statute requires a contract to be in writing, it cannot be varied orally, and no party may, therefore, rely upon

<sup>103</sup>543.

<sup>104</sup>See *Resnik v Lekbethoa* 1950 3 SA 263 (T) 266-267; *Van der Walt v Minnaar* 1954 3 SA 932 (O) 939-940; *De Lange v Transvaal Lewende Hawe Ko-op Bpk* 1958 1 SA 17 (T) 22; *Nzimande v Smuts* 1960 3 SA 264 (O) 269-271; *North Vaal Mineral Co Ltd v Lovasz* 1961 3 SA 604 (T) 607-608; *Von Ziegler v Superior Furniture Manufacturers (Pty) Ltd* 1962 3 SA 399 (T) 409; *Hauptfleisch v Caledon Divisional Council* 1963 4 SA 53 (C) 60-61. See also *OK Bazaars (1929) Ltd v Universal Stores Ltd* 1973 2 SA 281 (C) 293-294, confirmed on appeal in *Universal Stores Ltd v OK Bazaars (1929) Ltd* 1973 4 SA 747 (A) esp 762. *Contra* JC de Wet "Estoppel by Representation" in *die Suid-Afrikaanse Reg* (1939) 88-89.

<sup>105</sup>See *Mouton v Hanekom* 1959 3 SA 35 (A) 40; *Otto v Heymans* 1971 4 SA 148 (T) 154-157.

<sup>106</sup>See *Sampson v Union and Rhodesia Wholesale Ltd (in liquidation)* 1929 AD 468 480-481; *Senekal v Home Sites (Pty) Ltd* 1950 1 SA 139 (W) 153.

<sup>107</sup>See *North Vaal Mineral Co Ltd v Lovasz* 1961 3 SA 604 (T) 607-608.

<sup>108</sup>*Sette v DH Saker (Pty) Ltd* 1957 2 SA 87 (W) 94-95; *Barkhuizen NO v Jackson* 1957 3 SA 57 (T); *Fuls v Leslie Chrome (Pty) Ltd* 1962 4 SA 784 (W) 787-788.



the *exceptio doli* to enforce compliance with any purported oral alteration of the contract.<sup>109</sup>

Various attempts have been made by the courts in recent times to define more accurately the scope of the *exceptio doli*. In *North Vaal Mineral Co Ltd v Lovasx*<sup>110</sup> Jansen J (as he then was) was of the opinion that the *exceptio* could usefully operate as a defence to a claim only when that claim had "run the gauntlet" of the tests of error, fraud, duress or estoppel and had still survived. "To be distinctive it must transcend the principles associated with these concepts."<sup>111</sup> On the other hand, said the learned judge, the *exceptio* could not be based upon what a particular court considers to be harsh, unfair, unjust or inequitable. "That would be to assume an equitable jurisdiction which the court does not, in general, possess."<sup>112</sup> After referring to the remarks of Tindall JA in *Zuurbekom's* case, Jansen J concluded:<sup>113</sup>

"It is not here [in *Zuurbekom*] stated that an *exceptio doli* lies whenever the enforcement of a right by a plaintiff causes 'some great inequity' or 'would amount to an unconscionable conduct on his part' - that would be to recognize a jurisdiction to decide by equity and not on principle, which seems against all authority. At most, the learned judge appears to state that the *exceptio* will only exist when *inter alia* the enforcement of [a] right would cause great inequity and the plaintiff's conduct would amount to unconscionable conduct."

It would seem, with the greatest respect, that the learned judge contradicted himself in his statement. He seems, in his first sentence, to deny that Tindall JA said what in fact he did say, while in his second sentence he then repeats with apparent approval the words of the learned judge of appeal. Moreover, it is submitted that there *is* authority to suggest that the courts have an equitable discretion in this regard. Both Kotzé JA, in *MacDuff & Co Ltd (in liquidation) v Johannesburg Consolidated Investment Co Ltd*,<sup>114</sup> and Wessels JA, in *Weinerlein v Goch Buildings Ltd*,<sup>115</sup> were of the opinion that the *exceptio doli* had given them an inherent equitable discretion to deal with questions of contractual unconscionability.

In *Von Ziegler v Superior Furniture Manufacturers (Pty) Ltd*,<sup>116</sup> Trollip J, after referring to the remarks of Wessels JA in *Weinerlein's* case, made the following observation:<sup>117</sup>

"[I]t has been suggested . . . that the learned judge in that passage considerably narrowed down the scope of the parol evidence rule by invoking the general equitable *exceptio doli* of Roman-Dutch law in which case it would mean that in so far as negotiable instruments are concerned, our law will have been developed to accord with the equitable exception to the parol evidence rule in American law . . . I do not think, however, that the learned judge intended to do that. It is, I think, now accepted in our law that in regard to written contracts the parol evidence rule prevails . . . and the *exceptio doli* operates only within well known and defined

<sup>109</sup>*Lodge v Modern Motors Ltd* 1957 4 SA 103 (SR).

<sup>110</sup>1961 3 SA 604 (T).

<sup>111</sup>607H.

<sup>112</sup>*ibid.*

<sup>113</sup>608.

<sup>114</sup>1924 AD 573 609-611.

<sup>115</sup>1925 AD 282 292-293.

<sup>116</sup>1962 3 SA 399 (T).

<sup>117</sup>409.

limits, such as fraud, misrepresentation, or mistake, justifying rescission or rectification. . . .”

It is once again respectfully submitted that Trollip J misconstrued the intention that underlay the statements of Wessels JA in *Weinerlein's* case. The learned judge of appeal stated quite clearly, it is submitted, that the *exceptio doli* provided, impliedly at any rate, an equitable exception to the parol evidence rule. Moreover, it is submitted, he clearly intended to do so: for what other reason would he have cited as authority for his proposition extracts from the works of Donellus and Vinnius, both of whom referred expressly to the equitable content of the *exceptio doli*.

In *Otto v Heymans*,<sup>118</sup> Marais J, warned that the principle of *Weinerlein's* case should be applied with circumspection to prevent an element of uncertainty from entering into the law. He said:<sup>119</sup>

“Die *exceptio doli* is nie ’n skerp omlynde regs wetenskaplike figuur nie maar ’n regsmiddel wat na gelang van al die feite in ’n gegewe geval aan ’n party toegeken word as die hof meen dat daar anders ontoelaatbare onreg sou geskied.”

More recently, Miller J, in *Paddock Motors (Pty) Ltd v Igesund*,<sup>120</sup> attempted to give the principle of *Weinerlein's* case more precision and clarity. The learned judge, after accepting as correct counsel's contention that the *exceptio* could be used not only by a defendant but also by a plaintiff to deny his opponent the success that he, the opponent, would otherwise have achieved through his unconscionable conduct, said:<sup>121</sup>

“I also accept that for the *exceptio* to succeed it must be shown (i) that some ‘great inequity’ would otherwise result and (ii) that it is unconscionable in the defendant, in the particular circumstances of the case, to attempt to enforce his rights in the face thereof. . . . It is difficult to conceive of circumstances in which it could be said that by doing no more than exercising his clear rights under a firm agreement, a party acted unconscionably; different considerations might arise if such party was not only ‘guilty’ of exercising his contractual rights but had by his conduct in relation to the contract or enforcement thereof created circumstances which rendered attempted enforcement by him in the face of such circumstances quite unscrupulous or unconscionable.”

This statement is, it is submitted, in accordance with what was said by Wessels JA in *Weinerlein's* case. Implicit in the learned judge of appeal's statements is, it is submitted, the view that a bargain entered into freely and voluntarily – this is presumably what Miller J meant by a “firm agreement” – should be upheld by the courts. Wessels JA was also saying in so many words that the courts should not enforce a bargain in those circumstances in which it would be unscrupulous and unconscionable to do so. Also in accordance with the views of Wessels JA are, it is submitted, the dicta of Fannin J in *Rashid v Durban City Council*:<sup>122</sup>

“[Counsel] was able to refer me to no case in which it has been held that the *exceptio doli* can successfully be pleaded merely because one party to a contract has exercised,

<sup>118</sup>1971 4 SA 148 (T).

<sup>119</sup>155.

<sup>120</sup>1975 3 SA 294 (D).

<sup>121</sup>297–298.

<sup>122</sup>1975 3 SA 920 (D) 927.

as against the other party, a right conferred upon him by that contract. To do that would, in my opinion, be to exercise a jurisdiction to regulate contractual relationships merely on the ground that the court considered that one party had driven a hard, harsh bargain, and I do not think that our law confers any such jurisdiction upon our courts, whatever may be the position in other countries whose law is, in whole or in part, derived from the Civil Law.”

It is unfortunate, it is respectfully submitted, that the judge did not indicate when a contract would be *not* “merely” harsh but *unconscionably* so, for such an indication would have provided a useful guide to the nature and scope of the *exceptio doli*.

In *Paddock Motors (Pty) Ltd v Igesund*,<sup>123</sup> Jansen JA once again placed a restrictive interpretation upon the statement that had been made by Wessels JA in *Weinerlein’s* case. Jansen JA, after referring to the fact that the “precise limits” of the *exceptio* have never been set, and after pointing out that there is academic scepticism<sup>124</sup> about the viability in modern law of the *exceptio* as a distinct and separate legal weapon, said:<sup>125</sup>

“As today all transactions are *bona fide*, the field of operation of the *exceptio doli generalis* is necessarily more restricted. If, however, a contract required to be in writing is considered to be analogous to a *negotium stricti juris*, then of course the *exceptio* may be aptly applied, as was done by Wessels JA . . . I do not understand the learned judge to have done more than this, and to have enunciated a general principle that equity should override the substantive law.”

In support of this proposition the learned judge cited the dicta, expressed above, of Fannin J in the court *a quo*.

It is, with the greatest respect to the learned judge of appeal, questionable whether the fact that, in modern law, all contracts are *bonae fidei* has “necessarily” narrowed down the field of operation of the *exceptio*. All, it is submitted, that this development has done to the law has been to make it unnecessary specifically to plead the *exceptio* in the *intentio* of the contract: instead, as has been argued above, the *exceptio* is now *implied* in the contract as an element of good faith. It cannot therefore be said, it is submitted, that this development has *narrowed* the scope of the *exceptio*: it has merely become unnecessary *expressly* to plead it. It is also submitted that the correctness of the analogy between *negotium stricti juris* and the contract required by law to be in writing may be questioned. It is true that in both contracts compliance with formalities is a prerequisite for their validity. In Roman law, however, in certain instances the formalities by themselves *created* the contract.<sup>126</sup> In South African law, on the other hand, the mere fact that formalities have been complied with does not necessarily create a contract: *consensus* is required as well.<sup>127</sup> It is further submitted, with respect, that the

<sup>123</sup>1976 3 SA 16 (A).

<sup>124</sup>The judge referred to JC de Wet “*Estoppel by Representation*” in *die Suid-Afrikaanse Reg* (1939) 83–89.

<sup>125</sup>28.

<sup>126</sup>The contract of *stipulatio* in Roman law provides a good illustration of this point: see S Riccobono *Stipulation and the Theory of Contract* (1957) (translated by J Kerr Wylie and revised by B Beinart) 26 ff 128–132.

<sup>127</sup>See e.g. *South African Railways and Harbours v National Bank of South Africa Ltd* 1924 AD 704 esp 715–716; *Steenkamp v Webster* 1955 1 SA 524 (A) esp 530.

views of Fannin J in *Rasbid's* case do not directly support the conclusions that were reached by Jansen JA. All that Fannin J said was that the courts would not exercise an equitable discretion "merely" where a contract was harsh: the learned judge did not, a fortiori, exclude the possibility that such a discretion could be exercised where a contract was harsh and where the harshness was the result of the unconscionable contractual conduct of one of the parties.

The very question whether the *exceptio doli generalis* forms part of South African law was considered in *Aris Enterprises (Finance) (Pty) Ltd v Waterberg Koelkamers (Pty) Ltd*.<sup>128</sup> The plaintiff claimed from the defendant delivery of certain freezing and cooling equipment in terms of certain written agreements of "lease". The plaintiff alleged that the agreements had run their full course, that they had therefore expired by effluxion of time, and that he was therefore entitled, in terms of the agreements, to the return of the leased goods. The defendant refused to hand over the freezers and cooling equipment to the plaintiff, on the basis that the parties had in fact entered into a contract of purchase and sale of the equipment. The "rental" that had been paid, so the defendant argued, was in fact nothing more than the purchase price. He claimed that once the price had been paid, ownership in the equipment had passed to him.

This situation, said Coetzee J,<sup>129</sup> was clearly (sic) one in which the *exceptio doli generalis* should be applied. Before applying the *exceptio*, however, the learned judge turned to consider whether the *exceptio* is in fact part of South African law. He referred to the fact that the full bench of the Transvaal provincial division, in *Otto v Heymans*,<sup>130</sup> had assumed that the *exceptio* was part of the law, and he considered himself, sitting as a single judge, to be bound by that assumption. He added that although there were other judges in other divisions who appeared to hold similar views, he disagreed with them. As authority for his view that the *exceptio* no longer formed part of our law, he referred to the views expressed by Jansen J (as he then was) in *North Vaal Mineral Co Ltd v Lovasx*<sup>131</sup> and by JC de Wet in his thesis "*Estoppel by Representation*" in *die Suid-Afrikaanse Reg*.<sup>132</sup> Coetzee J stated:<sup>133</sup>

"I believe that the *exceptio doli generalis* was not part of Roman-Dutch law. By the time of Justinian it had already served its purpose and Roman law had no longer any need for it thereafter. During a period of about four centuries after 66 BC it contributed greatly to the amelioration of the inflexibility of the *ius civile*. It was one of the most important influences at work in the reformation of the whole system of Roman law from a strictly formal one to that which eventually became the *substratum* of the law of the continent of Europe, of which a cardinal principle was that every lawful agreement begets an action . . . . In a fully developed system of law such an instrument has no meaningful *raison d'etre* and, if anything, is a superfluous anachronism. The influence exerted by the *exceptio doli generalis* resulted in the creation of principles which no longer required the fiction of *dolus* which was deemed to be inherent in *litis contestatio* under certain circumstances."

<sup>128</sup>1977 2 SA 436 (T).

<sup>129</sup>437.

<sup>130</sup>1971 4 SA 148 (T).

<sup>131</sup>1961 3 SA 604 (T).

<sup>132</sup>(1939) 83-89.

<sup>133</sup>437-438.

Commenting on the statement that had been made in the *Zuurbekom* case by Tindall JA<sup>134</sup> to the effect that the exception applies whenever in the circumstances of a case the enforcement of a remedy by the plaintiff would cause "some great inequity and would amount to unconscionable conduct on his part", Coetzee J found that he could not attach a precise meaning to this statement.

"I am not sure what precisely 'great inequity' means. How great must the inequity be? Is this a gloss on the Roman law to be applied in modern law or not? According to all the respect which it deserves coming from the Appellate Division, I am not sure whence the requirement that 'some great inequity' would be caused, derives."<sup>135</sup>

Nor was the learned judge certain whether, in applying the exception, he had a discretion in the matter that entitled him to refuse to non-suit the plaintiff, even if it had been proved that the plaintiff had been acting improperly in bringing the action. He considered,<sup>136</sup> however, that because the spirit of the South African legal system was against the granting of discretionary legal remedies in the substantive law, the exception in its modern form did not admit the exercise of such a discretion. Once it had been proved that the institution of the plaintiff's action violated bona fides, the defendant would, said the judge, succeed in his exception.

On the evidence the learned judge found that mala fides on the part of the plaintiff was present, and accordingly granted absolution from the instance.

It is unfortunate, it is submitted, that once again a court which had been given an opportunity to expound upon the decisions of the appellate division in *Weinerlein* and *Zuurbekom*, and to give them a more precise meaning, failed to do so. Coetzee J could, it is submitted, have introduced some element of clarity into the law surrounding the *exceptio doli* merely by providing the answers to the questions that he himself had posed. The same may be said of the decision of the appellate division in the appeal against the judgment of Coetzee J.<sup>137</sup> The appellate division reversed the decision of the court a quo purely on its construction of the contract in question, and was able, therefore, to sidestep the question whether the *exceptio doli generalis* is part of our law.

It would appear, it is submitted, from the preceding survey of South African cases that the *exceptio doli* is part of South African law. It may be that the *exceptio* is a separate, distinct legal defence: this is the attitude that is implicit in the earlier cases that have dealt with the *exceptio*. Or it may be that the *exceptio* is part of the element of bona fides: this was the view of Coetzee J in the *Aris Enterprises* case. What is certainly not clear, however, is the exact scope of the defence. In its earlier decisions the appellate division tried to give the *exceptio doli* a wide, general meaning. In *Weinerlein's* case Wessels JA cited authority that showed that the *exceptio* had an inherent

<sup>134</sup>See supra.

<sup>135</sup>438.

<sup>136</sup>439.

<sup>137</sup>The appeal is reported in *Aris Enterprises (Finance) (Pty) Ltd v Waterberg Koelkamers (Pty) Ltd* 1977 2 SA 425 (A).

equitable basis. The learned judge of appeal also spoke of the refusal by the courts "to allow a person to make an unconscionable claim" even though his claim may be supported on a strict reading of his contract. Tindall JA, in *Zuurbekom's* case, also spoke in general terms when he said that the exceptio could be raised as a defence whenever it could be shown in the circumstances of a case that the enforcement of a right would "cause some great inequity" and would "amount to unconscionable conduct". One wonders, with respect, why the courts in subsequent cases have tried to narrow down the scope of these dicta when, by means of extensive judicial interpretation, they could, it is submitted, have been applied as well to strike down those contracts in which one of the parties thereto had unconscionably abused his superior bargaining power. Surely such abuse of bargaining power causes "great inequity" and amounts to "unconscionable conduct"? One may also question why, in recent cases, the courts have *denied* that they have an equitable discretion that would allow them to deal with and refuse to enforce the terms of unconscionable contracts. The exceptio doli of Roman law provided an equitable remedy. The commentators speak of the exceptio's inherent equitable content. The appellate division in *MacDuff, Weinerlein* and *Zuurbekom* stated quite plainly that the exceptio doli vested in them an equitable jurisdiction. Surely this equitable discretion could have been developed into a doctrine of contractual unconscionability?

It is submitted that even if one takes the attitude, as Jansen J (as he then was) did in *North Vaal Mineral Co Ltd v Lovasz*,<sup>138</sup> that the courts do not have an equitable jurisdiction, one may find in the later decisions on the exceptio doli an additional basis for the creation of a principle or doctrine of contractual unconscionability. In *Lovasz's* case,<sup>139</sup> for instance, Jansen J stated that the exceptio can operate usefully as a distinct legal remedy only when a claim has "run the gauntlet" of the principles of error, fraud, duress and estoppel and has still survived. "To be distinctive it must transcend the principles associated with these concepts." On the other hand, said the judge, the exceptio could not have its basis "merely" in what a court "considers to be harsh, unfair, unjust or inequitable". It is submitted that if one gathers together the principles of duress, undue influence, error, fraud and estoppel (and at the same time one accepts that the courts cannot intervene to protect a party to a contract *merely* because he has concluded a harsh bargain) one will find that they are all based upon a common principle - "inequality of bargaining power". A person who, for example, uses his superior bargaining power to force, by threats of violence, another to enter into a contract has unconscionably abused his bargaining power and may be met in any action based upon the contract by the plea of duress.<sup>140</sup> Similarly, a person who, by using his superior knowledge, fraudulently induces another to enter into a contract may be said to have acted unconscionably and may, therefore, be met by the plea of fraudulent misrepresentation in any action that he may bring on the contract.<sup>141</sup> In an analogous situation, the South African law

<sup>138</sup>1961 3 SA 604 (T) 607.

<sup>139</sup>*ibid.*

<sup>140</sup>See *Broodryk v Smuts* NO 1942 TPD 47.

<sup>141</sup>See eg *Wells v South African Alumenite Company* 1927 AD 69.

gives relief to a person who enters into a contract upon terms that are grossly unfair or inadequate, *when his bargaining power is seriously impaired by his own ignorance or infirmity, and when undue influence is brought to bear upon him by the other party to the contract.*<sup>142</sup>

Whether South African courts will accept that they have the power to regulate contracts on the basis of the principle of unconscionable abuse of disproportionate bargaining power that has just been enunciated is, it is submitted, unlikely. The principle is not unlike the *exceptio doli* in that it has an inherent equitable content. The courts, it has been pointed out, have on many occasions refused to apply considerations of equity to deal with harsh and unconscionable contracts. The reasons for this come across clearly from a statement made by Colman J in *Techni-Pak Sales (Pty) Ltd v Hall*.<sup>143</sup>

"If the courts are to interfere [with contracts] on grounds of equity alone in commercial bargains, where does the process end? Some of the *dicta* seem to suggest that we have here the thin end of a wedge whose exact shape and full dimensions remain undefined. A few more taps, maybe, and the granite concept of sanctity of contract will be shattered."

It seems highly unlikely, unfortunately, in the light of these remarks that courts in South Africa will adopt the approach that I have recommended above. The *exceptio doli* could, it is submitted, have been moulded by a policy of extensive judicial interpretation into a remedy that could have provided a general criterion according to which the fairness of *all* contractual conduct could have been judged. It need not have been as inflexible as it would now appear to be, but could have been adapted to meet changing commercial conditions. And, properly and wisely developed, it could have provided some certainty in what is now a most uncertain and confused branch of South African law.

In view of the reluctance by the courts to apply a principle of law, the *exceptio doli*, which has an inherent equitable content to deal with the unconscionable abuse of disproportionate bargaining power, the question then arises whether there may be any other "principle" or "rule" in our law according to which South African courts could deal with the abuse of unequal bargaining power. A passage by Voet<sup>144</sup> may be of some use in this regard.

"All honourable and possible matters may be made the subject of an agreement, but not those contrary to public law nor those which might *redound to the public injury* . . . [nor those that] *clash with good morals* . . ."

South African courts have relied on this passage to strike down agreements in restraint of trade<sup>145</sup> and marriage brokerage contracts.<sup>146</sup> The passage

<sup>142</sup>Cf the remarks of Lord Denning MR in *Lloyds Bank Ltd v Bundy* 1975 QB 326 (CA) 339.

<sup>143</sup>1968 3 SA 231 (W) 238.

<sup>144</sup>*Commentarius* 2 14 6 (Gane's translation I 428). Italics supplied.

<sup>145</sup>*Edgcombe v Hodgson* (1902) 19 SC 224 226; *Federal Insurance Corporation of South Africa Ltd v Van Almelo* (1908) 25 SC 940 943; *Paiges v Van Ryn Gold Mines Estates Ltd* 1920 AD 600 615-616; *Tilney v Rock & Way* 1928 EDL 108 111; and *Rex v Young* 1936 EDL 328 333.

<sup>146</sup>*Hurwitz v Taylor* 1926 TPD 81 86; *Pillay v Yeanamoothoo* 1917 NPD 155 157; and *King v Gray* (1907) 24 SC 554 557.

from Voet has not been applied to any other instance of contractual unfairness or immorality. It is arguable, it is submitted, that the unconscionable abuse of unequal bargaining power "might redound to the public injury" or "clash with good morals". In fact, the German courts<sup>147</sup> have relied upon almost identical wording<sup>148</sup> in the German Civil Code of 1900 to strike down agreements or clauses in agreements that have been unconscionably imposed upon one of the parties to the agreement.

Again one may ask whether South African courts will in the future be prepared to extend Voet's passage to regulate the unconscionable abuse of unequal bargaining power. The criteria of "public injury" and "good morals" are extremely general, and they could therefore give rise to the same difficulties of interpretation that the courts have experienced with the criteria of "great inequity" and "unconscionable conduct" when dealing with the *exceptio doli*. Moreover, the courts have never expressly considered whether the passage could be applied to regulate the abuse of bargaining power and it is possible, therefore, that a court would decline to do so on the basis of an absence of any guiding precedent.

It is submitted that, because the South African courts are extremely reluctant to extend the principles of the common law to vest themselves with a jurisdiction based on principles of equity to deal with problems caused by unconscionable contractual conduct, the legislature should introduce or create such a general jurisdiction for them. One finds that this has already been done in one instance in the Conventional Penalties Act 1962. Section 3 of the act gives a court the power to reduce a penalty that it finds to be "excessive" to an "extent as it may consider *equitable in the circumstances*". The courts have had little difficulty in applying this section. It is possible that they would find it equally easy to apply a general, equitable principle or rule that is contained in a statute which applies to *all* contracts. The courts in many foreign legal systems have had little difficulty in doing so. □

*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, ius suum cuique tribuere.*

Digesta 1 1 10 1

<sup>147</sup>See supra.

<sup>148</sup>Par 138(1) of the German Civil Code of 1900 reads: "A transaction that offends good morals (*guten Sitten*) is void". See supra.



# Kommentaar op die Wet op Prysregsbevoegdheid 3 van 1968

H Booysen

*B Iuris LLD*

*Universiteit van Suid-Afrika*

## SUMMARY

The question has arisen whether the South African Prize Jurisdiction Act 3 of 1968 can, in its present form, come into operation. The act defines "prize" as a ship or aircraft captured as prize *jure belli*, as well as anything so captured while in or upon a ship or aircraft, whether or not the ship or aircraft is itself also captured. The act provides that any division of the supreme court of South Africa has jurisdiction in all prize proceedings instituted in such division, whether or not the capture or alleged capture occurred within or outside of the Republic, or within or outside of the area of jurisdiction of the division concerned. In terms of the act, condemned prize belongs to the state. Section 3 of the act provides that prize proceedings are adjudicated upon *mutatis mutandis* as if they were civil proceedings and that a court adjudicating such proceedings has, in addition to the powers it possesses by virtue of its ordinary civil jurisdiction, the power to make any appropriate order it may deem fit. The act further repeals the various English statutes which have to date governed prize proceedings in South Africa.

In his commentary on the act, the author criticizes various aspects of the act and makes certain proposals which may be summarised as follows:

- (1) It is advisable that the prize jurisdiction of the ordinary courts remain dependent upon a commission of the state president issued at the commencement of a war as this will remove any doubt as to the time of commencement of the prize jurisdiction of the courts.
- (2) The act does not grant the courts prize jurisdiction where only the belligerent right of search was exercised but no capture was made. This restriction should be retained as it corresponds to the historical function of a prize court, viz to decide on the capture of ships.
- (3) The act contains no demarcation between the ordinary and prize jurisdictions of the courts. The courts formerly had prize jurisdiction in respect of captures at sea. In terms of the act, however, the courts have prize jurisdiction irrespective of whether the capture occurs within or outside of the Republic – thus even if the capture were to take place on land. In view of the fact that prize jurisdiction has been extended to aircraft, it is in any event not feasible to restrict the prize jurisdiction to captures made at sea. There remains, however, a need to achieve a demarcation between the ordinary jurisdiction of the courts and their prize jurisdiction. The act of state doctrine may be used to achieve this demarcation. Property in the state should fall under the jurisdiction of the ordinary courts and any captures in South Africa should be governed by the common law and not the prize law, while captures outside of South Africa should fall under prize jurisdiction and prize law. To ascertain whether a ship, aircraft or its freight is within the Republic one should apply not only a physical test but also the test as to whether the particular object has been lawfully admitted into the Republic. A ship in a South African harbour has not been

admitted into South Africa for all purposes and for this reason the capture of such a vessel is adjudicated by the prize court in terms of prize law. To determine whether an aircraft is lawfully within the state, cognisance must be taken of the provisions of the Aviation Act 74 of 1962, the Convention on International Civil Aviation, and the International Air Services Transit Agreement. Freight on ships and aircraft is lawfully in the state when it has been admitted into the state according to the ordinary customs procedure. South African ships and aircraft should be excluded from the jurisdiction of the prize courts and the confiscation of such property should be governed by the South African municipal law to the exclusion of prize law.

- (4) It is unnecessary to grant the prize courts jurisdiction in respect of public ships and aircraft used for military purposes as the ownership in these passes directly to the state upon capture.
- (5) The substantive prize law which a South African prize court must apply should be clarified by the act either by setting out the law applicable or by making it clear that as far as prize matters are concerned, the common law of South Africa is English prize law.
- (6) The act should contain an empowering provision to the effect that the executive can, by proclamation, make provision for any unforeseen circumstances as this will solve the problem relating to the validity of orders in council which exists in English law.
- (7) The act should also contain a provision that only the act of seizure outside the state by the executive is subject to the jurisdiction of the prize court and that all the other prerogative powers of the executive are retained.
- (8) The direct application of treaties in a prize court should be clarified and provision be made that only treaties to which South Africa is a party, are enforceable by the prize court. Should any problem arise in connection with the existence and validity of a treaty, the view of the executive should be decisive.

## INLEIDING

Die vraag het ontstaan of die Wet op Prysregsbevoegdheid in sy huidige vorm in werking gestel kan word. Na aanleiding van hierdie vraag is die onderstaande kommentaar opgestel. Daar is besluit om die kommentaar vir algemene inligting te publiseer met die hoop dat ook ander juriste hulle menings sal lig oor aspekte vervat in die kommentaar en ook oor ander aangeleenthede wat uit die Wet op Prysregsbevoegdheid mag voortvloei.

By die opstel van die kommentaar is geпоog om die prysregsbevoegdheid van die howe logies by die gewone jurisdiksie van die howe te laat inpas. Aangesien die prysreg en die prysregsbevoegdheid nou verband hou met die staatsreg en veral met die gemeenregtelike magte van die uitvoerende gesag in tye van oorlog, is hierdie aspek by die opstel van die kommentaar ook deeglik in gedagte gehou. In Engeland het die afbakening van die uitvoerende gesag se prerogatiwew magte in buitelandse sake (die sogenaamde "acts of state") van die prerogatiwew magte in die staat al baie die aandag van juriste geniet en kom die bespreking daarvan vry algemeen in staatsreg-handboeke voor. Uit die aard van die kommentaar was dit onmoontlik om in 'n bespreking van die prerogatiwew magte te verval. Tog was dit nodig om die hele geskilpunt oor die afbakening van die prerogatiwew magte by die bespreking van die prysregsbevoegdheid in gedagte te hou. Een van die geskilpunte in die Engelse reg is of die uitvoerende gesag 'n absolute prerogatief het om buite die staat teenoor persone of goedere op te tree. Enige saak wat dus as inhoud het dat die howe nie sal inmeng met die inbreukmaking deur die uitvoerende gesag op regte in 'n ander staat nie, staaf die absolute geaardheid van die uitvoerende gesag se prerogatief buite die staat selfs al handel die saak oor die erkenning van persoonlike regte en al lyk dit

asof die saak niks met die beslaglegging op skepe of vliegtuie te doen het nie. Dit is die rede waarom daar dikwels in die kommentaar verwys word na sake wat op die oog af niks met beslagleggings op skepe of vliegtuie te doen het nie. Die rol van hierdie sake moet in 'n breër verband gesien word, naamlik die afbakening van die uitvoerende gesag se prerogatiwe magte in buitelandse sake van dié van die uitvoerende gesag in die staat.

## DIE INWERKINGTREDING VAN 'N PRYSHOF SE JURISDIKSIE

Die eerste probleem met betrekking tot die Wet op Prysregsbevoegdheid is die vraag: wanneer tree die hooggeregshof se prysjurisdiksie in werking? Die wet bevat geen bepaling hieromtrent nie en openbaar myns insiens 'n leemte in hierdie verband. Histories is prysaangeleenthede in die Britse kolonies, waaronder Suid-Afrika ingesluit was, ingevolge die Colonial Courts of Admiralty Act 1890<sup>1</sup> deur die koloniale admiraliteitshowe uitgeoefen. Die koloniale admiraliteitshowe het geen inherente jurisdiksie gehad in prysaangeleenthede nie en kon alleenlik as pryshof ageer indien dit daartoe deur 'n kommissie gemagtig was.<sup>2</sup> Die goewerneur-generaal het dan ook gedurende die tweede wêreldoorlog die Kaapse en Natalse provinsiale afdelings van die hooggeregshof gemagtig om as pryshof te sit.<sup>3</sup> Ook in Engeland het die pryshof geen inherente jurisdiksie gehad nie en moes daar aan die begin van elke oorlog 'n kommissie aan die admiraliteitshof uitgereik word om as pryshof te sit.<sup>4</sup> Alhoewel dit na die promulgering van die Naval Prize Act 1864 streng gesproke nie meer nodig was om sodanige kommissie uit te reik nie, is die gebruik egter voortgesit om die kommissie by die uitbreek van 'n oorlog uit te reik.<sup>5</sup> Myns insiens is daar 'n goeie rede vir die uitreiking van 'n kommissie deur die staatspresident, by die uitbreek van elke oorlog, aan die hooggeregshof waarin die hof gemagtig word om as pryshof te sit. Hierdie gebruik behoort voortgesit te word en behoort in wetgewing vervat te word.

Die rede vir hierdie voorstel kan kortliks soos volg uiteengesit word. Ingevolge die Grondwet berus die mag om oorlog te verklaar by die uitvoerende gesag.<sup>6</sup> Hierdie bepaling bevestig slegs die gemeenregtelike posisie.<sup>7</sup> Of 'n staat dus in oorlog verkeer, hang af van die wil van die uitvoerende gesag en indien die howe twyfel oor die bestaan van oorlog word die posisie opgeklar deur die aanvraag van 'n sertifikaat van die uitvoerende gesag wat absoluut bindend is op die howe.<sup>8</sup> Indien die inwerkingtreding van die hooggeregshof se prysjurisdiksie van die uitreiking van 'n kommissie deur die staatspresident aan die hof afhanklik gemaak word, dien die kommissie terselfdertyd as bewys dat oorlog verklaar is en is dit duidelik dat die hof se

<sup>1</sup>Art 2(3)(b).

<sup>2</sup>Sien art 2(3)(b) van die Colonial Courts of Admiralty Act 1890 en ook Roscoe *A History of the English Prize Court* (1924) 47 e.v.

<sup>3</sup>Sien Diemont "South African Prize Courts" 1941 *SALJ* 122 125.

<sup>4</sup>Roscoe 44.

<sup>5</sup>Sien Colombos *A Treatise on the Law of Prize* (1949) 18.

<sup>6</sup>Art 7(3)(i) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 32 van 1961.

<sup>7</sup>Sien *Rustomjee v R* 1876 2 QB 69 73.

<sup>8</sup>Sien *R v Bottrill, ex parte Kuechenmeister* 1947 KB 41 50.

prysjurisdiksie in werking tree. Onnodige litigasie word dus verhoed en die inwerkingtreding van die hof se prysjurisdiksie word duidelik bevestig.

'n Pryshof se jurisdiksie is om die beslagleggingshandeling van die uitvoerende gesag ten tyde van oorlog te bereg. Kan 'n skip of die goedere daarop as prys geneem word of nie?<sup>9</sup> Volgens artikel 1 van die Wet op Prysregsbevoegdheid 3 van 1968 beteken "prys" 'n skip of vliegtuig jure belli prysgemaak. Die wet gee geen aanduiding wanneer die hooggeregshof se prysjurisdiksie in werking tree nie. 'n Pryshof se jurisdiksie geld slegs ten tye van oorlog. Die beslagleggingshandeling van die uitvoerende gesag ten opsigte van vreemde skepe op die see is uitsluitlik beregbaar deur die pryshof en die gewone howe het nie jurisdiksie in so 'n geval nie.<sup>10</sup> Dit is juis omdat sulke handeling nie deur die gewone howe beregbaar is nie en omdat die uitvoerende gesag nie in oorlogstyd al die besware van neutrale en vyandsonderdane, wat deur sodanige beslagleggingshandeling benadeel word deur middel van diplomatieke kanale kon hanteer nie, dat die pryshowe ingestel is.<sup>11</sup> Deur die instelling van die pryshof het die uitvoerende gesag toegestem dat sy handeling bereg kon word en het die uitvoerende gesag van sy soewereine mag afstand gedoen. Was dit nie die geval nie, sou geen hof jurisdiksie ten aansien van sodanige handeling gehad het nie.<sup>12</sup> In die afwesigheid van enige aanduiding oor wanneer die pryshof se jurisdiksie in werking tree – soos byvoorbeeld deur middel van 'n kommissie – kan daar probleme ontstaan. Om maar een hipotetiese voorbeeld te noem: 'n Gewapende konflik bestaan tussen Suid-Afrika en 'n ander staat. Die vloot stop 'n neutrale skip op die oop see om dit te deursoek vir smokkelware bestem vir die vyand en daarna word die skip vir verdere deursoeking na die hawe geneem. Geen smokkelware word gevind nie. Die eienaars stel 'n eis in teen die uitvoerende gesag om skadevergoeding weens verlies van gebruik as gevolg van die beslagleggingshandeling op die oop see en die neem na die hawe. Die huidige Wet op Prysregsbevoegdheid bepaal slegs dat "prys" 'n skip of vliegtuig jure belli prysgemaak, beteken en verder dat alle afdelings van die hooggeregshof bevoeg is om alle prysverrigtinge te bereg wat in so 'n afdeling aanhangig gemaak word, ongeag of die prysmaking of beweerde prysmaking binne of buite die Republiek of binne of buite die regsgebied van die hof plaasgevind het.<sup>13</sup> Ingevolge artikel 3 word prysverrigtinge mutatis mutandis bereg asof hulle siviele gedinge is en het die hof wat sodanige verrigtinge bereg, benewens die bevoegdheid waaroor hy uit hoofde van sy gewone siviele regsbevoegdheid beskik, ook die bevoegdheid om na goeddunke 'n gepaste bevel te gee. Die probleem is dat, histories, die gewone howe nie die beslagleggingshandeling sal kan bereg nie – dit sal 'n geldige "act of state" wees wat nie deur die gewone howe beregbaar is nie. 'n Pryshof sal egter jurisdiksie hê.<sup>14</sup> Is die hof se prysjurisdiksie van toepassing of dié van die gewone howe? Soos hieronder verder uitgewys sal word, hang

<sup>9</sup>Roscoe 4.

<sup>10</sup>Sien *Netherlands American Steam Navigation Company v HM Procurator-General* 1926 1 KB 84.

<sup>11</sup>Sien Roscoe 2 ev.

<sup>12</sup>Sien *The Zamora* 1916 2 AC 77 91-92.

<sup>13</sup>Sien art 2 saamgelees met art 1.

<sup>14</sup>Sien *Netherlands American Steam Navigation Co v HM Procurator-General* supra.

ook die reg wat die hof moet toepas af van watter jurisdiksie van toepassing is.<sup>15</sup> Indien die hof beslis dat die gewapende konflik wel op oorlog neerkom – dit sal in die meeste gevalle geskied deur die aanvraag van ’n sertifikaat van die uitvoerende gesag – is die hof se prysjurisdiksie van toepassing en sal dit volgens die volkeregtelike reëls insake die prysreg moet beslis. Dit sal daarop neerkom dat die uitvoerende gesag se optrede ongeldig was en dat die uitvoerende gesag skadevergoeding moet betaal. Indien oorlog nie bestaan nie is die gewone howe se jurisdiksie van toepassing en die hof sal volgens die staatlike reg moet beslis wat, afgesien van die prysreg, geen ander beperking op die absolute mag van die uitvoerende gesag stel om teenoor vreemde skeep op die oop see op te tree nie. Die hof sal dus nie skadevergoeding kan toestaan nie. Die uitvoerende gesag het slegs afstand gedoen van sy prerogatiewe mag van beslaglegging in oorlogstyd en dit deur die pryshof beregbaar gestel, maar daar is geen rede voor en dit is ook nie wenslik nie, om die uitvoerende gesag se magte in vredestryd in te kort. Myns insiens kan hierdie probleme verhoed word indien die wet die hof se prysjurisdiksie afhanklik maak van die uitreiking van ’n kommissie of magtiging om as pryshof te sit. Dit sal duidelik maak presies wanneer die hof se prysjurisdiksie in werking tree. ’n Mens moet ook in gedagte hou dat die uitvoerende gesag op grond van beleidsoorwegings mag besluit om sy beslagleggingshandeling selfs ten tye van ’n gewapende konflik beregbaar te stel. Die uitreiking van ’n kommissie sal dit duidelik maak dat ’n hof se prysregjurisdiksie in werking tree. In so ’n geval sal dit moontlik uitdruklik in die kommissie vermeld moet word dat die reëls van oorlog en vrede wel van toepassing is. Dit lyk asof bogenoemde oorwegings dit genoodsaak het dat in Engeland nog altyd ’n kommissie aan die howe uitgereik is waarkragtens hulle as pryshowe gesit het en waarin hul regsbevoegdheid omskryf is, selfs al was dit streng gesproke nie ’n vereiste ingevolge Engelse wetgewing nie.<sup>16</sup>

### ’N DEURSOEKINGSHANDELING EN ’N BESLAGLEGGINGSHANDELING

’n Verdere vraag is of ’n Suid-Afrikaanse pryshof jurisdiksie het om hoegenaamd ’n deursoekingshandeling van die uitvoerende gesag, verrig ten tye van oorlog op die see, te bereg. Die probleem sal ontstaan selfs al word ’n kommissie om prysjurisdiksie uit te oefen by die uitbreek van ’n oorlog aan die hooggeregshof uitgereik. Gemeenregtelik word die jurisdiksie van die pryshof gevestig indien dit duidelik is dat die uitvoerende gesag bedoel het om op die skip of die goedere daarin beslag te lê.<sup>17</sup> In *Netherlands American Steam Navigation Co v HM Procurator-General* het Atkin LJ verklaar:

“It may well be that a claim for injury to goods or to persons made against a person exercising a belligerent right of search on the high seas, though neither vessel nor

<sup>15</sup>ibid 92.

<sup>16</sup>Sien *Netherlands American Steam Navigation Co* supra 93.

<sup>17</sup>Sien *The Zamora* supra 108; *Schiffahrt-Trauband v HM Procurator-General* 1953 1 All ER 364 370; *Netherlands American Steam Navigation Co* supra 93 ev.

goods were ever brought in, might be held to be exclusively cognizable in the Prize Court.”<sup>18</sup>

Hiervolgens sal ’n pryshof dus wel jurisdiksie hê oor ’n deursoekingshandeling van die uitvoerende gesag selfs al was daar nie die bedoeling om op die skip beslag te lê nie. Maar of ’n blote deursoekingshandeling van ’n skip in die jurisdiksie van die pryshof sal wees selfs al word die skip nie in ’n hawe ingebring nie, is nie bo twyfel nie. In ’n latere privy council beslissing, *Schiffahrt-Trauband v HM Procurator-General*,<sup>19</sup> verklaar die hof duidelik:

“To sum up, the fact which gives jurisdiction to the Prize Court is the fact that the ship was physically captured and taken out of the possession of the former owners.”

Dit lyk asof laasgenoemde standpunt in die Wet op Prysregsbevoegdheid bevestig word. Volgens die definisie van “prys” beteken dit ’n skip of vliegtuig *jure belli* prysgemaak.<sup>20</sup> Ook artikel 2 van die wet bevestig dat ’n hof slegs jurisdiksie het oor “prysmaking of beweerde prysmaking”. Die wet se bepalings in hierdie verband is myns insiens in ooreenstemming met die historiese funksie van ’n pryshof, naamlik om te beslis of daar geldiglik volgens die volkereg beslag gelê kan word op prys of nie. “The jurisdiction was to decide about ‘prize’ ie, capture of ships.”<sup>21</sup> Hierdie beperking op die jurisdiksie van die pryshof behoort myns insiens gehandhaaf te word.

## AFBAKENING VAN DIE JURISDIKSIE VAN DIE PRYSHOF

’n Verdere probleem wat uit die bewoording van die wet ontstaan, is die afbakening van die jurisdiksie van die pryshof en die jurisdiksie van die gewone howe. Roscoe verklaar die volgende in verband met die territoriale jurisdiksie van die pryshof:

“Geographically the court has by the law of nations jurisdiction over captures on the high seas; in the words of Godolphin, to it belong ‘all causes of seizures and captures made at sea whether *jure belli publice* or *belli privati*’ and by statute it has ‘jurisdiction throughout Her Majesty’s dominions, ie, in the territorial waters or ports and harbours of the realm in addition to the high seas’.”<sup>22</sup>

Hiervolgens is dit duidelik dat die pryshof se jurisdiksie beperk was tot goedere waarop op see of in hawens beslag gelê is.<sup>23</sup> Die pryshof het hom egter ook jurisdiksie aangematig ten opsigte van goedere waarop op land beslag gelê is waar die goedere om doelmatigheidsredes aan wal gebring is en nog in die hawe of in die nabyheid van die hawe was.<sup>24</sup> Die pryshof het egter geweier om sy jurisdiksie uit te brei na skepe waarop die leër meer as ’n honderd myl in die binneland beslag gelê het selfs al is die skepe na die binneland vervoer slegs met die doel om beslaglegging vry te spring.<sup>25</sup>

<sup>18</sup>supra 100.

<sup>19</sup>supra 371.

<sup>20</sup>Sien art 1.

<sup>21</sup>*Schiffahrt-Trauband v HM Procurator-General* supra 370.

<sup>22</sup>Roscoe 80; sien ook Tiverton *The Principles and Practice of Prize Law* (1914) 2.

<sup>23</sup>Sien ook *Schiffahrt-Trauband* se saak supra 372 ev.

<sup>24</sup>Sien by *The Roumanian* 32 TLR 98 100; sien ook *Ex Guildford Castle*-saak no 4 van 1915 (Natal), *Cases Decided in The Prize Courts of South Africa 1914-1918* 87; sien ook *Garner Prize Law during the World War* (1927) 210 ev.

<sup>25</sup>Sien by *The Anichab* 1922 1 AC 235 238; sien ook *Garner* 66 ev.

Met die uitbreiding van die pryshof se jurisdiksie na vliegtuie<sup>26</sup> het die onderskeiding tussen goedere waarop die vloot op see of in hawens beslag gelê het en goedere waarop die leër op land beslag gelê het, moeilik toepasbaar geword as kriterium om die pryshof se jurisdiksie van die gewone howe af te baken. Ongelukkig is daar geen sake oor die beslaglegging op vliegtuie en die goedere daarin, wat as riglyne kan dien om te bepaal hoe die afbakening van die pryshof se jurisdiksie en dié van die gewone howe moet geskied noudat die onderskeid tussen beslagleggings uitgevoer op land en dié uitgevoer op see nie meer logies gesproke belangrik kan wees in die afbakening van die pryshof en die gewone howe se jurisdiksie nie. Selfs vóór die uitbreiding van die pryshof se jurisdiksie na vliegtuie het daar probleme ontstaan oor die afbakening van die pryshof en die gewone howe se jurisdiksie in die lig van die feit dat die pryshof hom ook, in 'n beperkte mate, jurisdiksie aangematig het oor goedere waarop op land beslag gelê is.

In die *Zamora*-saak het die probleem in verband met die afbakening van die jurisdiksie van die pryshof en die gewone howe ter sprake gekom. Die hof gee toe dat dit 'n goeie argument is om te sê dat omdat die goedere van 'n neutrale onderdaan op land gevind is, dit daarom onderworpe moet wees aan die staatlke reg en nie die prysreg nie.<sup>27</sup> Hieraan wil die hof egter die kwalifikasie toevoeg dat die goedere die land met die toestemming van die eienaar ingebring moes gewees het.<sup>28</sup> In hierdie geval sou hy dus toegestem het tot die toepassing van die staatlke reg.<sup>29</sup> Die hof noem ook as 'n moontlike onderskeidende faktor die feit of die goedere permanent of slegs tydelik die land ingebring is.<sup>30</sup>

Die agterliggende idee in die *Zamora*-saak is steeds dat die pryshof jurisdiksie het oor goedere wat op die see of in hawens prysgemaak is en dat die gewone howe jurisdiksie het oor goedere wat op land buitgemaak is.<sup>31</sup> Die hof voel dat hierdie onderskeid nie absoluut kan geld nie en probeer dan ook om, in sekere gevalle, goedere wat alreeds op land is maar nog in die hawe of in die nabyheid van die hawe verkeer, onder die jurisdiksie van die pryshof te betrek. Die wet bepaal egter dat elke hof bevoeg is om prysverrigtinge te bereg, ongeag of die prysmaking of beweerde prysmaking binne of buite die Republiek plaasgevind het.<sup>32</sup> Dit lyk dus asof die onderskeid tussen goedere wat op see of in hawens prysgemaak is en dié prysgemaak op land, totaal irrelevant word as kriterium om die jurisdiksie van die gewone howe en die van die pryshof af te baken. Dit kan ook nie anders nie, want die doel van die wet is dat 'n vliegtuig en die vrag daarin wat deur die leër in die hartland van die Republiek prysgemaak word, net so die onderwerp van 'n pryshofgeding moet uitmaak as wat 'n skip en die vrag daarin wat op die oop see prysgemaak word, die onderwerp van 'n pryshofgeding is.

<sup>26</sup>Sien art 1(1) van die Prize Act 1939 (2 & 3 Geo 6 C 65).

<sup>27</sup>*The Zamora* supra 100.

<sup>28</sup>ibid.

<sup>29</sup>ibid.

<sup>30</sup>ibid.

<sup>31</sup>Sien ook *Schiffahrt-Trauband v HM Procurator-General* supra 372 e.v.

<sup>32</sup>Art 2 van die wet.

Die noodsaak vir kriteria om die jurisdiksie van die pryshof af te baken van dié van die gewone howe het egter nie verval nie. Alvorens daar met die vasstelling van kriteria begin word, is dit wenslik om te wys op daardie gevalle waar 'n hof wel volgens die bestaande Wet op Prysregsbevoegdheid prysjurisdiksie het en om enige probleme in verband daarmee uit te wys.

### Prysjurisdiksie ten opsigte van 'n skip

Volgens artikel 1(a) van die Wet op Prysregsbevoegdheid beteken "prys" 'n skip jure belli prysgemaak en volgens artikel 2 het elke afdeling van die hooggeregshof die bevoegdheid om alle prysverrigtinge te bereg ongeag of die prysmaking of beweerde prysmaking binne of buite die Republiek plaasgevind het. Hierdie artikel gee dus die hof prysjurisdiksie indien die skip buite die Republiek prysgemaak is, dit wil sê op die oop see of in die territoriale waters van die Republiek<sup>33</sup> of in die territoriale waters van 'n ander staat, hetsy dit 'n neutrale of vyandelike staat is. Hierdie gevalle gee myns insiens nie probleme nie en kom ooreen met die jurisdiksie wat die pryshowe hulle histories al wel aangematig het.<sup>34</sup> Indien beslaglegging op 'n skip geskied in die territoriale waters van 'n neutrale staat het ons te doen met 'n skending van neutraliteit en moontlik met die skending van 'n ander land se soewereiniteit maar dit affekteer nie 'n hof se jurisdiksie nie.<sup>35</sup> Dit is hoogs twyfelagtig of in hierdie gevalle enige konflik met die jurisdiksie van die gewone howe kan ontstaan aangesien dit twyfelagtig is of die gewone howe formele jurisdiksie het oor sodanige handeling van die uitvoerende gesag gesien in die lig van die feit dat die handeling buite die gebiedsjurisdiksie van die howe verrig word.<sup>36</sup> Artikel 2 van die Wet op Prysregsbevoegdheid gee die pryshof jurisdiksie ongeag of die prysmaking binne of buite die regsgebied van 'n betrokke afdeling plaasgevind het.

Artikel 2 gee ook aan die howe jurisdiksie indien die beslaglegging in die hawe van 'n neutrale of vyandelike staat geskied het en selfs ten opsigte van beslagleggingshandeling uitgevoer op die grondgebied van 'n neutrale of vyandelike staat. Alhoewel daar in hierdie gevalle ook geen botsing met die jurisdiksie van die gewone howe kan ontstaan nie het ons tog met 'n uitbreiding van die pryshof se jurisdiksie te doen, veral wat betref die beslagleggingshandeling op land verrig. 'n Beslagleggingshandeling ten opsigte van 'n skip op land kan prakties voorkom indien 'n skip 'n myl of so van die laagwatermerk op land gebou word. Die vraag is egter of 'n Suid-Afrikaanse pryshof se jurisdiksie uitgebrei behoort te word na die gevalle wat hier genoem word. Die beslagleggingshandeling van die uitvoerende gesag uitgevoer op 'n skip in die hawe of op land van 'n ander staat het dieselfde

<sup>33</sup>Sien die bespreking van *Yorigami Maritime Construction Co Ltd v Nissho-Iwai* 1977 4 SA 682 (K) in 1977 *SAYIL* 184.

<sup>34</sup>Sien *Schiffahrt-Treuhand v HM Procurator-General* supra.

<sup>35</sup>Sien *Halsbury Laws of England* (3e uitg) vol 30 640; sien ook *Ndblovu v Minister of Justice* 1976 4 SA 250 (N); *S v Ndblovu* 1977 4 SA 125 (RA).

<sup>36</sup>Sien *Herbstein and Van Winsen The Civil Practice of the Superior Courts in South Africa* (2e uitg) 40 waar verklaar word: "Any division of the Supreme Court would therefore be able to entertain proceedings against the Government if . . . in the case of a delict, the wrong was committed within the area of jurisdiction." Sien ook *Du Plessis v Union Government* 1916 AD 57 61.



eienskappe as dié uitgevoer ten opsigte van 'n vreemde skip op die see. Afgesien van die feit dat die howe moontlik ook nie oor so 'n handeling formele jurisdiksie het nie, is die handeling, wat die materiële reg betref, ook nie beregbaar deur die gewone howe nie. Beide handelinge val onder die kategorie van "acts of state".<sup>37</sup> Indien die uitvoerende gesag bedoel om op goedere op vreemde grondgebied beslag te lê, moet die howe die beslaglegging erken al is dit ook in stryd met die volkereg.<sup>38</sup> Dit lyk dus asof dit vir die staat tot voordeel kan wees om sy beslagleggingshandeling op land, vir sover dit verrig is ten opsigte van skepe, in oorlogstyd deur die pryshowe beregbaar te stel. Hierdie howe sal die beslagleggingshandeling van die leër of vloot uitgevoer op land of in die hawe van 'n ander staat beoordeel volgens die volkeregtelike prysreg en kan dus die uitvoerende gesag en die staat tot 'n mate vrywaar van diplomatieke besware en volkeregtelike aanspreeklikheid as gevolg van die verrigting van sodanige handelinge in tye van oorlog. Die teenkant is natuurlik dat die weermag gestrem mag word in die onmiddellike gebruik van skepe, vliegtuie of die vrag daarin, waarop beslag gelê word. Wat die reg self betref, kan die vraag geopper word of dit genoegsaam aanpasbaar sal wees om vir beslagleggings op land voorsiening te maak. Sal 'n mens nie in hierdie gevalle die materiële reg in wetgewing moet uiteensit nie? Daar is goeie gesag in hierdie verband dat, volgens die volkeregtelike reëls van oorlogvoering op land, vyandelike private eiendom nie vir konfiskasie vatbaar is nie.<sup>39</sup>

Die wet gee ook aan 'n hof prysjurisdiksie indien 'n skip binne die Republiek prysgemaak is. Vir sover die wet aan 'n hof prysjurisdiksie gee ten opsigte van skepe wat in 'n Suid-Afrikaanse hawe buitgemaak is, kom dit ooreen met die historiese jurisdiksie van 'n pryshof. Maar die wet gee ook aan 'n hof prysjurisdiksie ten opsigte van die beslaglegging van skepe in die Republiek waar die skip ook al mag wees, dit wil sê selfs al is die skip in die binneland. Die wet maak ook geen onderskeid tussen skepe of bote ('n skip word nie gedefinieer nie) wat deur Suid-Afrikaanse burgers besit word en dié wat deur vreemdelinge besit word nie. Indien 'n skip wat vir en deur Suid-Afrikaanse burgers 'n paar myl vanaf die see gebou word deur die weermag gekonfiskeer word, het die pryshof jurisdiksie volgens die wet en die hof sal blykbaar die saak volgens volkeregtelike prysregsreëls moet beslis. Net so sal 'n skip wat op land in Suid-Afrika vir 'n vyandelike vreemdeling gebou word onder die hof se prysjurisdiksie val en ook onder die volkeregtelike prysreg. Hierdie is egter aangeleenthede wat histories nie onder die prysjurisdiksie van 'n hof val nie en myns insiens behoort dit ook nie daaronder gebring te word nie.

Ten eerste bots die jurisdiksie van die gewone howe en dié van 'n prys-

<sup>37</sup>Sien by *Buron v Denmon* 1848 2 Ex 167; *Commercial and Estates Co of Egypt v The Board of Trade* 1925 1 KB 271 290; *Johnstone v Pedlar* 1921 2 AC 262 271 ev; sien ook *Wade Administrative Law* (1971) 294; *De Smith Constitutional and Administrative Law* (2e uitg) 135 ev.

<sup>38</sup>Sien *Achterberg v Glinister* 1903 TS 326 330-331; sien ook *Smit v Bester* 1904 ORC 30; sien oor die algemeen ten opsigte van handeling uitgevoer in vreemde gebied, *Van Deventer v Hancke and Mossop* 1903 TS 401 410.

<sup>39</sup>*Colombos The International Law of the Sea* (5e uitg) 761; *Smit v Bester* supra 33.

hof indien die beslagleggingshandeling van die uitvoerende gesag, uitgevoer op goedere van 'n burger wat wettig in die Republiek is, aan die jurisdiksie van 'n pryshof onderworpe gestel word. Indien die uitvoerende gesag in tye van oorlog poog om op burgers se goedere in die Republiek beslag te lê en die burger hom benadeel voel deur sodanige optrede, het die gewone howe jurisdiksie ten opsigte van enige eis deur die onderdaan teen die staat volgens die Wet op Staatsaanspreeklikheid 20 van 1957.<sup>40</sup> Daar is geen rede waarom sodanige beslagleggingshandelinge deur 'n pryshof beregbaar gestel moet word nie. Ander state word geensins geraak deur die beslagleggingshandeling nie en diplomatieke besware teen 'n beslagleggingshandeling wat in stryd mag wees met die volkereg is nie ter sprake nie. Die uitvoerende gesag het ook nie dieselfde absolute diskresie om sulke beslagleggingshandelinge uit te voer as wat dit het ten opsigte van goedere buite die staat nie.<sup>41</sup> Dieselfde argumente geld ook ten opsigte van skepe wat wettig in die Republiek is en wat aan vriendelike vreemdelinge behoort.

Ten tweede, goedere in die Republiek is onderworpe aan die staatlike reg en nie die prysreg nie. In hierdie verband moet aandag geskenk word aan die kwalifikasies uiteengesit in die *Zamora*-saak waarna alreeds hierbo verwys is, naamlik dat die goedere die land met die toestemming van die eienaar ingebring moes gewees het. Myns insiens is hierdie nie 'n werklike vereiste wat die formele jurisdiksie van die gewone howe betref nie. Indien goedere egter nie in die land is of ingebring is met die toestemming van die eienaar nie, is dit 'n goeie rede om te sê dat die goedere daarom onderworpe moet wees aan die prysreg en nie die staatlike reg nie?

Hier moet 'n mens egter onthou dat indien op die see op 'n skip of die goedere daarop beslag gelê is en dit daarna deur die uitvoerende gesag aan land gebring is, het die pryshof se jurisdiksie weens die beslagleggingshandeling alreeds gevestig<sup>42</sup> en bly die goedere aan die prysreg onderworpe. Dit sal blykbaar ook die geval wees indien die goedere deur die uitvoerende gesag aan land gebring is met die doel om dit deeglik te deursoek. Sodanige goedere is in die staat sonder die toestemming van die eienaar en is ook onderworpe aan die prysreg en nie die staatlike reg nie. Dit is egter nie die toestemming van die eienaar wat hier die deurslaggewende rol speel nie, maar wel die moment waarop die prysreg se jurisdiksie gevestig is. Dit is bloot toevallig dat die aanvaarding van die toestemmingsvereiste in hierdie geval dieselfde resultaat gee. Goedere in die staat behoort myns insiens onderworpe te wees aan die jurisdiksie van die gewone howe en die staatlike reg en nie die prysreg nie. Daar sal later teruggekom word na die vraag wanneer goedere, in die juridiese sin, in die staat is.

'n Verdere vraag is of die beslagleggingshandeling op skepe op land wat aan vyandelike vreemdelinge behoort ook aan die prysjurisdiksie en die prysreg onderworpe gestel behoort te word. Die handelinge van die uitvoerende gesag teenoor vyandelike vreemdelinge en dus ook hulle goedere openbaar dieselfde eienskappe as dié uitgevoer buite die staat, byvoorbeeld

<sup>40</sup>Sien *Du Plessis v Union Government* supra.

<sup>41</sup>Sien *Ncumata v Matwa* 2 EDC 272 279.

<sup>42</sup>Sien *Schiffahrt-Trauband v HM Procurator-General* supra 371.

op see. Die handeling kan ook beskou word as "acts of state" wat beteken dat die vrye diskresie wat die uitvoerende gesag teenoor sodanige persone het nie deur die howe beregbaar is nie. Indien die uitvoerende gesag dus bedoel om op die goedere van sodanige persoon beslag te lê, moet die howe die beslaglegging as geldig beskou.<sup>43</sup>

Vyandelike vreemdelinge in hierdie geval is nie net onderdane van 'n vyandelike staat nie maar sluit ook Suid-Afrikaanse burgers in wat ten tye van oorlog by die vyand aangesluit het,<sup>44</sup> wat deur die vyand gevange geneem is selfs al is die goedere nog in die Republiek,<sup>45</sup> of wat teen die regering gerebelleer het.<sup>46</sup> Indien die uitvoerende gesag op die goedere van sodanige persone in die Republiek beslag lê, sal dit 'n geldige beslagleggingshandeling wees en sal die eiendomsreg op die staat oorgaan. Of die uitvoerende gesag se optrede teen sodanige burgers en hulle goedere deur die Engelse reg as "acts of state" gesien sal word, is te betwyfel aangesien die handeling in die Republiek verrig is.<sup>47</sup> Die probleem is egter dat die Suid-Afrikaanse howe in sommige van die sake volkereg toegepas het en dit skep die indruk dat sulke aangeleenthede onder 'n hof se prysjurisdiksie en die prysreg behoort te val.<sup>48</sup> Aan die ander kant het die howe egter wel ook die staatlke reg en wel die Romeins-Hollandse reg in sodanige gevalle 'n rol laat speel.<sup>49</sup> Daar is selfs gesag wat die standpunt steun dat indien die volkereg met die staatlke reg bots, dan moet die Romeins-Hollandse reg prioriteit geniet.<sup>50</sup>

Om dus saam te vat, kan ons sê dat daar gesag is wat dit duidelik maak dat die optrede van die uitvoerende gesag teen vyandelike vreemdelinge, dit wil sê onderdane van 'n staat waarmee Suid-Afrika in oorlog verkeer, 'n "act of state" is selfs indien die handeling in die Republiek verrig is. In hierdie opsig openbaar die handeling van die uitvoerende gesag dieselfde eienskappe as 'n handeling verrig ten opsigte van 'n skip op die oop see. Verder is daar ook gesag wat die standpunt huldig dat die beslaglegging op goedere in die staat wat aan vyandelike vreemdelinge behoort, dit wil sê burgers wat hulle in die vyandelike kamp bevind, onderworpe is aan die volkereg en dus openbaar die reg wat toegepas word dieselfde eienskappe as die prysreg. Hierdie eienskappe ten spyte, behoort die howe se prysjurisdiksie myns insiens nie uitgebrei te word om die beslagleggingshandeling van die uitvoerende gesag ten opsigte van vyandelike vreemdelinge of hulle goedere

<sup>43</sup>Sien Lawson en Bentley *Constitutional and Administrative Law* (1961) 44; Wade en Bradley *Constitutional Law* (8e uitg) 259; Hood Phillips *Constitutional and Administrative Law* (5e uitg) 368; *R v Bottrill, ex parte Kuechenmeister* 1947 KB 41; *Wolff v The Treasury* 1919 AD 336 342; *Peters, Flammann v Kokstad Municipality* 1919 AD 427 344; *Ex parte Belli* 1914 CPD 742 748; *R v Superintendent of Vine Street Police Station, ex parte Liebmann* 1916 1 KB 268; *Westphal and Westphal v Conducting Officer* 1948 2 SA 18 (K) 22; *De Necker v Curator Bonis of Derelict Stock* (1901) 22 NLR 149 152; *In re Ferdinand, Ex-Tsar of Bulgaria* 1921 1 Ch 107; McNair *The Legal Effects of War* (1966) 329 ev.

<sup>44</sup>Sien *Du Toit v Kruger* 22 SC 234.

<sup>45</sup>Sien *Maree v Conradie* 1903 ORC 23.

<sup>46</sup>Sien *Ncumato v Matwa* 2 EDC 272.

<sup>47</sup>Sien *Johnstone v Pedlar* supra.

<sup>48</sup>Sien by *Ncumato v Matwa* supra 279; *Maree v Conradie* supra 26.

<sup>49</sup>Sien *Mshwakezele v Guduka* 18 SC 167 171.

<sup>50</sup>*Du Toit v Kruger* supra 239.

in die staat in te sluit nie. Die gewone howe het formeel jurisdiksie oor sodanige aangeleenthede en behoort die saak te beslis volgens die staatlke reg, wat hoofsaaklik die staatsreg insluit, maar volgens die ou Suid-Afrikaanse sake ook die Romeins-Hollandse reg insluit. Dit is die Suid-Afrikaanse staatsreg wat aan die uitvoerende gesag die mag gee om op die goedere in die staat wat aan vyandelike vreemdelinge behoort, beslag te lê en nie die volkereg nie. Een van die belangrike redes vir die instelling van die pryshof, naamlik die uitskakeling van diplomatieke besware indien daar in stryd met die volkereg opgetree word, is ook nie in al hierdie gevalle aanwesig nie. Indien die pryshof jurisdiksie het oor die beslaglegging op goedere in die staat wat aan vyandelike vreemdelinge behoort, word 'n botsing tussen die jurisdiksie van die gewone howe en die pryshof verkry wat moeilik opgelos kan word. Dit is vir die gewone howe om te beslis of 'n persoon in die staat 'n neutrale onderdaan, 'n burger of 'n vyandelike vreemdeling is en of daar volgens die Suid-Afrikaanse reg op sy goedere beslag gelê kan word. Dit is nie volgens ons howe nodig dat sodanige goedere eers deur 'n pryshof verbeurd verklaar hoef te word alvorens die eiendomsreg op die staat oorgaan nie.<sup>51</sup>

### **Prysjurisdiksie ten opsigte van die vrag op 'n skip**

Volgens artikel 1(b) van die Wet op Prysregsbevoegdheid beteken "prys" ook enigiets jure belli prysgemaak terwyl dit in of op 'n skip of 'n vliegtuig is, hetsy die skip of vliegtuig prysgemaak word al dan nie. Baie van die probleme wat hierbo ten opsigte van skepe aangeraak is, ontstaan natuurlik ook ten aansien van die goedere op 'n skip, veral indien die skip op land in 'n ander staat, of in die Republiek, is. Daar is egter veral twee punte wat in besonder genoem moet word wat die vrag op 'n skip betref. Die twee punte vloei voort uit die feit dat die wet "prys" slegs definieer as enigiets prysgemaak terwyl dit *in of op* 'n skip is.<sup>52</sup> Ten eerste val goedere wat alreeds in vreemde gebied aan wal gebring is, selfs al is dit nog in die hawe, nie onder die prysjurisdiksie van die howe nie. Die vraag ontstaan of dit logies is dat 'n skip op land in vreemde gebied onder die howe se prysjurisdiksie val, maar nie goedere wat alreeds op land gebring is nie. Indien die howe se prysjurisdiksie na skepe op land uitgebrei word, behoort dit ook logies gesproke na skepsvrag op land uitgebrei te word. Die vraag ontstaan egter dan verder of die pryshowe se jurisdiksie nie uitgebrei behoort te word na alle beslagleggings op land ongeag of dit skepsvrag is of nie. Dit sal egter neerkom op 'n radikale wysiging van die pryshowe se historiese jurisdiksie. Al hierdie probleme ontstaan as gevolg van die uitbreiding van 'n pryshof se jurisdiksie na beslagleggings op skepe in vreemde grondgebied.

Ten tweede beteken dit ook dat skepsvrag wat alreeds in die Republiek is en deur die normale prosedure ontskeep is nie onder die pryshof se jurisdiksie val nie. Dit is selfs die geval indien die goedere nog in die hawe is. Alhoewel hier blykbaar 'n beperking op die historiese jurisdiksie van die

<sup>51</sup>Sien by *Du Toit v Kruger supra*; *Maree v Conradie supra* en ander gesag hierbo aangehaal.

<sup>52</sup>My kursivering.

pryshof is,<sup>53</sup> is dit myns insiens 'n logiese beperking. Soos alreeds hierbo gesê is, behoort goedere wat wettig in die staat is, onderworpe te wees aan die jurisdiksie van die gewone howe en die staatlike reg en nie aan die prys-howe en die prysreg nie. Die wet bring hier 'n logiese afbakening tussen die jurisdiksie van die gewone howe en die pryshowe en dit behoort myns insiens gehandhaaf te word.

### **Prysjurisdiksie ten opsigte van 'n vliegtuig**

Volgens artikel 1(a) van die wet beteken "prys" ook 'n vliegtuig jure belli prysgemaak en volgens artikel 2 maak dit ook nie saak of die vliegtuig binne of buite die Republiek of binne of buite die regsgebied van 'n betrokke afdeling van die hooggeregshof buitgemaak is nie. Wat betref beslagleggings op vliegtuie buite die staat is die posisie basies dieselfde as die ten aansien van skepe buite die staat, hetsy die beslaglegging op see of op vreemde gebied plaasgevind het. Die wet lewer nie juis probleme op wat betref beslagleggings op vliegtuie buite die Republiek nie. Die pryshof se jurisdiksie oor vliegtuie is iets nuuts en daar het nog nie regsbeginsels uitgekristalliseer in die lig waarvan die wet bespreek kan word nie. Dit is egter wel 'n vraag of die volkereg voorsiening maak vir die beslaglegging op vliegtuie in 'n vreemde vyandelike gebied wat aan private persone behoort. Volgens artikel 52 van die voorgestelde Reëls oor Lugoerlogvoering, soos opgestel deur die Kommissie van Juriste te Den Haag 1922-23, is vyandelike private vliegtuie te alle tye vir beslaglegging vatbaar. Die wet maak geen onderskeid tussen Suid-Afrikaanse vliegtuie en skepe en ander vliegtuie en skepe waarop buite die Republiek beslag gelê is nie. Hier dink 'n mens veral aan skepe en vliegtuie waarop in of oor die see beslag gelê word en wat nie in ander lande is nie. Daar is geen rede waarom beslagleggingshandelinge op Suid-Afrikaanse skepe en vliegtuie deur 'n pryshof beregbaar gestel hoef te word nie. Die beslagleggingshandeling betrek geen ander staat nie en is slegs van huishoudelike belang en behoort deur die staatlike reg beheer te word. Teoreties behoort sodanige skepe en vliegtuie in dieselfde posisie te wees as skepe en vliegtuie in die staat. Die probleem is natuurlik dat die gewone howe dalk nie formele jurisdiksie sal hê oor die handelinge van die uitvoerende gesag verrig ten opsigte van sodanige skepe en vliegtuie nie. Selfs al het die gewone howe formele jurisdiksie oor die beslagleggingshandeling is daar gesag wat die optrede van die uitvoerende gesag teenoor sodanige vliegtuie en skepe as "acts of state" wil tipeer.<sup>54</sup> Die probleem is egter dat indien 'n Suid-Afrikaanse vliegtuig of skip op die oop see gekonfiskeer word op grond van die feit dat die uitvoerende gesag vermoed dat dit oorlogstuig aan die vyand verskaf, kan die teendeel nie in 'n hof bewys word nie. Die onderdaan is dus slegter af as 'n neutrale onderdaan. Dié probleem behoort egter deur die staatlike reg opgelos te word deur aan die gewone howe jurisdiksie te verleen indien dit wenslik geag word. Of die pryshof jurisdiksie moet hê oor Suid-Afrikaanse vliegtuie en skepe in 'n ander staat, soos tans volgens die wet die geval is, is 'n ope vraag. Die Suid-Afrikaanse vliegtuie en skepe waarna hier verwys word, sluit slegs dié in waarvan die eienaars nog in Suid-

<sup>53</sup>Sien supra.

<sup>54</sup>Sien *AG v Nissan* 1969 1 All ER 629 662; *Cook v Sprigg* 1899 AC 572; *West Rand Central Gold Mining Co v R* 1905 KB 391.

Afrika is en nie dié waarvan die eienaars moontlik in vyandelike gebied woonagtig is nie.

Die hof se prysjurisdiksie oor vliegtuie buitgemaak in die Republiek lewer ook verskeie probleme op. Soos alreeds gesê, behoort goedere in die staat aan die gewone howe se jurisdiksie en die staatlke reg onderworpe te wees. Artikel 55 van die voorgestelde Reëls oor Lugoerlogvoering bepaal slegs dat:

“Capture of an aircraft or of goods on board an aircraft shall be made the subject of prize proceedings, in order that any neutral claim may be duly heard and determined.”

Dit maak geen onderskeid tussen vliegtuie wat by die uitbreek van ’n oorlog wettig in die staat is en vliegtuie wat nie wettig in die staat is, maar waarop daarna beslag gelê word nie. Dit is onduidelik of vliegtuie wat wettig in die staat is by die uitbreek van ’n oorlog onder die Engelse prysreg val. Myns insiens hoef sodanige vliegtuie nie eers deur ’n pryshof verbeurd verklaar te word nie. Sodanige vliegtuie behoort onder die staatlke reg te val, wat behoort voor te skryf in welke gevalle sodanige vliegtuie opgeëis mag word of nie.<sup>56</sup> Dit geld veral vir Suid-Afrikaanse vliegtuie. Nie bloot fisiese teenwoordigheid nie, maar wettige teenwoordigheid, behoort myns insiens as vereiste gestel te word vir die toepassing van die staatlke reg en die gewone howe se jurisdiksie. Ingevolge die gemene reg het dit in die absolute diskresie van die uitvoerende gesag berus om ’n vreemdeling in die staat toe te laat of nie. Dit het van die “leave and licence” van die uitvoerende gesag afgehang.<sup>56</sup> Myns insiens behoort hierdie vereiste ook met betrekking tot goedere soos vliegtuie te geld. Die vraag is dus: wanneer is vliegtuie wettig in die staat?

Om hierdie vraag te beantwoord, moet daar gekyk word na die Lugvaartwet 74 van 1962 en die Konvensie oor Internasionale Burgerlike Lugvaart opgestel te Chicago in 1944 en die Internasionale Lugdiens-transito-ooreenkoms ook opgestel te Chicago in 1944. Beide ooreenkomste is vervat in bylaes tot die wet. Volgens artikel 2(1) is die bepalings van die wet en van die konvensie en die transito-ooreenkoms op alle lugvaartuie van toepassing terwyl hulle in of bo ’n gedeelte van die Republiek of die territoriale waters daarvan is en op alle Suid-Afrikaanse lugvaartuie en personeel waar hulle ook al is. Volgens artikel 1 van die Konvensie oor Internasionale Burgerlike Lugvaart het elke staat volle en uitsluitlike soewereiniteit oor die lugruim bo sy gebied. Vir doeleindes van hierdie konvensie word dit beskou dat die gebied van ’n staat bestaan uit die grondgebiede en aanliggende territoriale waters wat onder die soewereiniteit, susereiniteit, beskerming of mandaat van so ’n staat is.<sup>57</sup> Die Konvensie oor Internasionale Burgerlike Lugvaart en die Internasionale Lugdiens-transito-ooreenkoms bepaal in watter gevalle vliegtuie die vereiste toestemming het of kan verkry om die

<sup>56</sup>Sien oor die algemeen *Oppenheim International Law* vol II (7e uitg) 335 veral vn 4.

<sup>56</sup>Sien by *Raner v Colonial Secretary* 21 SC 163 165; *Kory v Colonial Secretary* (1908) 25 SC 677 679; *Musgrove v Chun Teeong Toy* 1891 AC 272 283; *Schmidt v Secretary of State for Home Affairs* 1969 2 Ch 149; *Shidiack v Union Government* 1912 AD 642 655.

<sup>57</sup>Sien art 2 van die konvensie.

Republiek wettig binne te kom. Dit is onnodig vir huidige doeleindes om al hierdie bepalings te bespreek.

Indien 'n vliegtuig nie volgens hierdie konvensie of ooreenkoms wettig in die staat is nie, behoort dit onder die prysreg en die howe se prysjurisdiksie te val en nie onder die staatlike reg of die gewone howe se jurisdiksie nie. Hierdie wettige-teenwoordigheidstoets is myns insiens die enigste logiese afbakeningskriterium tussen die jurisdiksie van die gewone howe en dié van die pryshowe.

Is daar nie 'n teenstrydigheid tussen hierdie afbakeningskriterium soos toegepas op vliegtuie en soos toegepas op skepe nie? Vreemde skepe in die hawe val nog steeds onder die pryshof se jurisdiksie en nie uitsluitlik onder die gewone howe se jurisdiksie nie. Daar kan aanvaar word dat 'n hawe geheel en al binne 'n staat se soewereiniteit val. Die staatlike howe het ook jurisdiksie oor skepe in die hawe. Histories egter is jurisdiksie oor skepe in die hawe uitgeoefen deur die admiraliteitshowe en nie deur die gewone howe nie.<sup>58</sup> Daar is dus wel 'n jurisdiksionele verskil met betrekking tot goedere op land en skepe in die hawe. 'n Skip in die hawe, met toestemming van die hawe-owerheid, kan beskou word as wettig in die staat<sup>59</sup> maar hierdie reël kan nie ongekwalifiseerd as korrek aanvaar word nie. 'n Skip in die hawe is nie in dieselfde posisie as 'n individu wat wettig in die staat is nie of as 'n boot wat op 'n binnelandse pan vaar nie. 'n Skip in die hawe is nie vir alle doeleindes onderworpe aan die staatlike reg nie en die gewone staatlike howe het ook nie volledige jurisdiksie oor so 'n skip nie – daar is sekere uitsonderings, byvoorbeeld met betrekking tot suiwer interne aangeleenthede en skepe wat weens gevaar gedwing word om in die hawe in te kom.<sup>60</sup> Aangesien hierdie uitsonderings onder andere op die Engelse reg gefundeer is en die Engelse reg die basis van ons prysreg, staatsreg en maritieme reg is, is dit geregverdig om daarvan kennis te neem. As in aanmerking geneem word dat goedere en persone op skepe in die hawe nog deur die doeane moet gaan en toelating tot die Republiek geweier kan word, is dit duidelik dat skepe in die hawe nie vir alle doeleindes as wettig in die staat beskou kan word nie. Die wettige-teenwoordigheidskriterium is dus 'n goeie kriterium om die pryshof se jurisdiksie af te baken van dié van die gewone howe veral in die geval van vliegtuie.

### Prysjurisdiksie ten opsigte van die vrag op 'n vliegtuig

“Prys” beteken volgens die wet ook enigiets *jure belli* prysgemaak terwyl dit in of op 'n vliegtuig is, hetsy die vliegtuig prysgemaak word al dan nie.<sup>61</sup> Wat betref vrag op vliegtuie buitgemaak buite die Republiek, dit wil sê die Republiek of die territoriale waters se lugruim volgens Suid-Afrikaanse wetgewing, kan volstaan word met wat alreeds hierbo ten opsigte van skepe, hul vrag en vliegtuie gesê is. Daar moet net onthou word dat, wat vliegtuie betref, die lugruim bo die territoriale waters as deel van die

<sup>58</sup>Sien oor die algemeen Booysen “Admiraliteitshowe in die Suid-Afrikaanse Reg” 1973 *THRHR* 241 243.

<sup>59</sup>Sien O'Connell *International Law* vol II (2e uitg) 612.

<sup>60</sup>*ibid* 612–630; sien ook Colombos *The International Law of the Sea* (1962) 293 ev.

<sup>61</sup>Art 1(b).

Republiek beskou moet word volgens ons wetgewing maar wat skepe betref, die territoriale waters as buite die Republiek geag moet word.

Die beswaar teen die prysjurisdiksie van die howe volgens die bestaande wet is dat geen onderskeid getref word tussen vrag op 'n Suid-Afrikaanse en vreemde vliegtuig en vrag wat aan 'n Suid-Afrikaanse onderdaan en aan 'n vreemdeling behoort en tussen vrag wat in die staat is onderworpe aan die gewone howe se jurisdiksie en dié buite die staat wat onderworpe is aan die prysjurisdiksie nie. Vrag wat wettig in die staat is, behoort onderworpe te wees aan die jurisdiksie van die gewone howe en nie die pryshowe nie. Die vraag is dus weer eens: wanneer is vrag wettig in die staat?

Alhoewel die Konvensie oor Internasionale Burgerlike Lugvaart dit redelik duidelik uiteensit wanneer 'n vliegtuig die staat wettig kan binnekom, is dit ongelukkig nie die geval met vrag nie. Dit is nie noodwendig dat indien 'n vliegtuig met die nodige toestemming in die staat is, dit ook die geval met die vrag is nie. Artikel 13 van die konvensie bepaal dat die wette en regulasies van 'n staat betreffende die binnekoms in of vertrek uit sy gebied van vrag van lugvaartuie soos regulasies betreffende aangifte, klaring, nagekom moet word deur of namens sodanige vrag by binnekoms in of vertrek uit die gebied van daardie staat of terwyl daarin vertoef word. Die artikel regverdig egter nie die afleiding dat indien 'n vliegtuig ooreenkomstig die bepalings van die konvensie wettig in die staat is, dit ook die geval is met die vrag nie. Artikel 16 bepaal byvoorbeeld dat die bevoegde owerhede van 'n staat die reg het om sonder onredelike vertraging die lugvaartuie van 'n ander staat by landing of vertrek te deursoek. Hiervolgens lyk dit tog asof die vrag en die vliegtuig aan afsonderlike reëlins onderworpe is wat betref die wettige teenwoordigheid daarvan in die staat. Volgens artikel 24(a) moet lugvaartuie wat op 'n vlug is na, uit of oor die gebied van 'n ander kontrakterende staat, onderworpe aan die doeaneregulasies van daardie staat, tydelik doeanevry toegelaat word. Verder bepaal die artikel ook dat brandstof, smeerolie, onderdele, gewone toerusting en lugvaartuigvoorrade wat op lugvaartuie van 'n staat by aankoms in die gebied van 'n ander staat is en wat by vertrek uit die gebied van daardie staat daarop gehou word, vrygestel is van doeaneregte, inspeksiegelde of soortgelyke nasionale of plaaslike regte en koste. Dit lyk asof die artikel gebaseer is op die veronderstelling dat goedere op die vliegtuig onderworpe is aan die reg van die staat selfs al bly dit daarop terwyl die vliegtuig in die Republiek is – vandaar die uitsondering vervat in artikel 24(a). Artikel 35(a) bepaal dat geen krygsvoorrade of oorlogstuig in of bo die gebied van 'n staat in lugvaartuie wat aan internasionale lugvaart deelneem, gedra mag word nie behalwe met die toestemming van so 'n staat. Elke staat, met inagneming van die aanbevelings wat die Organisasie vir Internasionale Burgerlike Lugvaart van tyd tot tyd mag doen, kan by regulasie bepaal waaruit krygsvoorrade of oorlogstuig vir doeleindes van hierdie artikel bestaan. Alhoewel artikel 89 van die konvensie bepaal dat die bepalings van hierdie konvensie nie die vryheid van handeling van enige van die kontrakterende state, hetsy hulle oorlogvoerend of neutraal is, in die geval van oorlog raak nie, lyk dit tog asof die bepalings gebruik kan word om die jurisdiksie van die gewone howe en pryshowe af te baken. Artikel 35(a) verleen steun aan die standpunt dat krygsvoorrade of oorlogstuig – dit wil sê juis die vrag wat as prys geneem kan word indien dit aan



die vyand behoort of vir die vyand bestem is – nie wettig in die staat is slegs omdat die vliegtuig toestemming het om in die staat te wees nie.

Indien die staat toestemming verleen aan 'n vliegtuig om sy gebied binne te kom, kan nie aanvaar word dat die toestemming ook die vraag insluit nie aangesien die uitvoerende gesag nie kan weet wat die vraag is nie. Die normale prosedure is dat vraag en persone eers by doeane of immigrasie uitgeklaar moet word alvorens beweer kan word dat hulle wettig in die Republiek is. Vraag in 'n vliegtuig wat in die Republiek is, is myns insiens nie wettig in die staat nie alvorens dit nie volgens normale doeane-prosedure spesifiek tot die Republiek toegelaat is nie. Sodanige vraag behoort onder die howe se prysjurisdiksie te val maar nie vraag wat wettig in die staat is nie soos vraag wat alreeds ontlai is en deur die doeane-prosedure is.

Die vraag kan met reg gevra word waarom dit nodig is om so 'n duidelike onderskeid te tref tussen die jurisdiksie van die gewone en die pryshowe en tussen goedere in die staat en goedere buite die staat. Die volkereg laat 'n staat tot 'n groot mate 'n vrye diskresie toe om die aangeleenthede binne die staat self te reël met betrekking tot die opeising van private goedere.<sup>62</sup> Aan die ander kant egter, indien 'n staat op skepe of vliegtuie op of oor die oop see beslag lê, is die staat aan internasionale eise en besware blootgestel. Dit is die rede waarom die pryshowe die staat se optrede volgens aanvaarde internasionale reëls en verdrae bereg om die staat so teen internasionale aanspreeklikheid te vrywaar. Die gewone howe kan nie altyd en hoef ook nie internasionale verdrae en gewoontereëls by die beslegting van 'n geskil in aanmerking te neem nie.<sup>63</sup>

In hierdie verband kan verwys word na artikel 100 van die Verdedigingswet 44 van 1957. Artikel 100(1) bepaal:

“Die Staatspresident kan gedurende optrede ter verdediging van die Republiek (wat oorlog insluit) . . .<sup>64</sup> offisiere van die Suid-Afrikaanse Weermag of amptenare in die Staatsdiens magtig en aanstel om op die voorgeskrewe wyse en onderworpe aan die voorgeskrewe voorwaardes van enigiemand of enige openbare of ander liggaam, hetsy met regs persoonlikheid bekleed al dan nie . . . vliegtuie, vaartuie . . . en enige ander materiaal, artikel of enigiets wat nodig is vir die mobilisasie of die instandhouding van die Suid-Afrikaanse Weermag of enige deel daarvan . . . te verkry en sonder toestemming van daardie persoon of liggaam daarvan besit te neem.”

Artikel 100(2) bepaal verder dat vergoeding betaalbaar is aan die betrokke persoon of liggaam ten opsigte van enigiets wat ingevolge sub-artikel (1) verkry of geneem is. Hierdie artikel maak nie 'n onderskeid tussen die goedere van 'n Suid-Afrikaanse burger en dié van vreemdelinge nie en ook

<sup>62</sup>Sien *Alexander v Pfau* 1902 TS 155 159 waar verklaar word: “In discussing the position of aliens resident in a country which is at war, it is important to bear in mind the fundamental principle that as a general rule every State has jurisdiction over all persons and property within its territorial limits. They are all subjects to its law, and it would be impossible to allow a foreign State to exercise control within those limits; such an article would be inconsistent with the idea of an independent state.”

<sup>63</sup>Sien *Pan American World Airways Incorporated v SA Fire and Accident Insurance Co* 1965 3 SA 150 (A) 161; *S v Tubadeleni* 1969 1 SA 153 (A) 173; Booysen “Is Gewoonte-regtelike Volkereg Deel van ons Reg?” 1975 *THRHR* 315.

<sup>64</sup>Sien art 1 van die wet.

bevat dit geen aanduiding of dit van toepassing is op goedere gekonfiskeer in die Republiek of die goedere daarbuite nie. Die artikel het myns insiens slegs aanwending in die staat en dit is vir die gewone howe om te beslis of enige optrede in die staat aan die vereistes van hierdie artikel voldoen. Die redes vir hierdie slotsom is die volgende:

1 Dit kom ooreen met die gemeenregtelike posisie soos blyk uit die Engelse staatsreg en die beslissings van ons eie howe. Hiervolgens kan 'n burger of vreemdeling se goedere in die staat opgekommandeer word vir die oorlogspoging mits vergoeding betaal word.<sup>65</sup> Vir sover die artikel ook bepaal dat vergoeding betaal moet word indien die goedere van 'n vyandelike vreemdeling opgekommandeer of gekonfiskeer word, bevat dit 'n verpligting wat gemeenregtelik nie op die uitvoerende gesag gerus het nie en wat op grond van beleidsoorwegings nie goedgepraat kan word nie.<sup>66</sup> Die artikel behoort ook betrekking te hê op Suid-Afrikaanse skepe en vliegtuie waar hulle ook al mag wees.

2 Indien die artikel ook van toepassing is op vliegtuie en skepe wat aan vyandelike vreemdelinge behoort of vliegtuie en skepe wat aan neutrale onderdane behoort maar wat hulle skuldig maak aan die vervoer van krygstuig aan die vyand, en waarop buite die staat beslag gelê is, sal dit beteken dat die staat vergoeding moet betaal. Dit sal tot 'n onhoudbare situasie aanleiding gee wat in stryd sal wees met die prysreg en ook sal dit tot gevolg hê dat daar 'n radikale inbreukmaking sal plaasvind op die prerogatiewe mag van die uitvoerende gesag om vry van inmenging deur die howe buite die staat te handel.

Artikel 100 en die Wet op Prysregsbevoegdheid blyk onversoenbaar en onaanvaarbaar te wees in hulle huidige vorms en beide behoort die aandag van die wetgewer te geniet. Volgens artikel 100 van die wet gaan eiendomsreg blykbaar op die staat oor sodra die staat opgetree het ingevolge die artikel terwyl 'n skip of vliegtuig onder die prysjurisdiksie eers deur die hof verbeurd verklaar moet word. Selfs al word artikel 100 so uitgelê dat dit slegs van toepassing is op skepe en vliegtuie wat in die staat geneem is, bots dit nog steeds met die Wet op Prysregsbevoegdheid wat ook op die neem van skepe of vliegtuie binne die Republiek van toepassing is. 'n Mens kan nie 'n hof hê met twee jurisdiksies, een wat volgens die staatlike reg en die ander volgens die prysreg, oor dieselfde aangeleentheid moet beslis nie. Ook die opkommandering van vliegtuie en skepe in die bewaring van die pryshof behoort onder 'n hof se prysjurisdiksie te val en behoort verskillend behandel te word van skepe en vliegtuie wat volgens artikel 100 van die Verdedigingswet opgekommandeer word.<sup>67</sup>

'n Laaste punt wat hier genoem kan word, maar wat nie juis probleme skep nie, is die vraag of die Wet op Prysregsbevoegdheid met artikel 103 ter van die Verdedigingswet versoenbaar is. Volgens hierdie artikel word

<sup>65</sup>Sien Hood Phillips 237 ev; De Smith 518; Wade en Bradley 190; *Alexander v Pfan* supra.

<sup>66</sup>Sien die sake hierbo bespreek in verband met vyandelike vreemdeling en ook *Alexander v Pfan* supra 164.

<sup>67</sup>Sien bv Halsbury *Laws of England* vol 30 643.

geen siviele of strafregtelike geding in enige geregshof teen die uitvoerende gesag ingestel nie op grond van 'n handeling wat te goeder trou deur die uitvoerende gesag bevel of gelas is vir die doeleindes van of in verband met die voorkoming of onderdrukking van terrorisme in 'n operasionele gebied. Volgens artikel 3 van die Wet op Prysregsbevoegdheid word prysverrigtinge mutatis mutandis bereg asof hulle siviele gedinge is. Alhoewel artikel 103 ter slegs geld in die geval van voorkoming van terrorisme en die Wet op Prysregsbevoegdheid slegs in oorlogstyd aanwending vind, ontstaan die vraag of die bestryding van terrorisme en oorlog nie gelyktydig kan voorkom nie, in welke geval 'n botsing kan voorkom tensy artikel 103 die prysjurisdiksie van 'n hof uitdruklik uitsonder.

### OORLOGSKEPE EN VEGVLIEGTUIE

Die Wet op Prysregsbevoegdheid maak ook geen onderskeid tussen oorlogskepe en vegvliegtuie en handelskepe en handelsvliegtuie nie. Hierdie is 'n onderskeid wat in die wet ingebring behoort te word. Die eiendomsreg op 'n vyandelike oorlogskip en vermoedelik ook op 'n vegvliegtuig gaan onmiddellik oor op die staat wat daarop beslag lê en dit is nie nodig dat dit eers deur 'n pryshof verbeurd verklaar hoef te word nie.<sup>68</sup> Die rede waarom oorlogskepe tog onder die Engelse pryshofjurisdiksie geval het, was omdat die opbrengs van die prys aan die beslagleggers toegeken is.<sup>69</sup> Volgens artikel 4 van die Wet op Prysregsbevoegdheid behoort verbeurdverklarde prys aan die staat. Die rede het dus verval om ook die beslagleggings op oorlogskepe en vegvliegtuie onder die pryshof se jurisdiksie te bring. Dit lyk in elk geval ook nie wenslik dat die weermag in sy gebruikmaking van vyandelike oorlogstuig gestrem word nie.

### DIE REG VAN DIE PRYSHOF

Alvorens daar gewys word op die probleme in verband met die reg wat 'n Suid-Afrikaanse pryshof moet toepas, is dit wenslik om eers kortliks die posisie in Engeland en die huidige posisie in Suid-Afrika, dit wil sê terwyl die Wet op Prysregsbevoegdheid nog nie in werking is nie, te skets.

#### Die reg van die pryshof in Engeland

Anders as in die geval van die formele prysreg, speel wetgewing omtrent geen rol by die vasstelling van die materiële reg van die pryshof nie. Ingevolge die kommissie van die Kroon wat aan die pryshof sy jurisdiksie verleen het, moes die hof alle aangeleenthede bereg "according to the course of Admiralty and the Law of Nations, and the Statutes, Rules and Regulations for the time being in force in that behalf".<sup>70</sup> Selfs nadat die pryshof in 1864

<sup>68</sup>Sien Colombos *The International Law of the Sea* (1962) 758. Sien ook art 115 van die *Oxford Manual of Naval War* aangeneem op 9 Augustus 1913 te Oxford. Sien ook art 1 van die Convention Relative to the Creation of an International Prize Court geteken te Den Haag op 18 Oktober 1907 wat duidelik maak dat slegs die geldigheid van 'n beslaglegging op 'n handelskip of die vrag daarop deur 'n pryshof bereg moet word. Die konvensie het egter nooit in werking getree nie.

<sup>69</sup>Sien Colombos *The International Law of the Sea* (1962) 759.

<sup>70</sup>Sien Halsbury *Statutes of England* (3e uitg) vol 25 909; Colombos *A Treatise on the Law of Prize* (1949) 19.

statutêre erkenning verkry het, het die reg wat die pryshof moes toepas presies dieselfde gebly as wat dit voor daardie datum was en soos dit in die kommissie van die Kroon bepaal is.<sup>71</sup> Die basis van die Engelse prysreg moet nie in die Engelse "common law" gesoek word nie, maar in die maritieme reg wat gebaseer is op gebruike en menings bekend en ontwikkel in die "civil law".<sup>72</sup> Dit kan ook nie anders nie, aangesien die geskiedenis en ontwikkeling van die Engelse pryshof en admiraliteitshof ten nouste saamhang. Die regters van die pryshof het telkens 'n reël gepositiveer in die lig van wat in daardie tyd as volkereglike beginsels beskou en aanvaar is. Die hof het dus oorspronklik regskeppend te werk gegaan.<sup>73</sup> Die regter wat sekerlik die grootste bydrae in die skepping van die Engelse prysreg gelewer het, was regter Stowell.<sup>74</sup> 'n Reël geskep deur 'n pryshof het in navolging van die stare decisis-leerstuk ingeburger geraak.<sup>75</sup> Vorige presedente is getrou nagevolg en die pryshof het slegs daarvan afgewyk indien die besondere geartheid van die oorlog die hof genoodsaak het om die reg by die nuwe omstandighede aan te pas.<sup>76</sup> Die pryshof was natuurlik in prysaangeleenthede aan sy appèlhof, die Geheime Raad, gebonde.<sup>77</sup> Die pryshof het uit die aard van die saak nie die presedente van die ander Britse munisipale hofe gevolg nie.<sup>78</sup>

Die Engelse pryshof is net so 'n staatlike hof soos enige ander Engelse hof.<sup>79</sup> Dit is gebonde aan statute van die parlement en moet daaraan effek gee soos enige ander hof daaraan effek moet gee.<sup>80</sup> Al is die bepalings van 'n statuut ook in stryd met die volkereg maak dit hieraan geen verskil nie.<sup>81</sup> Veral in die geval van die pryshof kan verwag word dat die hof 'n statuut so sal uitlê dat dit in ooreenstemming met die volkereg is. Is die bedoeling van die wetgewer egter duidelik, het die hof geen ander keuse nie as om daaraan effek te gee, wat ook al die volkereglike posisie is. Staatsregtelik kan dit ook nie anders nie, want die pryshof se bevoegdheid om volkereg toe te pas, spruit voort uit 'n kommissie van die uitvoerende gesag, en die uitvoerende gesag het nie die mag om die wetgewende bevoegdheid van die parlement aan bande te lê nie.

Die belangrike verskil tussen pryshofe en ander staatlike hofe word gesien in die feit dat pryshofe volkereg toepas en die ander hofe staatlike reg.<sup>82</sup> Om eenvoudig te beweer dat die Engelse pryshof volkereg toepas en om dit daar te laat, is om die feitlike situasie gebrekkig voor te stel. Dit sal voorbarig wees om die Engelse prysreg gelyk te stel met die volkereg wat

<sup>71</sup>Sien *The Zamora* 1916 2 AC 77 96.

<sup>72</sup>Sien Roscoe 20 55.

<sup>73</sup>ibid 55; Colombos *A Treatise on the Law of Prize* (1949) 31.

<sup>74</sup>Sien Roscoe 55 e v; Richards "The British Prize Courts and the War" 1920 *BYLL* 11.

<sup>75</sup>Sien Roscoe 54 e v; Colombos *A Treatise on the Law of Prize* (1949) 13.

<sup>76</sup>Sien Colombos *A Treatise on the Law of Prize* (1949) 33; Richards 13.

<sup>77</sup>Sien Halsbury *Statutes of England* vol 25 909.

<sup>78</sup>Sien Colombos *A Treatise on the Law of Prize* (1949) 33.

<sup>79</sup>Sien *The Zamora* supra 93; Colombos *A Treatise on the Law of Prize* (1949) 34.

<sup>80</sup>*The Zamora* supra 93; Colombos *A Treatise on the Law of Prize* (1949) 34; Richards 14.

<sup>81</sup>ibid. Sien ook Picciotto *The Relation of International Law to the Law of England and of the USA* (1915) 47.

<sup>82</sup>Sien *The Zamora* supra 91.

handel oor dieselfde aangeleenthede waaroor 'n pryshof beslis. Die Engelse prysreg is nie die volkereg oor prysregaangeleenthede nie, ten spyte van die feit dat die Engelse prysreg 'n groot invloed op die volkereg uitgeoefen het. Die Engelse prysreg is die reg van een land en is slegs geldig vir daardie land.<sup>83</sup> Die Engelse pryshof, soos trouens ook 'n pryshof van enige staat, is 'n orgaan van 'n bepaalde staat en kan nie volkereg skep nie.<sup>84</sup> In hierdie sin is die reg wat 'n pryshof toepas altyd staatlike reg – 'n feit wat deur die toonaangewende *Zamora*-saak toegegee word. Soos die hof verklaar:

“Of course, the Prize Court is a municipal Court, and its decrees and orders owe their validity to municipal law. The law it enforces may therefore, in one sense be considered a branch of municipal law.”<sup>85</sup>

Die hof brei egter sy stelling uit dat 'n pryshof nie staatlike reg nie maar volkereg toepas:

“Nevertheless, the distinction between municipal and international law is well defined. A Court which administers municipal law is bound by and gives effect to the law as laid down by the sovereign State which calls it into being. It need inquire only what that law is, but a Court which administers international law must ascertain and give effect to a law which is not laid down by any particular State, but originates in the practice and usage long observed by civilised nations in their relations towards each other or in express international agreement.”<sup>86</sup>

Die stelling in die *Zamora*-saak kan nie ongekwalifiseer aanvaar word nie. Soos Colombos ook verklaar:

“It would be idle to pretend, . . . that (British Prize Courts) are anything else but municipal Courts, or that the law they administer does not, in many cases, bear the impress of their own nationality. They only apply the rules of international law in so far as they have been accepted in their own country.”<sup>87</sup>

Die blote feit dat daar iets soos die Engelse prysreg bestaan, wys daarop dat die howe iets anders as suiwer volkereg toepas, naamlik 'n volkereg soos verstaan en geïnterpreteer deur die Engelse pryshof.<sup>88</sup> Daar word erken dat die Engelse prysreg nie altyd in ooreenstemming met die volkereg is nie.<sup>89</sup> Die bestaan van die presedenteleerstuk sal verhoed dat die prysreg altyd in ooreenstemming met die moderne volkereg is. Die veralgemening dat 'n Engelse pryshof volkereg toepas, is belangrik in die opsig dat dit die idee beklemtoon dat die Engelse prysreg 'n volkereg telike basis het en dat die howe altyd sal probeer om die reg ooreenkomstig volkereg telike ontwikkelinge te interpreteer.

'n Belangrike kwessie is in hoeverre die prerogatiwew magte van die Kroon deur die pryshof erken word of erken behoort te word. Hier word veral gedink aan die uitvoerende gesag se prerogatiwew magte in buitelandse sake wat in al die ander munisipale howe tot gevolg het dat die toepassing van volkereg effektief uitgesluit word. Die jurisdiksie van die pryshof ver-

<sup>83</sup>Sien Richards 11.

<sup>84</sup>ibid. Sien ook Garner 10.

<sup>85</sup>*The Zamora* supra 91.

<sup>86</sup>*The Zamora* supra 91.

<sup>87</sup>Colombos *A Treatise on the Law of Prize* (1949) 34. Sien ook Picciotto 41.

<sup>88</sup>Sien Picciotto 41.

<sup>89</sup>Sien Richards 11 29; Picciotto 41.

onderstel uiteraard 'n beperking van die prerogatiewe magte van die Kroon. Die vraag is dus na die omvang van hierdie beperking.

In die *Zamora*-saak het die vraag pertinent ter sprake gekom of 'n pryshof gebonde is aan 'n *order in council* van die Kroon waarin bepaal word wat moet gebeur met goedere waarop die Kroon beslag gelê het. Die *order in council* het nie as inhoud gehad die prosedure wat 'n hof moet volg nie, maar het bepaal wat die hof moet beslis. Die hof wys daarop dat die uitvoerende gesag staatsregtelik nie die mag het om die reg voor te skryf wat 'n hof moet toepas nie.<sup>90</sup> Die vraag is slegs of hierdie algemene reël ook in die geval van pryshowe geld. Die pryshof het sy bestaan te danke aan die uitoefening van die prerogatief maar dit is nog nie te sê dat die Kroon die reg kan verander wat die hof moet toepas nie.<sup>91</sup> Ingevolge die kommissie van die Kroon moet die hof volkereg toepas en hierdie kommissie was oor die jare altyd wesenlik dieselfde.<sup>92</sup> Die hof wys daarop dat al die aangeleenthede waaroor dit moet beslis, voortspruit uit handeling van die Kroon verrig in die uitoefening van sy mag om oorlog namens die staat te voer. Die Kroon moet dus in al die verrigtinge van die pryshof 'n litigant wees.<sup>93</sup> Die Kroon het egter toegestem dat sy handeling bereg kan word en het dus van sy soewereine mag afstand gedoen.<sup>94</sup> Was dit nie die geval nie, sou geen hof jurisdiksie ten aansien van sodanige handeling gehad het nie.<sup>95</sup> Dit is duidelik volgens die hof se uitspraak dat die pryshofverrigtinge die eerste stap is wat 'n benadeelde neutrale onderdaan moet doen en slegs indien hy nie bevrediging in die pryshof verkry nie, kan hy verdere diplomatieke stappe doen.<sup>96</sup> Die hof sien hom in die posisie van 'n arbiter tussen die uitvoerende gesag en die benadeelde persoon. Die slotsom waartoe die hof kom, is dat dit nie opdragte van een van die partye kan neem nie en gevolglik is die hof nie gebonde aan 'n *order in council* van die Kroon nie.<sup>97</sup> Die hof sal egter nie die *orders in council* van die uitvoerende gesag geheel en al negeer nie. Dit sal daarop handel in elke geval waar dit 'n vermindering van die Kroon se regte ten gunste van die vyand of neutrale onderdaan tot gevolg het.<sup>98</sup> Hiervolgens is dit duidelik dat die jurisdiksie en die reg van die pryshof gebaseer is op die afstanddoening deur die uitvoerende gesag van sy prerogatiewe magte in buitelandse sake. Dit is vir die howe om telkens vas te stel in hoeverre die uitvoerende gesag wel van sy magte afstand gedoen het. Sels al kom 'n *order in council* nie neer op 'n vermindering van die Kroon se magte nie

“the Prize Court will take judicial notice of every Order in Council material to the consideration of matters with which it has to deal, and will give the utmost weight and importance to every such Order short of treating it as an authoritative and binding declaration of law.”<sup>99</sup>

<sup>90</sup>*The Zamora* supra 90.

<sup>91</sup>ibid 90.

<sup>92</sup>ibid 90.

<sup>93</sup>ibid 91.

<sup>94</sup>ibid 91.

<sup>95</sup>ibid 92.

<sup>96</sup>ibid.

<sup>97</sup>ibid 96.

<sup>98</sup>ibid 97. Sien ook Colombos *A Treatise on the Law of Prize* (1949) 30.

<sup>99</sup>*The Zamora* supra 97.

Die hof wys daarop dat sulke *orders* met verloop van tyd deur gebruik getuienis kan word van 'n volkeregtelike reël met dieselfde effek as die inhoud van die *order*.<sup>100</sup>

Verskillende skrywers wys daarop dat die beslissing van die hof in die *Zamora*-saak dat 'n hof nie gebonde is aan bevele van die uitvoerende gesag nie, en dat die pryshof onafhanklik van die uitvoerende gesag staan, nie histories korrek is nie.<sup>101</sup> Die hof het voorheen nog altyd op bevele van die uitvoerende gesag gehandel.<sup>102</sup> So verklaar Westlake nog 'n aantal jare voor die *Zamora*-beslissing dat pryshowe sit

“under national authority and must obey the determination of the constitutional national authority. Whether or not, for instance, Lord Stowell considered the Order in Council during the Napoleonic Wars to be justifiable as measures of retorsion against the Continental System, the Orders were acts of state and he had no choice but to apply them.”<sup>103</sup>

Selfs na die *Zamora*-saak het die reël soos neergelê deur die hof nie volkome inslag gevind by die pryshowe nie. Soos Brierly<sup>104</sup> verklaar:

“This was a fine assertion of the independence of the Court from the Executive, not the less memorable for the fact that, as subsequent decisions proved, it cannot, in the inevitable circumstances of war, which oblige the Court to accept the view of the Executive on certain matters of fact, always be made good.”

Al word die pryshof se beslissing ook aanvaar as 'n mylpaal in sy onafhanklikheidstrewes, is dit te vergesog om, in die lig van die historiese agtergrond van die hof, te verklaar dat die beslissing as gesag gebruik kan word vir die stelling dat die uitvoerende gesag van al sy prerogatiwew magte in buitelandse sake afstand gedoen het. In die *Zamora*-beslissing het die uitvoerende gesag 'n bevel uitgereik waarin verklaar is wat met bepaalde goedere moes gebeur. Ons het hier te doen gehad met 'n bepaalde opdrag aan die hof. Dit word betoog dat dit nie volgens enige juridiese analise gesê kan word dat dit noodwendig is dat dieselfde lot wat hierdie bevel getref het, ook die lot van ander prerogatiwew handelinge moet wees nie. Deur die verlening van die kommissie aan die pryshof het die uitvoerende gesag die reg- of verkeerdwees van sy beslaglegging op die goedere van 'n vreemdeling deur die hof beregbaar gestel en daarmee van sy onaantasbaarheid ten opsigte van sulke handelinge afstand gedoen. Myns insiens moet die afstanddoening van bestaande magte van die uitvoerende gesag 'n strenge interpretasie ontvang, en bestaan daar geen gesag en is dit ook nie te regverdig om te beweer dat die Kroon afstand gedoen het van die res van sy prerogatiwew magte en veral van sy besondere prerogatiwew magte in buitelandse sake nie.<sup>105</sup> Die Kroon se afstanddoening behoort beperk te word tot die beregbaarheid van sy beslagleggingshandeling uitgevoer buite die staat.

<sup>100</sup>ibid 98.

<sup>101</sup>Sien Colombos *A Treatise on the Law of Prize* (1949) 29; Richards 13; Roscoe 43.

<sup>102</sup>ibid.

<sup>103</sup>Westlake “Is International Law a Part of the Law of England?” (1906) 22 *The Law Quarterly Review* 14 24.

<sup>104</sup>Brierly “International Law in England” (1935) 51 *The Law Quarterly Review* 24 26.

<sup>105</sup>Sien by *The Zamora* supra 96 waar die volgende gesê word: “The Act (Naval Prize Act, 1864), by s 55, while saving the King’s prerogative on the one hand, saves, on the other hand, the jurisdiction of the Court to decide judicially and in accordance with

Wat verdrae in die pryshof betref, moet in gedagte gehou word dat die staatsregtelike beswaar teen die intra-staatlike effek daarvan, in die afwesigheid van wetgewing, tot 'n groot mate wegval aangesien dit hoofsaaklik die regte van vreemdelinge is wat deur sulke verdrae geaffekteer sal word.<sup>106</sup> Verder sal 'n verdrag wat relevant is by 'n pryshofgeding altyd aangeleenthede bevat wat binne die prerogatiewe magte van die uitvoerende gesag is. Die reël dat die onderhandelinge van state deur ander regsreëls gereël word as dié wat die howe toepas, sal ook weinig betekenis in die pryshof hê weens die besondere aard van die hof. Die pryshof sal wel effek kan gee aan die bepalings van 'n verdrag wat die uitvoerende gesag se regte as oorlogvoerende party affekteer, veral indien daardie verdrag die effek sal hê van 'n vermindering van die uitvoerende gesag se regte ten gunste van die vyand of van neutrale onderdane. Die Kroon doen deur so 'n verdrag afstand van die regte waarop dit ingevolge die prysreg as oorlogvoerende party geregtig is. Soos Colombos verklaar:

“This proposition is founded on the principle that prize is a prerogative of the Crown, and that therefore the Crown can ask for less than it is entitled to.”<sup>107</sup>

Daar kan egter geen rede ingesien word waarom die ander party nie ook in 'n verdrag afstand kan doen van sy regte as oorlogvoerende party ten gunste van die uitvoerende gesag nie. Oor die algemeen kan dus wel beweer word dat internasionale konvensies en verdrae 'n bron van die prysreg is en dat die pryshof, in gepaste gevalle, effek daaraan sal gee.<sup>108</sup>

Verdrae en konvensies wat 'n pryshof normaalweg moet interpreteer en effek aan moet gee, is gewoonlik skriftelike stukke wat behoorlik verly en deur die partye onderteken en geratificeer is.<sup>109</sup> Daar is aanduidings in die regspraak dat, indien die vraag ontstaan of daar 'n internasionale ooreenkoms tussen die uitvoerende gesag en 'n ander staat tot stand gekom het, die pryshof ondersoek sal instel na die bedoelings van beide partye soos blyk uit toepaslike korrespondensie, openbare verklarings en relevante omstandighede.<sup>110</sup> 'n Pryshof sal egter nie die gedetailleerde reëls van die privaatreë, in verband met die totstandkoming van kontrakte, in die geval van internasionale ooreenkomste toepas nie.<sup>111</sup> In hoeverre die hof die verskillende reëls van die volkereë, afgesien van die consensus van die partye, aanwending sal laat vind by die bepaling van die vraag of 'n internasionale ooreenkoms tot stand gekom het, is onseker. Wat wel in hierdie geval in gedagte gehou moet word, is dat dit net so belangrik is dat die pryshof en die uitvoerende gesag nie uit twee monde moet praat wat belangrike internasionale aangeleenthede betref nie as wat dit is dat die uitvoerende gesag

---

international law.” Sien ook Garner 204 waar hy verklaar: “Whether such a state of war exists is a matter for the political department of the government to determine and does not fall within the jurisdiction of the Prize Court; but if the former recognizes the existence of war, the Prize Court is bound by a declaration to that effect.”

<sup>106</sup>Sien oor die algemeen Colombos *A Treatise on the Law of Prize* (1949) 372.

<sup>107</sup>Colombos *A Treatise on the Law of Prize* (1949) 30; sien ook Picciotto 46.

<sup>108</sup>Sien Picciotto 45; sien oor die algemeen Hoal “Prize Law” 1916 *SALJ* 274 278.

<sup>109</sup>Sien *The Blonde* 1922 1 AC 313 321.

<sup>110</sup>*ibid* 324.

<sup>111</sup>Sien *The Blonde* supra 331.



en die gewone howe dit nie moet doen nie<sup>112</sup> – nog te meer in die geval van die pryshof, aangesien laasgenoemde hof se beslissings oor internasionale aangeleenthede groter gewig sal dra in die internasionale gemeenskap as dié van die gewone howe. Om die regsbeginsel beter na vore te bring: Die uitvoerende gesag is en bly die enigste orgaan wat namens die staat in buitelandse sake kan optree, en die uitvoerende gesag alleen het die prerogatief om verdrae namens die staat aan te gaan of om dit nie aan te gaan nie. Indien die uitvoerende gesag dus om die een of ander rede in die uitoefening van sy prerogatief in buitelandse sake 'n verdrag namens die staat sluit of uit 'n bestaande verdrag tree, is dit nie vir die pryshof om oor die volkeregtelike geldigheid of geoorlooftheid van so 'n handeling te beslis nie, maar moet die hof die optrede van die uitvoerende gesag as 'n geldige magsuitoefening aanvaar.

Die uitvoerende gesag se prerogatief in buitelandse sake sluit natuurlik nie die mag in om slegs 'n bepaalde saak voor die hof te beïnvloed nie. Alvorens 'n pryshof aan die wil van die uitvoerende gesag gebonde sal wees, moet dit duidelik wees dat daar werklik opgetree is uit hoofde van die prerogatief in buitelandse sake en veral uit hoofde van die prerogatief om namens die staat verdrae of internasionale ooreenkomste aan te gaan. Toegegee, dit sal moeilik wees om die bewering te staaf dat die uitvoerende gesag nie die bedoeling het om sy prerogatiwe mag in buitelandse sake uit te oefen nie, maar slegs bedoel om 'n bepaalde saak voor die hof te beïnvloed. Prakties kan dit wel voorkom, byvoorbeeld indien die uitvoerende gesag in die pryshof beweer dat die verdrag verval het maar terselfdertyd in die internasionale gereghof aanvoer dat die verdrag nog bestaan. Sou die uitvoerende gesag die mag gehad het om die pryshof deur bevele direk te beïnvloed, sou 'n verklaring dat 'n verdrag verval het natuurlik bindend op die hof gewees het, selfs al was die enigste doel daarvan om die bepaalde saak voor die hof te beïnvloed. In die lig van die *Zamora*-beslissing dat *orders in council* nie bindend op 'n pryshof is nie moet hierdie moontlikheid buite rekening gelaat word, hoe twyfelagtig die omvang van die *Zamora*-reël ook al mag wees.

### Die reg van 'n Suid-Afrikaanse pryshof

Die belangrikste vraag vir die huidige ondersoek is die reg wat 'n Suid-Afrikaanse koloniale admiraliteitshof, sittende as pryshof, moet toepas. Ten eerste sal 'n Suid-Afrikaanse pryshof aan wetgewing van die parlement gebonde wees, net soos sy Engelse eweknie daaraan gebonde is.<sup>113</sup> Ten tweede het die Suid-Afrikaanse pryshof die Engelse prysreg toegepas.<sup>114</sup> Vir sover die Engelse prysreg in ooreenstemming met die volkereg is, kan natuurlik gesê word dat die Suid-Afrikaanse pryshof volkereg toepas.<sup>115</sup> 'n Suid-Afrikaanse pryshof sal uiteraard gebonde wees aan sy appèlhof se

<sup>112</sup>Sien Brierly 32 wat hierdie as 'n algemene beginsel stel, sodat dit sowel die pryshof as ander staatlke howe insluit.

<sup>113</sup>Sien Diemont 127.

<sup>114</sup>Sien *In re Mashona* (1900) 17 SC 128 152; Bamford *The Law of Shipping in South Africa* (1961) 143.

<sup>115</sup>Sien *In re Mashona* supra 152.

beslissing in prysaangeleenthede, selfs al sal daardie beslissing streng gesproke nie met die volkereg in ooreenstemming wees nie. Ten derde is dit duidelik dat die Suid-Afrikaanse pryshowe self ook volkeregtelike bronne geraadpleeg het.<sup>116</sup> Dit sal gebeur in die gevalle waarvoor die Engelse prysreg nie voorsiening maak nie of waar die Engelse prysreg oor 'n bepaalde aangeleentheid nie duidelik is nie.<sup>117</sup> In hierdie gevalle sal die houe 'n reël in die lig van die volkereg positiever – 'n reël wat dan deur die presedentstelsel ingeburger kan word. Hierdie reël sal natuurlik in ooreenstemming met die algemene beginsels van die Engelse prysreg moet wees. Vierdens het ons pryshof nog nie die geleentheid gekry om onafhanklik van die Engelse pryshof 'n eie prysreg te ontwikkel nie aangesien die reg van appèl na die Geheime Raad eers ná die beëindiging van die laaste oorlog afgeskaf is. Die houe sal ná 1950 geredeliker afwyk van 'n gevestigde Engelse presedent indien dit volgens ons houe nie in ooreenstemming met die volkereg is nie as wat dit voor daardie datum daarvan sou afgewyk het, selfs al het die Geheime Raad nog nie daardie presedent bekragtig nie.

Net soos wat die gewone houe nie 'n admiraliteitshof se beslissing behoort te volg nie en omgekeerd, behoort en kan 'n gewone hof nie 'n pryshofbeslissing volg nie en omgekeerd. 'n Gewone hof en 'n pryshof se juridiksie verskil geheel en al en die reg wat hulle moet toepas, verskil totaal. Hierdie beginsel geld ook vir die appèlhof in sy twee verskillende hoedanighede, naamlik appèlhof vanaf 'n beslissing van die gewone houe en appèlhof vanaf 'n beslissing van 'n pryshof. Ten spyte van hulle historiese samehang, behoort die admiraliteitshof se beslissings in sy siviele hoedanigheid en dié in sy pryshoedanigheid ook streng uitmekaar gehou te word.

### Die Wet op Prysregsbevoegdheid 1968

Met betrekking tot die reg wat 'n hof moet toepas, verklaar Dugard soos volg:

“The Act therefore not only refrains from laying down substantive law on the subject of prize, but expressly recognizes that the courts are to apply principles of international law in deciding whether something is to be adjudged ‘prize’.”<sup>118</sup>

Uit die definisie van “prys”, naamlik 'n skip of vliegtuig *jure belli* prysgemaak, lyk dit asof dit die posisie is. Indien dit so is, het ons met 'n verandering van die bestaande regsposisie te doen. Die Suid-Afrikaanse pryshowe het voorheen primêr die Engelse prysreg toegepas en slegs in 'n sekondêre sin volkereg. Moet daar nou aanvaar word dat die wetgewer bedoel het om die Engelse prysreg, as gemene reg vir die Suid-Afrikaanse pryshowe, heeltemal af te skaf? Dit sal beteken dat die Suid-Afrikaanse houe van nuuts af 'n eie prysreg moet opbou. Totdat dit gebeur het, sal vyandelike en neutrale onderdane en selfs die uitvoerende gesag in totale duisternis verkeer oor die regte wat hulle in 'n Suid-Afrikaanse pryshof sal geniet. Die volkereg oor prysregaangeleenthede bied nie altyd 'n eenheidsbeeld nie, maar is verskillend geïnterpreteer deur verskillende state se prys-

<sup>116</sup>Sien *The Selandia* in die 1942 *SALJ* 39 41; *In re Mashona* supra 155.

<sup>117</sup>Sien *Crooks v Agricultural Co-operative Union* 1922 AD 423 441.

<sup>118</sup>Dugard 1968 *Annual Survey of South African Law* 56.

howe. Verskillende prysregstelsels soos die Engelse, Amerikaanse, Duitse, ensovoorts, kan dikwels in bepaalde opsigte radikaal verskil. Is die Suid-Afrikaanse pryshof nou vry om na willekeur te kies tussen hierdie verskillende standpunte?

Myns insiens behoort die materiële reg van 'n Suid-Afrikaanse pryshof in wetgewing opgeklar te word. Dit kan òf geskied deur die reg in die wetgewing te vervat òf deur dit duidelik te maak dat die Suid-Afrikaanse reg die Engelse prysreg as gemene reg behou. *Orders in council* wat in die Engelse reg probleme verskaf het, behoort nie in die Suid-Afrikaanse reg probleme op te lewer nie aangesien die uitvoerende gesag normaalweg die bevoegdheid sal hê om vir onvoorsiene gebeure voorsiening te maak deur middel van proklamasies uitgevaardig uit hoofde van bestaande noodwetgewing. Dit sal egter wenslik wees om 'n algemene magtigende bepaling in die Wet op Prysregsbevoegdheid in te sluit waarin aan die uitvoerende gesag die mag gegee word om vir onvoorsiene veranderinge in 'n oorlogsituasie voorsiening te maak. So 'n bepaling sal die regskrag van 'n proklamasie, uitgevaardig uit hoofde van die wet, bo twyfel stel. 'n Aangeleentheid wat ook in die wet duidelik uiteengesit kan word, is dat slegs die uitvoerende gesag se beslagleggingshandeling buite die staat deur die pryshof beregbaar gestel word maar dat enige ander prerogatiewe van die uitvoerende gesag in tye van oorlog uitdruklik voorbehou word. Dit is baie moeilik om alle optrede van die uitvoerende gesag in tye van oorlog deur wetgewing te reël en baie dikwels sal die uitvoerende gesag op die wye gemeenregtelike prerogatiewe magte in tyd van oorlog moet terugval. 'n Uitdruklike bepaling dat die prerogatiewe magte van die uitvoerende gesag voorbehou word, kan die posisie van die uitvoerende gesag baie vergemaklik. Veral in Suid-Afrika is so 'n bepaling noodsaaklik in die lig van die feit dat die presiese geaardheid van 'n pryshof en die voortbestaan van die prerogatief nie altyd so voor-die-hand-liggend is nie. Ten laaste behoort dit ook duidelik in die wet uiteengesit te word wat die posisie is ten aansien van internasionale verdrae en konvensies en in watter mate 'n pryshof dit in aanmerking mag neem. In hierdie verband behoort dit veral duidelik gemaak te word dat slegs verdrae en konvensies waartoe Suid-Afrika uitdruklik toegetree het, deur 'n pryshof toegepas kan word. So 'n bepaling word genoodsaak in die lig van die feit dat Suid-Afrika teenoor 'n vyandelike internasionale gemeenskap staan en reëls geïnisieer word wat blykbaar onder andere as doel het om Suid-Afrika te benadeel. □

# Aantekeninge

## WHEN IS AN APPEAL NOT AN APPEAL? A LEGAL CONUNDRUM

The courts are frequently faced with the problem of having to construe the meaning of the word *appeal*. The fact that the legislature has seen fit to label a procedure *appeal* does not necessarily endow such procedure with the characteristics of the legally accepted meaning of the term, i.e. a redetermination by a higher court of the merits of a case as set out in the record of the proceedings a quo. In *South African Pharmacy Board v Norwitz*<sup>1</sup> a full court of the Cape provincial division was confronted with the task of interpreting the word *appeal* in regard to section 45(3) of the Pharmacy Act 53 of 1974. In the final analysis the problem which faced the court was one of interpretation. In order to appreciate the full import of the problem and, at the same time, to answer the conundrum it is initially necessary to examine and contrast the fundamental differences of the respective procedures of appeal and review.

### THE FUNDAMENTAL DIFFERENCES OF APPEAL AND REVIEW PROCEDURE

Appeal and review procedures provide for the supervision of the decisions of courts of law and of administrative authorities by a higher authority, usually the supreme court. The importance of such supervision cannot be overstated. In some foreign law systems e.g. France, a decision, whether of a court of law or other tribunal of first instance, which is not subject to supervision by a higher authority is considered void<sup>2</sup> by reason of its being in breach of a fundamental civil liberty.<sup>3</sup>

In South African law a party aggrieved by the decision of a lower court or of an administrative authority brings the matter before the supreme court by way of appeal or review procedure. The word *appeal* was defined by Kotze JA in *R v Keeves*<sup>4</sup> as follows:

“In its ordinary sense the word *appeal* denotes an application to a higher authority for relief from the decision of a lower one. This is the general meaning of the term. . . .”

The term “appeal procedure” in our law is capable of three separate and distinct meanings:

---

<sup>1</sup>1978 3 SA 1001 (C).

<sup>2</sup>Canal case CE 19 October 1962.

<sup>3</sup>Brown and Garner *French Administrative Law* (2nd ed) 126.

<sup>4</sup>1926 AD 410 416.

Firstly, an appeal *in the strict sense* which is a redetermination of the case as set out on the record of the court a quo and of the law relevant to such case.<sup>5</sup>

Secondly, an appeal *in the wide sense* which is, in effect, a hearing de novo or fresh determination with or without the hearing of further evidence. One example is an appeal to the National Transport Commission from the decision of a Local Road Transportation Board in terms of section 6 of the Motor Carrier Transportation Act 39 of 1930, as amended.<sup>6</sup>

Thirdly, the term appeal may include review if this is the express or implied intention of the legislature. In *R v Keeves* (above), after finding that the term appeal in legal practice is distinguished from review,<sup>7</sup> the court held that, for purposes of the section 105 of the South Africa Act (now re-enacted as s 21(2)(a) of the Supreme Court Act 59 of 1959) to confine the term appeal to its strict sense (above) would have led to an anomaly. Under the particular circumstances the term appeal was held to include review.<sup>8</sup>

Review procedure was carefully analysed in the *Johannesburg Consolidated Investment* case.<sup>9</sup> Distinguishing appeal from review,<sup>10</sup> Innes CJ found that there are three separate and distinct types of review, as set out below. These definitions have been approved by the appellate division in a number of cases:<sup>11</sup>

"In its first and most usual signification it denotes the process by which, apart from appeal, the proceedings of inferior courts of justice, both civil and criminal, are brought before this court [the supreme court] in respect of grave irregularities or illegalities during the course of such proceedings."<sup>12</sup>

"... [T]here is a second species of review analogous to the first but differing from it in certain well-defined respects. Whenever a public body has a duty imposed upon it by statute and disregards important provisions of the statute, or is guilty of gross irregularity or clear illegality in the performance of its duty this court may be asked to review the pleadings complained of and set aside or correct them."<sup>13</sup>

"Then as to the third significance of the word. The Legislature has from time to time conferred upon this court or a judge a power of review which in my opinion was meant to be far wider than the powers it possesses under either of the [above] review procedures. . . ."<sup>14</sup>

Over the past 75 years since the celebrated decision in the *JCI* case the three types of review procedure have, if anything, become more firmly established as procedural remedies. Review procedure of the first kind, ie

<sup>5</sup>*Johannesburg Consolidated Investments v Johannesburg Municipality* 1903 TS 111 114 et seq.

<sup>6</sup>*National Transport Commission v Chetty's Motor Transport* 1972 3 SA 727 (A) 735H; *Golden Arrow Bus Services v Central Road Transportation Board* 1948 3 SA 918 (A) 921.

<sup>7</sup>*R v Keeves* (n 4 supra) 416.

<sup>8</sup>Op cit 412 and 417; cf *Sita v Olivier* 1967 2 SA 442 (A) 447H-448E.

<sup>9</sup>*Johannesburg Consolidated Investments v Johannesburg Municipality* (above) hereafter referred to as the *JCI* case.

<sup>10</sup>Op cit 114 et seq.

<sup>11</sup>Inter alia, *Klipriver Licensing Board v Ebrahim* 1911 AD 458 463; *Loxton v Kenhardt Liquor Licensing Board* 1942 AD 275 281 286 and 308; *SA Medical and Dental Council v McLoughlin* 1948 2 SA 335 (A) 392.

<sup>12</sup>*JCI* case 114.

<sup>13</sup>Op cit 115.

<sup>14</sup>Op cit 116.

the review of proceedings of inferior courts has now been consolidated by section 24(1) of the Supreme Court Act 59 of 1959. The relevant grounds in respect of which the remedy is available are as set out in the said section:

- (a) absence of jurisdiction on the part of the court;
- (b) interest in the cause, bias, malice or corruption on the part of the presiding judicial officer;
- (c) gross irregularity in the proceedings; and
- (d) the admission of inadmissible or incompetent evidence or the rejection of admissible or competent evidence.

Over the same period there has been a vast increase in the number of administrative authorities or public bodies. Unless the legislature has provided for an appeal or special statutory review the sole remedy available to a party aggrieved by the decision of an administrative authority is, despite its procedural limitations, (common law) review. It has accordingly assumed the utmost importance. This has been increased by the courts having extended the availability of the procedure to the decisions of domestic tribunals of voluntary associations. An eminent British jurist commended the practical value of common law review in preference to the English system of prerogative orders.<sup>15</sup>

The third kind of review, ie special statutory review defies precise definition or even explanation as it varies from statute to statute. Depending on the relevant statute the power to review may confer more restrictive or extensive powers upon the court as do the two other species of review. An example of a more restrictive power of review may be found under section 29 of the Liquor Act 30 of 1928 (as amended) which provided specific grounds of judicial review. This type of review was referred to by Feetham JA in *Loxton v Kenhardt Liquor Licensing Board*<sup>16</sup> as “. . . a special type of jurisdiction which comes somewhere between the second and third species of review as described in the quoted case . . .” (ie *JCI* case).<sup>17</sup> On the other hand an example of a more extensive power of review may be found in section 151 of the Insolvency Act 24 of 1936, which section effectively confers powers of appeal *in the wide sense* (above) upon the court.<sup>18</sup>

From the above definitions of appeal and review it would appear, firstly, that the term *appeal* may include all species of review if that is the intention of the legislature.<sup>19</sup> Secondly, the procedure which in the enabling statute is referred to as review may be nothing more nor less than appeal *in the wide sense*, conferring upon the court the jurisdiction to redetermine the matter *de novo* with or without additional evidence.<sup>20</sup> It would appear that it is of no substantial consequence whether the enabling statute refers to a procedure as *appeal* or *review* the effective result may be the same.<sup>21</sup> There can be little

<sup>15</sup>H Street *Justice in the Welfare State* (1968) 66.

<sup>16</sup>1942 AD 275 310.

<sup>17</sup>*Pretoria Liquor Licensing Board v Mader* 1944 TPD 419 436.

<sup>18</sup>*Retief v Estate Retief* 1933 CPD 66 71; *De Jager v Harris* 1957 1 SA 171 (SWA) 174F; cf *Thorne v The Master* 1964 3 SA 38 (N) 49.

<sup>19</sup>*R v Keeves* (above) 412 417.

<sup>20</sup>*JCI* case (above) 117; *De Jager v Harris* (above) 174F.

<sup>21</sup>*De Jager v Harris* (above); *Thorne v The Master* (above).

doubt that the terms are interchangeable. *Review* may mean *appeal* and vice versa. Attention was drawn to this confusing feature regarding the procedures in *Klipriver Licensing Board v Ebrahim*<sup>22</sup> by De Villiers CJ who stated:

“ . . . every appeal is in the nature of a review and in some of the Acts *appeal* and *review* are employed as interchangeable forms . . . .”

In *Moosa v Union Government*<sup>23</sup> Innes CJ observed that *appeal* is sometimes used in a statute “. . . as a convenient word though it may be a misnomer as applied to the procedure contemplated.”<sup>24</sup> On account of the confusion resulting from the misuse of the terms *appeal* and *review*, coupled with the fact that each of the two procedures has no less than three separate and distinct meanings (above), it is necessary for a court, confronted with a statutory reference to either or both of the procedures, to ascertain the true intention of the legislature by recourse to the accepted canons of interpretation.

For the purpose of considering the decision in *SA Pharmacy Board v Norwitz* (below) it is also apposite to examine certain essential differences between the more generally accepted meanings of appeal and review, i.e. appeal *in the strict sense* and common law review.

The basic distinguishing feature between such appeal and review procedures is that an appeal is directed at the substantive correctness of the decision based on the facts of the case and the law relevant to those facts, in other words the “merits” of the case.<sup>25</sup> Review on the other hand is concerned only with any irregularities (or illegalities) which have taken place in the proceedings of the tribunal *a quo*.<sup>26</sup>

Another basic difference is the method of launching the respective procedure. Review is instituted by way of motion proceedings (rule 53 of the Supreme Court Act 59 of 1959). The applicant, not being bound by the contents of the record, brings the alleged irregularities before the court by way of affidavit.<sup>27</sup> An appeal is essentially a statutory remedy and there is no one procedure for the lodging and prosecuting thereof. On account of its notoriety within the profession, the procedure for an appeal from a court of law to a higher court, in terms of the rules of both the magistrates and supreme courts, will be used as an example. The procedure is by way of notice of appeal.<sup>28</sup> The applicant is obliged to indicate in such notice: (a) the court to which he is appealing; (b) whether the appeal is against the whole or a part of the judgment; (c) any findings of fact against which he is appealing; (d) any findings of law against which he is appealing.<sup>29</sup>

<sup>22</sup>1911 AD 458 462.

<sup>23</sup>1915 AD 582 586.

<sup>24</sup>See also *Receiver of Revenue v Sadeen* 1912 AD 339 342.

<sup>25</sup>*Murison v Murison* 1923 NLR 5; *Gabb and Fraser v Greenshields* (1896) 13 SC 466 469.

<sup>26</sup>JCI case (above) 114; *Golden Arrow Bus Services v Central Road Transportation Board* (above) 926.

<sup>27</sup>JCI case (above) 114–115; *De Lima v Breda* (1830) 1 Menz 470.

<sup>28</sup>Rule 51(4) of the Magistrates' Court Act 32 of 1944 (as amended); rule 49(4) of the Supreme Court Act 59 of 1959; rule 5(2) of the rules of the appellate division.

<sup>29</sup>Herbstein and Van Winsen *The Civil Practice of the Superior Courts in South Africa* (2nd ed) 594–597; Jones and Buckle *The Civil Practice of the Magistrates' Court in South Africa* (6th ed) 691–695.

An appellant is bound by the record of the case, which is an essential characteristic of the procedure.<sup>30</sup> If the record furnished to the court of appeal is materially incorrect or incomplete the appeal is considered as being not properly before the court and is liable to be struck off the role.<sup>31</sup> Reasons for judgment too, are an essential feature of appeal.<sup>32</sup>

#### SA PHARMACY BOARD v NORWITZ (ABOVE)

The court in this case, consisting of Van Heerden and De Kock JJ, found that for the purposes of section 45(3) of the Pharmacy Act *appeal* means *appeal in the strict sense*. The appeal was brought before the court by way of a notice of appeal. No grounds of appeal were set out in the notice but attached to it were two affidavits by the appellant which set out allegations of irregularities on the part of the respondent. These affidavits were in the nature of those used in support of a review application. In one the appellant reserved the right to amplify his grounds of appeal on receipt of reasons for the decision *a quo*. The respondent applied to the court in terms of rule 30 of the Supreme Court Act for an order setting aside the purported appeal and its annexures on the ground that such procedure was improper and/or irregular as contemplated by the said rule. The gravamen of the respondent's complaint was that it did not know whether it was facing an appeal or a review. The court upheld the respondent's application and set aside the proceedings. Apart from the question whether the respondent was prejudiced by the form of the proceedings, an essential requirement for an order under rule 30,<sup>33</sup> it would appear *prima facie* that the decision of the court is correct. There is one important reservation to this comment *viz* "is the appeal, as contemplated by the legislature in the enabling Act an appeal *in the strict sense*?" The answer to this question indicates otherwise and the decision of the learned judges in regard to the respondent's application in terms of rule 30 is accordingly questioned.

The facts leading up to the appeal are not strictly relevant. The appellant, a pharmacist and subject to the terms of the act, was found guilty of improper conduct by a disciplinary tribunal of the Pharmacy Board. He was suspended from practising as a pharmacist for a period of three months. It was against this finding and sentence that the appellant lodged the appeal which was the subject of the judgment under consideration. The appellant alleged that the respondent committed certain serious irregularities which prejudiced him in his defence. These irregularities did not appear in the record of the proceedings.

The appeal was purportedly lodged in terms of section 45(3) read with section 24 of the act which reads as follows:

<sup>30</sup>JCI case (above) 119 124.

<sup>31</sup>*Anastassiades v Argus Printing and Publishing Co Ltd* 1955 2 SA 349 (T) 352-353; *Kahn v Radyn* 1949 4 SA 552 (C) 553.

<sup>32</sup>*Ahmed Mohammed and Co v Balfour Municipal Council* 1926 TPD 235 238-239; cf *National Transport Commission v Chetty's Motor Transport* (above) 736A-H; *De la Rouviere v SA Medical and Dental Council* 1977 1 SA 85 (N) 93E-H.

<sup>33</sup>*Trans-Africa Insurance Co Ltd v Mahuleka* 1956 2 SA 273 (A) 278F.



## Section 45

“(3) Any person aggrieved by a finding of or penalty imposed by the board in terms of this section, may, after notice to the board and within a period of two months after the date of such finding or the imposition of the penalty, appeal to the provincial or local division of the Supreme Court of South Africa having jurisdiction in the area wherein the appellant normally practises in the capacity in which he is registered, against such finding or penalty, and the provisions of section 24 shall apply *mutatis mutandis* to such an appeal: Provided that no finding of or penalty imposed by the board shall be set aside by reason only of an irregularity which did not embarrass or prejudice the appellant in answering the charge or in the conduct of his defence.”

## Section 24

“(1) Any person aggrieved by the board’s decision—

- (a) to refuse to register him or to enter in the appropriate register any degree, diploma, certificate or additional qualification which he desires, and maintains to be entitled, to have so entered in terms of the provisions of this Act; or
- (b) to remove from the register his name or any degree, diploma, certificate or additional qualification which he maintains to be entitled to have entered in the register in terms of the provisions of this Act,

may, after notice to the board and within a period of two months after the date of such decision, appeal against such decision to the provincial or local division of the Supreme Court of South Africa having jurisdiction in the area in which the appellant normally resides.

(2) The court may dismiss such appeal or, if it is of the opinion that the board has not acted in accordance with the provisions of this Act, may make an order reversing or modifying the board’s decision or it may remit the matter to the board for further consideration or make such other order, including an order as to costs as it may deem appropriate.”

The court, per Van Heerden J, based its finding in regard to the word *appeal* upon the following two considerations, each of which will be considered below. Firstly, the definitions of *appeal* as set out in *Tikly v Johannes*.<sup>34</sup> Secondly, its own interpretation of the word *appeal*, as contained in the relevant section, which was strongly influenced by the decision in *De la Rouviere v SA Medical and Dental Council*.<sup>35</sup>

**(1) The definition of appeal**

The court unequivocally accepted the definitions of *appeal* as made by Trollip J (as he then was) in the *Tikly* case<sup>36</sup> more particularly

- (i) an appeal in the wide sense, that is, a complete re-hearing of, and fresh determination on the merits of the matter with or without additional evidence or information (*Golden Arrow Bus Services v Central Road Transportation Board* 1948 3 SA 918 (A); *SA Broadcasting Corporation v Transvaal Townships Board* 1953 4 SA 169 (T) 175–176; *Goldfields Investment Ltd v Johannesburg City Council* 1938 TPD 551 554);
- (ii) an appeal in the ordinary strict sense, that is, a re-hearing on the merits but limited to the evidence or information on which the decision under appeal was given, and in which the only determination is whether that decision was right or wrong (e.g. *Commercial Staffs (Cape) v Minister for Labour* 1946 CPD 632 638–641);
- (iii) a review, that is, a limited re-hearing with or without additional

<sup>34</sup>1963 2 SA 588 (T) 590.

<sup>35</sup>1977 1 SA 85 (N).

<sup>36</sup>*Tikly's* case 590F.

evidence or information to determine, not whether the decision under appeal was correct or not, but whether the arbiters had exercised their powers and discretion honestly and properly (eg *R v Keeves* 1926 AD 410 416-417; *Shenker v The Master* 1936 AD 136 146-147).

Little comment need be made regarding the first two definitions. The third definition of appeal viz review in terms set out by the learned judge is clearly inadequate. The third definition canvasses only review of the second kind, ie common law review (above) and that only in a simplistic manner. Further the definition encompassed only two of the many duties incumbent on a public body viz whether the arbiters had exercised their powers and discretion honestly and properly. By accepting this incomplete definition the court in the *Norwitz* case fettered its judgment thereby misdirecting itself.

## (2) The interpretation of the word *appeal* in section 45(3)

On account of the definitions in the *Tikly* case the court restricted its interpretation of the word *appeal* to one of the three following meanings viz appeal *in the wide sense*, appeal *in the strict sense* and common law review.

The court came to the conclusion that the procedure intended by the relevant section was an appeal *in the strict sense*. It arrived at the decision firstly by eliminating appeal *in the wide sense*, correctly on account of the section not conferring the necessary jurisdiction upon the court. Thereupon the court appears largely to have based its conclusion on the decisions of two separate provincial divisions, *Polpark Dispensary (Pty) Ltd v SA Pharmacy Board*<sup>37</sup> and particularly *De la Rouviere v SA Medical and Dental Council*.<sup>38</sup>

The court appears to have overlooked the fact that the statute provides two separate and distinct procedures although both are referred to as appeal (sections 24 and 45(3)). The two procedures have a number of important aspects in common, firstly, the respective *appeals* are heard before the same court. Secondly, the period for instituting the relevant procedures is the same and, thirdly, the powers of the court hearing either *appeal* are the same. The power which is conferred upon the court by virtue of section 24(2) is limited, it authorises the court to reverse or modify the board's decision only *if it is of the opinion that the board has not acted in accordance with the provisions of the act*. In its ordinary grammatical sense the power to reverse a decision is thus restricted to an act *ultra vires* the statute. The power of a court of law in regard to an appeal *in the strict sense* is far wider. A court, not being confined to an enabling act, redetermines the case on the substantive merits as set out in the record of the proceedings *a quo* and the law relating to such facts (above).

Section 24 relates only to a decision on the part of the board refusing to register an appellant in terms of the act or removing his name from the register etc; thus decisions under this section affect the right of the appellant to practise. Section 45(3) on the other hand provides the procedure available to a party aggrieved at the decision of a disciplinary tribunal established in

<sup>37</sup>1977 1 SA 115 (T).

<sup>38</sup>1977 1 SA 85 (N).

terms of the act. The fact that the legislature saw fit to make reference to the effect of an irregularity in the proviso to section 45(3), which reference does not appear in section 24, is a further indication that the legislature intended two separate and distinct procedures. Had the legislature intended otherwise, it would not have troubled to set out two differently worded sections but only one providing a uniform procedure that would encompass all grounds of *appeal*.

The *Polpark* case (above) is concerned only with an appeal in terms of section 24 which the Transvaal court found is an appeal *in the strict sense*.<sup>39</sup> The various aspects raised herein were not considered by the court in that case and in any event an *appeal* in terms of section 24 is not strictly relevant to the *Norwitz* case.

The *De la Rouviere* case related to an appeal from the decision of a disciplinary board established under the Medical and Dental Act 56 of 1974. There were two appeal sections contained in the statute viz sections 20 and 42(6) which identically corresponded with sections 24 and 45(3) of the Pharmacy Act respectively.<sup>40</sup> The court in this case, a full court of the Natal provincial division held that the meaning of the word *appeal* in section 42(6) was an appeal *in the strict sense*.<sup>41</sup> The Natal court largely based its decision on the *Tikely* case. The appellant in the *De la Rouviere* case cited *SA Medical and Dental Council v McLaughlin*<sup>42</sup> as authority for the proposition that the procedure intended by the legislature was review and not appeal. This argument did not commend itself to the court which pointed out that the word *application* and not *appeal* appeared in the former statute.<sup>43</sup> The present act refers to an "irregularity" and not "informality" which was the term used in the former statute.<sup>44</sup> For these reasons and the fact that it is a general rule of interpretation that a deliberate change of expression indicates a prima facie change of intention<sup>45</sup> the Natal court ruled that the word *appeal*, in the context, means appeal *in the strict sense*.

Nonetheless by initially accepting the incomplete definitions of appeal in the *Tikely* case, both the Natal and Cape courts misdirected themselves. The respective courts too, overlooked the fact that section 45(3) of the Pharmacy Act, and its counterpart contained in the Medical and Dental Act, make no provision for reasons for judgment which is an important essential requirement for an appeal. Further, the fact that the legislature substituted the word "irregularity" for "informality" in the present act is not a factor substantiating the view that the legislature intended an appeal *in the strict sense*. Had the legislature intended such an appeal it seems unlikely that it would have made reference to irregularities at all. The whole tenor of review procedure is directed against irregularities in the proceedings.<sup>46</sup> Finally

<sup>39</sup>*Polpark* case 116E-H.

<sup>40</sup>S 42(6) repealed by s 8 of the Medical, Dental and Supplementary Health Service Professions Amendment Act 33 of 1976.

<sup>41</sup>*De la Rouviere* case 94B.

<sup>42</sup>1948 2 SA 355 (A) 392-393.

<sup>43</sup>*De la Rouviere* case 89C.

<sup>44</sup>Op cit 89D.

<sup>45</sup>Op cit 89G.

<sup>46</sup>*JCI* case (above) 114 et seq.

neither court noted the limited powers conferred upon the court by virtue of section 24(2) and its counterpart of the Medical and Dental Act. If these powers are compared to usual appellate powers conferred upon a higher court, the limitations of the former are immediately apparent.<sup>47</sup>

It would appear that in spite of its use of the word *appeal*, certainly in so far as section 45(3) of the Pharmacy Act and its former counterpart section 42(6) of the Medical and Dental Act are concerned, the legislature envisaged a procedure other than appeal *in the strict sense*. The procedure intended was review of the third kind, i.e. statutory review, that "... power of review . . . wider than the powers (the court) possesses under either of the two (other) procedures . . ." <sup>48</sup> The recent Transvaal full court decision of *Hanley v Estate Agents Board*<sup>49</sup> substantiates this submission. The court was called upon to interpret the word *appeal* as set out in section 31 of the Estate Agents Act 112 of 1976. The wording of this section is substantially similar to section 45(3) of the Pharmacy Act, save that the former makes no specific provision of the effect of an irregularity in the proceedings. The power conferred upon the court in terms of the Estate Agents Act being similar to that conferred by the Pharmacy Act viz the court is confined to decisions not in accordance with the relevant act (cf section 24(2) of the Pharmacy Act with section 31 of the Estate Agents Act). The Transvaal court per Nicholas J, had no hesitation in finding that the word *appeal* in the context connoted a hearing in the nature of a review.<sup>50</sup> This finding appears to be largely based on the fact that the power of the court to amend the Board's decision was conferred in respect of 'limited legal grounds'.<sup>51</sup>

## CONCLUSION

If *appeal* in the context of section 45(3) of the Pharmacy Act means special statutory review, is the decision in the *Norwitz* case proper? In other words, does this conclusion affect the court's decision regarding the procedure adopted by the appellant?

The Transvaal court faced a similar procedural problem in the *Hanley* case. The court had found that the procedure intended by the legislature was that of review. However the appellant had proceeded by way of a conventional notice of appeal. Nicholas J stated that in his opinion the appeal would have been more properly before the court if it had been brought by way of notice of motion supported by affidavits together with the copies of relevant documents. But as the factual situation presented to the court by the appellant was not disputed, the learned judge held that "... any defect in the procedure adopted related to form and not to substance and should be condoned."<sup>52</sup>

The court in the *Norwitz* case indicated a strong formalistic leaning. Once having decided that the word *appeal* meant appeal *in the strict sense*,

<sup>47</sup>Cf s 87 of the Magistrates' Court Act; s 22 of the Supreme Court Act.

<sup>48</sup>JCI case (above) 116.

<sup>49</sup>1978 3 SA 281 (T).

<sup>50</sup>Op cit 286A.

<sup>51</sup>Op cit 286B.

<sup>52</sup>*Norwitz* case at 1005G.

the court was prepared to accept nothing less than the accepted form of notice of appeal (as set out above). Van Heerden J went further, holding that even if the court was wrong in its finding and that *appeal* in the context meant statutory review, the appellant was still not properly before the court.<sup>53</sup> This was on account of his having instituted proceedings in a manner other than the procedure prescribed by rule 53 of the Supreme Court Act. It is submitted that the decision of Nicholas J in this regard is to be preferred as the defect in the procedure adopted by *Norwitz* related to form and not substance. In *Union Government and Fisher v West*<sup>54</sup> the appellate division considered a similar technical objection to review proceedings instituted by way of summons instead of proceeding by way of motion. The court, per Solomon JA, rejected the objection as being narrow and technical. The learned judge of appeal held that the test was whether the respondent was prejudiced in not knowing the case it had to meet. He concluded, stating:

“In my opinion we should stultify ourselves if we were to hold that the Provincial Division had no right to entertain the matter merely because it took the form of a proceeding under a rule which no doubt had in view only inferior courts of justice. . . .”

The matter does not end on this note as a mere two months before the *Norwitz* judgment in *Lek v Estate Agents Board*<sup>55</sup> a full court of the same division considered the validity of appeal proceedings similar to those lodged in the *Norwitz* case. Friedman J expressed the ruling of the court on this point as follows:

“All the relevant facts are before this Court and *it accordingly makes no difference . . . whether the application is called an appeal or a review*” (my italics).

Finally, reverting to the conundrum: “when is an appeal not an appeal?” It would appear that the answer, if indeed there is one answer, is “*when the legislature intended review procedure.*”

JEROLD TAITZ  
*University of Cape Town*

## STATUS EN KONTRAK IN DIE SUID-AFRIKAANSE ARBEIDSREG

Gedurende die eerste helfte van die 19e eeu het arbeidsreg op die voorgrond getree toe die klem verskuif het vanaf die individuele verhouding na kollektiewe bedinging en statutêre bepalings. (Kahn-Freund *Labour and the Law* (1972) 8.) Die verskynsel van kollektiwiteit op arbeidsgebied het onmiddellik 'n spanningsgebied geskep tussen die tradisionele kontrakteleer en die ontwikkelende kollektiewe bedingingsreg. So byvoorbeeld verklaar Kahn-Freund “A Note on Status and Contract in British Labour Law” 1967 *Modern Law Review* 635:

<sup>53</sup>Cf *R v Parmanand* 1954 3 SA 833 (A) 838C.

<sup>54</sup>1918 AD 556 573.

<sup>55</sup>1978 3 SA 160 (C) 165H.

"The labour law of Great Britain shares with that of the other nations in our orbit of civilisation two essential jurisprudential features: it is based on the contractual foundation of the obligation to work and of the obligation to pay wages, and it is at the same time permeated by a tendency to formulate and to enforce an ever growing number of imperative norms for the protection of the worker, norms which the parties to the contract cannot validly set aside to the detriment of the economically weaker party."

Hierdie aandrang op 'n tweeledige grondslag, naamlik op 'n kontrak as bron van ten minste sommige van die wesenlike regte en verpligtinge en op 'n normatiewe reëling van die inhoud van die arbeidsverhouding deur kollektiewe bepalings, het daartoe gelei dat juriste nie 'n oplossing kon bied vir die konflik wat bestaan tussen die opvatting dat die dienskontrak die basis vorm van die verpligting om diens te lewer en om lone te betaal, aan die een kant, en die groeiende getal wetgewing, aan die ander kant, wat verpligtinge op die partye plaas wat nie deur ooreenkoms tersyde gestel kan word nie. Volgens voorstanders van die statusteorie word die regte en verpligtinge op kollektiewe vlak bepaal deur wetgewing en kollektiewe bedinging ingevolge waarvan nuwe werknemers bloot toetree tot 'n bepaalde statusverhouding. As gevolg van hierdie statusverhouding word werknemers dus beskerm. (Rideout "The Contract of Employment" 1966 *Current Legal Problems* 127.) Voorstanders van die kontrakteorie wys daarop dat die arbeidsverhouding 'n regsverhouding is, gebaseer op ooreenkoms en lê groot klem op die feit dat dit van die partye se individuele wil afhang of hulle 'n arbeidsverhouding wil aangaan of beëindig. (Kahn-Freund "Status and Contract" 635 ev; Hepple and O'Higgins *Individual Employment Law* (1971) 7 ev.)

Die opvatting geld vandag in die Engelse reg dat "[t]his 'contract of employment' which looms so large in the thinking of lawyers is often almost invisible to the layman" (Kahn-Freund "Legal Framework" 1954 *The System of Industrial Relations in Great Britain* 47) en dat "[t]he concept of individual contract is irrelevant to the modern employment situation" (Rideout 112). Ook Duitse en Nederlandse juriste is hierdie mening toegegaan (sien onderskeidelik Ramm "The German Law of Collective Agreements" 1965 *Labour Relations and the Law* 90 en Levenbach "The Law Relating to Collective Agreements in the Netherlands" *ibid* 110.) Dit is dus nodig om vas te stel in welke mate die dienskontrak en kontraktuele beginsels 'n rol speel in die moderne kollektiewe arbeidsverhouding in Suid-Afrika.

Een van die funksies van arbeidsreg is om die werknemer te beskerm sodat hy nie 'n arbeidsverhouding aangaan met 'n inhoud wat vir hom nadelig is nie. Individuele kontraktuele bedinging, dus die gemeenregtelike dienskontrak, word met wantroue bejeën, aangesien die geskiedenis bewys het dat die komplekse probleme van die moderne arbeidsverhouding nie deur hierdie kontrak opgelos kon word nie. Dit is dan ook die rede waarom die inhoud van die arbeidsverhouding van meer faktore afhang as van bloot die dienskontrak. 'n Bestudering van die kollektiewe arbeidsverhouding in ons reg bring aan die lig dat dit elemente bevat wat nie met kontraktuele beginsels te rym is nie (vir 'n volledige bespreking hiervan sien Fourie *Die Dienskontrak in die Suid-Afrikaanse Arbeidsreg* LLD-proefskrif Unisa 1978). In die moderne arbeidsverhouding word diensvoorwaardes deur

kollektiwiteit vasgestel met die staat as aktiewe derde party by hierdie verhouding, aangesien sulke diensvoorwaardes 'n normatiewe werking verkry deur afkondiging in die *Staatskoerant* en 'n strafsanksie vir nie-nakoming daarvan verorden word. In die moderne arbeidsverhouding bly daar weinig oor ten opsigte waarvan individuele partye kan beding, aangesien kollektiewe bedinging op nywerheids- of ondernemingsvlak lei tot 'n normatiewe reëling van die arbeidsverhouding in die afwesigheid van statutêre voor-skrifte.

Benewens die Vakleerlingwet (30 van 1944) (waar die dienskontrak in elk geval publiekregtelike kenmerke besit weens die toetreding van die staat as derde party) tel die Werkloosheidsversekeringswet (30 van 1966) en die Ongevalwet (30 van 1941) onder die weinige arbeidswetgewing waar die werksman of werknemer uitdruklik aan 'n dienskontrak verbind word. In ander gevalle is die posisie dat, mits hy maar dienste in 'n arbeidsverhouding gelewer het, die besondere arbeidswetgewing op hom van toepassing is. (Sien ook Van Jaarsveld en Coetzee *Arbeidsreg* (1977) 72.)

Ingevolge die Wet op Nywerheidsversoening (a 65 Wet 28 van 1956) is werknemers geregtig om onder sekere omstandighede aan 'n staking deel te neem. In so 'n geval ontstaan daar egter 'n dilemma tussen arbeidsregtelike beginsels en kontraktuele beskouings omdat die uitoefening van so 'n reg volgens heersende kontraktuele opvattinge, neerkom op nie-nakoming van kontraktuele verpligtinge ingevolge die individuele dienskontrak. *Rex v Smit* (1955 1 SA 239 (K)) is die enigste geval waar die moontlike regmatigheid van die staking bepleit is, maar ongelukkig het die hof hom hier teen die dienskontrak blindgestaar en die hele arbeidsverhouding uit die oog verloor. Dit is te betreur dat ons howe nog dikwels behep is met die beginsels van die gemeenregtelike dienskontrak terwyl die wetgewer al hoe meer klem lê op die arbeidsverhouding waar kollektiewe elemente so 'n belangrike rol speel. Selfs by die gemeenregtelike dienskontrak behoort die begrip "law of master and servant" uit ons reg geweerd te word aangesien dit 'n argaïese begrip is wat uit die Engelse reg oorgeneem is en wat 'n bestaansreg gehad het toe die arbeidsverhouding nog onder die personereg geressorteer het – iets wat vandag beslis nie die geval is nie. (Ook in die Engelse regspraak is duidelike tekens van 'n meer moderne benadering as die streng kontraktuele waarneembaar. Sien Napier "Judicial Attitudes towards the Employment Relationship – Some Recent Developments" 1977 *The Industrial Law Journal* 1 ev.)

In die kollektiewe bedingingsproses speel die afgekondigde nywerheidsraadooreenkoms 'n baie belangrike rol. So 'n ooreenkoms is nie 'n kontrak nie, maar ondergeskikte wetgewing waardeur selfbestuur aan die nywerheid toegeken word. (*South African Association of Municipal Employees (Pretoria Branch) v Pretoria City Council* 1948 1 SA 11 (T); *S v Prefabricated Housing Corporation* 1974 1 SA 535 (A).) Ten spyte daarvan dat sowel die nywerheidsraadooreenkoms as die dienskontrak diensvoorwaardes kan bepaal, verskil hierdie twee regsfigure wesenlik van mekaar. Die wesenlike kenmerk van 'n dienskontrak is dat die werknemer onderneem om dienste te lewer en dat die werkgever, op sy beurt, onderneem om hom daarvoor te vergoed. Hierdie kenmerke is nie by 'n nywerheidsraadooreenkoms aan-

wesig nie. Al waaroor die partye op kollektiewe vlak ooreenkom, is dat wanneer 'n persoon in die nywerheid dienste sou lewer, sy diensvoorwaardes bepaal sou word met verwysing na die inhoud van die nywerheidsraadooreenkoms, welke ooreenkoms minimum diensvoorwaardes vasgestel het. Gevolglik is die nywerheidsraadooreenkoms nie 'n dienskontrak of kollektiewe dienskontrak nie. In die kollektiewe arbeidsreg oefen hierdie ooreenkoms 'n belangrike invloed uit op die inhoud van die kollektiewe arbeidsverhouding, aangesien die oorgrote meerderheid van diensvoorwaardes in die nywerheid hierdeur vasgestel word. Sou 'n werkgewer of werknemer 'n arbeidsverhouding in daardie nywerheid aanknoop, is hulle aan hierdie minimum diensvoorwaardes gebind. Dit is outonome objektiewe reg wat deur die partye op die raad deur bemiddeling van die staat geskep word.

Die vraag ontstaan of 'n geldige dienskontrak 'n sine qua non vir die normatiewe werking van die nywerheidsraadooreenkoms is. 'n Persoon lewer dienste, nie as gevolg van 'n blote toevalligheid nie, maar as gevolg van die feit dat hy kontraktueel tot 'n arbeidsprestasie verplig is. Selfs in die kollektiewe arbeidsverhouding lewer 'n persoon nie sy dienste as gevolg van 'n blote toevalligheid nie, maar meesal ook as gevolg van die feit dat hy kontraktueel tot 'n prestasie verplig is. Selfs al word die inhoud van sy diensprestasie op kollektiewe vlak vasgestel, kan die feit dat 'n persoon in die betrokke nywerheid dienste lewer nie toegeskryf word aan die nywerheidsraadooreenkoms nie, want dit is nie 'n dienskontrak nie en kan dus nie die werknemer kontraktueel verplig om dienste te lewer nie.

Artikel 50 van die Wet op Nywerheidsversoening bepaal dat "enige ooreenkoms . . . wat kragtens hierdie Wet bindend is op die lede van 'n werkgewersorganisasie of vakvereniging, is bindend op elke werkgewer en werknemer wat 'n lid was van sodanige organisasie of vereniging op die datum wat die ooreenkoms aangegaan is, of wat daarna lid geword het." Lidmaatskap word hier as vereiste gestel vir die afdwingbare werking van die nywerheidsraadooreenkoms en nie 'n dienskontrak nie. Elke lid van 'n werkgewersorganisasie of vakvereniging sal gevolglik gebonde gehou word aan die bepalings van 'n nywerheidsraadooreenkoms deur sy organisasie of vereniging aangegaan, solank as wat hy 'n lid van daardie organisasie of vereniging bly. 'n Werkgewer of werknemer wat na sluiting van die ooreenkoms lidmaatskap aanvaar, sal dus ook gebonde wees. Gemelde bepalings van die nywerheidsraadooreenkoms geld selfs al is die dienskontrak ongeldig.

Ook in ons regspraak word steun vir hierdie standpunt gevind. In *Rex v Green* (1948 2 SA 476 (A)) was die beskuldigde aangekla dat hy 'n Bantowerknemer minder betaal het as die minimum loon wat in die nywerheidsraadooreenkoms vasgestel is. (Die betrokke ooreenkoms is ook op Bantoes van toepassing gemaak.) Die ooreenkoms het ook 'n geslotegeledere-ooreenkoms bevat ingevolge waarvan die beskuldigde nie die reg gehad het om nie-party werknemers in diens te neem nie. Namens die beskuldigde is aangevoer dat "the contracts of employment between the natives and the accused were illegal and that the provisions of the Agreement were not applicable to them." Die hof bevind dat die dienskontrak wel ongeldig was maar dat die beskuldigde die bepalings van die nywerheidsraadooreenkoms oortree het deur minder loon te betaal omdat die gemelde bepalings ex lege op die Bantowerknemers van toepassing was.



In die lig van bostaande oorwegings behoort dit duidelik te wees dat die begrip “dienskontrak” in die moderne arbeidsreg nie meer so belangrik is met betrekking tot die inhoud van die arbeidsverhouding nie. Daar moet onthou word dat die inhoud van die individuele en kollektiewe arbeidsverhouding deur ander faktore buiten individuele of kontraktuele bedinging bepaal word. As gevolg van die feit dat nywerheidsraadooreenkomste en ander loonreëlende maatreëls ’n normatiewe werking het, is dit nie nodig om in elke besondere geval te gaan kyk na die bepalings van die dienskontrak nie, solank die dienskontrak nie gunstiger bepalings vir die werknemer bevat nie. Ons howe behoort, veral in die lig daarvan dat arbeidsregtelike bepalings oorwegend ’n kollektiewe karakter het, die begrip “dienskontrak” met groot versigtigheid te benader aangesien die kollektiewe arbeidsverhouding, waar kontraktuele bedinging ’n ondergeskikte rol speel, die belangrikste verhouding is.

’n Werkekomitee, koördinerende werkekomitee, skakelkomitee of koördinerende skakelkomitee kan ingevolge die Wet op die Reëling van Bantoe-arbeidsverhoudinge (70 van 1973) ooreenkomste aangaan met die werkgewer in die betrokke inrigting. Dit is duidelik dat so ’n ooreenkoms, in teenstelling met ’n nywerheidsraadooreenkoms, ’n normatiewe werking verkry slegs wanneer dit op skrif gestel is (dit hoef egter nie afgekondig te word nie). Die vraag ontstaan of ’n nuwe werknemer ook gebind word deur die diensvoorwaardes wat vooraf deur die betrokke komitee met die werkgewer beding is. In hierdie wet word die bindende werking van die kollektiewe ooreenkoms nie gekoppel aan lidmaatskap soos in die geval van ’n nywerheidsraadooreenkoms nie, juis omdat swart werkers nie almal lede van ’n betrokke komitee kan wees nie. Die wet bepaal bloot dat ’n werkgewer en sy betrokke werknemers ’n komitee kan instel om ten opsigte van die betrokke inrigting te onderhandel en ooreenkomste aan te gaan.

Dit wil tog voorkom asof die dienskontrak in hierdie geval ook nie ’n sine qua non vir die normatiewe werking van dié kollektiewe ooreenkoms is nie. Die wet (sien a 7(3); 7A (10)(b); 7B (4)(b); 7F (3)(b)) bepaal dat sulke ooreenkomste “is vir die betrokke werkgewer en die betrokke werknemers bindend”. Die woord “betrokke” kan slegs slaan op ’n werknemer of werkgewer in ’n inrigting of onderneming. Dit beteken dat sodra ’n swart werker toetree tot so ’n inrigting hy outomaties gebind sal wees aan so ’n ooreenkoms, tensy hy beter diensvoorwaardes in sy dienskontrak beding het. Die bindende (normatiewe) werking van sulke ooreenkomste toon kenmerke wat vreemd is, gemeet aan kontraktuele beginsels. Gemeenregtelik kan geen persoon gebind word aan kontraktuele bepalings teen sy wil nie. In die geval van die ooreenkoms onder bespreking word ’n nuwe werker, sodra hy toetree tot daardie onderneming, outomaties gebind aan die objektiewe reg wat in die onderneming bestaan. Dit is hierdie kenmerke wat Engelse skrywers daartoe lei om die moderne arbeidsverhouding as ’n statusverhouding te beskou en die rol wat kontraktuele beginsels sou speel, te ontken.

Aan die ander kant moet egter altyd onthou word dat ofskoon die werker in kollektiewe verband gebind is aan die norme wat neergelê is, die vraag of hy gaan toetree tot die arbeidsverhouding ’n keuse is wat by hom (en die werkgewer) berus. As sodanig is wilsooreenstemming – en dus

kontraktuele beginsels – nog ter sprake. Die werknemer is in die moderne reg steeds beskikker oor sy eie arbeidskragte en die werkgever het steeds 'n vrye keuse wie hy in diens gaan neem. Kontraktuele beginsels kan dus nog 'n rol speel met betrekking tot die toetrede tot die arbeidsverhouding, maar vir die verdere bepaling van die inhoud van dié verhouding is dit van weinig belang.

Waar 'n werknemer in verbode diens is ingevolge die bepalings van die Wet op Nywerheidsversoening of enige ander wet of loonreëlende maatreël, is die hof bevoeg om die bedrag vas te stel wat van toepassing is in die betrokke nywerheid of onderneming en om te beveel dat onderbetalings, indien enige, deur die werkgever aangevul moet word. (Sien bv a 83 Wet 28 van 1956.) Dit is duidelik dat 'n werknemer, niteenstaande die nietigheid van die dienskontrak, hier beskerm word. Dit is 'n uitsondering op die normale reël dat 'n persoon 'n ander persoon kontraktueel tot 'n prestasie kan verplig slegs indien daar 'n geldige kontrak is. Die beskermende aard van hierdie publiekregtelike remedie word dus duidelik geïllustreer. Dit toon ook duidelik dat die bepalings van die dienskontrak hier nie ter sake of selfs belangrik is nie. Mits die werknemer dienste in 'n arbeidsverhouding gelewer het, is hy onderworpe aan die objektiewe reg wat in die betrokke nywerheid of onderneming geld.

### Slotbeskouings

In die gevalle waar wetgewende maatreëls en kollektiewe bedinging geen rol in die arbeidsverhouding speel nie, behou die dienskontrak nog altyd sy gemeenregtelike funksie, naamlik om die individuele arbeidsverhouding in die lewe te roep en ook om die inhoud van dié verhouding te bepaal. Arbeidsbetrokkinge in Suid-Afrika is egter so gereguleer dat die staat meesal as derde party by die arbeidsverhouding beskou kan word. In die moderne arbeidsverhouding neem die dienskontrak 'n ondergeskikte plek in aangesien die individuele werknemer se kontraktuele bedingingsvryheid beperk word. Waar hy wel beding, vind dit op 'n kollektiewe vlak plaas en werk die ooreenkoms gewoonlik normatief op die arbeidsverhouding in.

Die inhoud van die ooreenkoms word gewoonlik bepaal deur derde partye en word ook dikwels deur die staat afgedwing. Slegs die toetrede tot hierdie arbeidsverhouding berus op die vrye keuse van die werknemer. Selfs die geldigheid al dan nie van die dienskontrak is nie ter sake vir die afdwingbaarheid van hierdie kollektiewe bepalings wat 'n publiekregtelike karakter het nie. Die toetrede tot so 'n arbeidsverhouding is vir die wetgewer belangriker as die bestaan en inhoud van 'n dienskontrak. Partye het wel die reg om deur middel van 'n privaatregtelike ooreenkoms af te wyk van die bepalings van 'n wet of kollektiewe reëling vir sover dit die werknemer begunstig, maar dit is dikwels slegs 'n teoretiese moontlikheid; waar daar wel 'n ooreenkoms aangegaan word, is dit nie as gevolg van individuele bedinging nie maar as gevolg van kollektiewe bedinging.

Die kontraktuele benadering tot die moderne arbeidsverhouding bring probleme mee. Die toetrede tot die arbeidsverhouding laat dikwels regte en verpligtinge ontstaan wat nie-kontraktuele kenmerke vertoon; vandaar dat

die arbeidsverhouding in die moderne reg eerder as 'n statusverhouding aangemerkt kan word. Ook in ons reg is regverdiging te vind vir die opvatting dat "[o]nly by an open admission of a status of employment can the law hope to keep pace with the practicality of the industrial scene. Status alone is the real guarantee of the workers' rights and there is no reason why, having built on the wrong foundation 150 years ago, the law should not now reappraise its attitude" (Rideout "Contract of Employment" 127.)

Ten slotte moet daarop gewys word dat dit verkeerd sou wees om die arbeidsverhouding bloot as 'n statusverhouding te beskou. Alhoewel nie ontken kan word nie dat die dienskontrak en kontraktuele beginsels in die moderne arbeidsverhouding ondergeskik word aan kollektiewe norme wat meesal 'n publiekregtelike grondslag het, moet onthou word dat die arbeidsverhouding op twee vlakke afspeel, naamlik 'n individuele en 'n kollektiewe vlak. Op beide vlakke kan kontraktuele beginsels 'n rol speel. Sels al sou die inhoud van die kollektiewe arbeidsverhouding bloot deur kollektiewe (publiekregtelike) faktore bepaal word, bestaan daar ook 'n individuele sfeer wat by ontslag en ook in ander omstandighede slegs verklaar kan word deur te verwys na die beginsels van die gemeenregtelike dienskontrak. 'n Oordrewe beklemtoning van kontraktuele elemente in die moderne arbeidsverhouding negeer egter die oorwegend publiekregtelike karakter daarvan en kan skadelik wees vir die ontwikkeling van hierdie outonome vakgebied van ons reg.

JSA FOURIE

*Universiteit van Stellenbosch*

## THE DOCTRINE OF PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY AND THE PROPOSED NEW CONSTITUTION

"The fallacy is that sovereignty is not a metaphysical entity with an ineradicable logical structure. On the contrary it is a practical device of law and politics whereby effect is given to the practical need in any political community for some final or ultimate legal authority."<sup>1</sup>

### The locus of sovereignty in the proposed new constitution

The meaning of the word "sovereignty" depends on the context it is used in. Although there is an underlying similarity in the meanings attributed to this word in different contexts it is essential to distinguish between the different constructions of the word. In international law the concept of sovereignty is fundamental and is defined as follows:

"Sovereignty is supreme authority, an authority which is independent of any other earthly authority. Sovereignty in the strict and narrowest sense of the term implies, therefore, independence all round within and without the borders of the country."<sup>2</sup>

This concept is also of profound significance in both jurisprudence and constitutional law where it also has a distinctive meaning. It is thus possible for a state which has sovereign status in international law to have a non-sovereign legislature because state sovereignty and legislative sovereignty

<sup>1</sup>Lord Lloyd of Hampstead *Introduction to Jurisprudence* (3rd ed) 162.

<sup>2</sup>L Oppenheim *International Law* (8th ed) 118.

although co-essential are not synonymous.<sup>3</sup> AV Dicey, the eminent British constitutional lawyer, in his scholarly and famous work *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, makes a distinction between legal sovereignty and political sovereignty.

"It is, however equally true that in a political sense the electors are the most important part of, we may even say are actually, the sovereign power, since their will is under the present constitution sure to obtain ultimate obedience . . . . The electors are a part of and the predominant part of the politically sovereign power. But legally the sovereign power is assuredly as maintained by all the best writers on the constitution, nothing but Parliament."<sup>4</sup>

The relationship between the legal sovereign and the political sovereign is explained by both Locke and Dicey respectively:

"Though in a constituted commonwealth . . . there can be but one supreme power, which is the legislative, to which all the rest are and must be subordinate, yet the legislative power being only a fiduciary power to act for certain ends, there remains still in the people a supreme power to remove or alter the legislative, when they find the legislative act contrary to the trust reposed in them",<sup>5</sup>

and:

"The plain truth is that as matter of law Parliament is the sovereign power in the state . . . It is however, equally true in a political sense that the electors are the most important part of, we may say are actually the sovereign power, since their will is under the present constitution sure to obtain ultimate obedience."<sup>6</sup>

The fact that the electorate can control and alter the composition of parliament does not derogate from the legal sovereignty of parliament. Legal and political sovereignty are not mutually exclusive but complementary. The political sovereignty reposing in the electorate is influential, the sovereignty vesting in parliament is legal.<sup>7</sup>

Legal sovereignty or the supremacy of parliament is the one fundamental law or *grundnorm*<sup>8</sup> of our constitution and the British constitution.

"The one fundamental dogma of English constitutional law is the absolute legislative sovereignty or despotism of the King in Parliament."<sup>9</sup>

Dicey defined the concept of the legal sovereignty of parliament as "the right to make or unmake any law whatsoever" and that "no person or body is recognised by the law of England as having the right to override or set aside the legislation of Parliament."<sup>10</sup>

In 1909 the national convention adopted a unitary, as opposed to a

<sup>3</sup>Harris v Minister of the Interior 1952 2 SA 424 (A) 464.

<sup>4</sup>AV Dicey *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th ed) 75. This distinction was also made by Lord Bryce *Studies in History and Jurisprudence* vol II 51-52 and 59-60. J Austen however failed to make such a distinction in *Jurisprudence* (4th ed) vol I 253. In this regard see Dicey 74.

<sup>5</sup>J Locke *The Second Treatise of Government* (edited by JW Gough) par 149.

<sup>6</sup>Dicey 75.

<sup>7</sup>WJ Rees "The Theory of Sovereignty Restated" reprinted from *Mind* (1950) in *Philosophy, Politics and Society* (1956 ed Laslett) 68-69.

<sup>8</sup>H Kelsen *General Theory of Law and State* 116-117.

<sup>9</sup>Dicey 141. See also AW Bradley *Constitutional and Administrative Law* (9th ed) 61.

<sup>10</sup>Dicey 38. See also AW Bradley 59.

federal, constitution. After the passing of the famous Statute of Westminster, the erstwhile Union parliament emerged as a sovereign legislature. Probably no other single factor has played so decisive a role in determining the political and constitutional history of modern South Africa as the doctrine of parliamentary supremacy.

The historian, Prof ML Thompson, sums the position up as follows:<sup>11</sup>

“The founders of the Union believed that a Sovereign Parliament would be the best constitutional instrument for the handling of these difficult problems. They had buttressed this belief with many arguments, of which some were dubious interpretations of history, others were false prophesies, and none was conclusive. In following the British example, they had ignored the fact that in so far as the flexible character of the British Constitution met the needs of the British people, that was because they had become a comparatively homogeneous people, and their respect for constitutional conventions, for political compromise, and for personal liberty was strong enough to form an effective barrier against arbitrary action by the Government of the day; whereas the essence of the problem confronting South Africa was that her peoples were extremely heterogeneous, and the colour consciousness of most of the whites and the national exclusiveness of most of the Afrikaners were potent enough to override any feelings they may have had for conventions, for compromise, and for the liberties of others. Since a flexible Constitution provides no legal safeguards against arbitrary government, it was the very worst prescription for such a country. So long as Afrikaners remained in a political majority they would have the opportunity, and therefore the temptation, to stand together, to obtain control of Parliament, and to impose their will on the other inhabitants. A division of the powers, territorially between the centre and the regions, and within the centre between the Executive, and the Judiciary, would have provided the only sound basis for concord in South Africa. The Constitution of the United States of America would have been a better model than the British Constitution.”

At present legal sovereignty vests in the White parliament and political sovereignty vests in the White electorate. The constitutional proposals contain conflicting statements in regard to this cardinal matter. Under the heading “Powers of Parliament” the following paragraph appears:

“In the case of the Whites’ Parliament it remains unaltered. In the case of the Parliaments of the Coloureds and the Indians, matters which are their exclusive concern and which at present are in the hands of the White House of Assembly, shall be transferred to them gradually after agreement has been reached on this in the Council of Cabinets.”<sup>12</sup>

If the White parliament’s power remains unaltered it will not be possible for the Coloured and Asian assemblies to have exclusive and irrevocable power in regard to matters of group interest, at most they would have delegated legislative power. However in another passage the proposals state:

“Each population group shall have an equally paid elected Parliament with exclusive legislative powers in respect of those matters which affect that population group, and obtains co-responsibility in respect of matters which are the common concern of all groups after these have been approved by the Council of Cabinets.”<sup>13</sup>

<sup>11</sup>*The Unification of South Africa* (1960) 482–483.

<sup>12</sup>Compiled and edited by GPD Terblanche MP, chief information officer of the Federal Council of the National Party and published in *Pro-Nat*, November 1977 6. See the interchange between the prime minister and the leader of the opposition on this matter in *Hansard Debates of the House of Assembly* col 65 (30 Jan 1978).

<sup>13</sup>*Pro-Nat* 6.

The word "exclusive" in the above quotation implies that the sovereign White parliament will apparently surrender its monopoly of original legislative power and that certain unspecified exclusive legislative powers will repose in the Coloured, Asian and White assemblies.

It has also been reported that sovereignty will move from the existing parliament to the executive president.<sup>14</sup> This would however mean that the president would be a dictator. An analysis of the proposals belies this possibility.

However there are cogent reasons why the White assembly will not have the same sovereign power as the existing parliament. The entrenchment of the composition of the electoral college will be binding on the White assembly and this is incompatible with a sovereign legislature, i.e. the White assembly will not of its own accord be able to alter the composition of the electoral college as the consent of the Coloured and Asian assemblies will be a prerequisite.<sup>15</sup> Secondly the new executive president will not be part of the White assembly as is the position at present. He will be independent of all three assemblies<sup>16</sup> and his assent to legislation of mutual interest to all three groups will not, as a matter of convention, be a mere formality but he will apparently have an independent discretion as an executive president. The import of this proposed state of affairs is that the White assembly like the Coloured and Asian assemblies, will be a non-sovereign legislature.

Assuming the correctness of the above argument where will legal sovereignty vest in the new constitution?

It will only be possible to determine this conclusively when the draft legislation for the proposed new constitution is published. In order to determine where sovereignty will vest it is necessary to know what provision the new constitution will make for its own amendment. The proposals stipulate a special procedure for amendment of the composition of the electoral college, i.e. consent of each assembly. In regard to the rest of the constitution all that is known at present is that legislation of exclusive group interest will have to be passed by the assembly concerned and assented to by the relevant group prime minister. Legislation of mutual interest will have to be passed by all 3 assemblies and assented to by the state president, but in the event of a deadlock the legislation may still be passed by at least one assembly and assented to by the state president. Assuming that this same process would suffice for amending the constitution (i.e. the constitution would be completely flexible) legal sovereignty would vest in the three assemblies and the state president together, in the same way that legal sovereignty at present vests in the state president, the house of assembly and the senate, which today constitutes the parliament of South Africa. *The proposals therefore imply a new definition of parliament as a sovereign body constituted by the three assemblies and the state president.* The fact that section 63 of the Constitution Act 32 of 1961

<sup>14</sup>The Hon J Kruger, minister of justice, *Sunday Times* 18 September 1977.

<sup>15</sup>*Pro-Nat* 10.

<sup>16</sup>LJ Boule *The Changing Constitution* 74.

provides that in the event of a deadlock between the two houses of parliament the will of the elected house of assembly must ultimately prevail, does not derogate from the legal sovereignty of parliament as a composite body, but it does mean that because the will of the directly elected house of assembly must ultimately prevail, political sovereignty reposes in the electorate, whose will cannot be thwarted by the upper house whose members are indirectly elected or nominated by the state president,<sup>17</sup> who by convention must assent to bills passed by both houses or at least by the lower house under certain circumstances.<sup>18</sup> By analogy then, the fact that the proposed new constitution could provide, in the event of any deadlock between the three assemblies that the will of one of the assemblies could ultimately prevail if the state president assented to a bill passed by it, would not derogate from the legal sovereignty of the new composite "parliament" but will mean that because the will of the White assembly is likely to prevail, since the state president will have the final say and seeing that his election will be pre-determined by the governing White party, *political sovereignty* will repose in the White electorate whose political desires will not be able to be thwarted by the Coloured and Indian assemblies but possibly by the new executive state president who, because he will have a final say, could refuse his assent to a bill passed exclusively by the White assembly, or assent to a bill passed by the Coloured and Indian assemblies but vetoed by the White assembly. No provision is made in the proposals for the impeachment of the new executive state president. If however the new constitution were to provide for impeachment of the state president by the electoral college, which will be dominated by the governing White party, it would be extremely precarious for the state president to thwart the will of the white assembly.

If the new constitution were to provide that an amendment of it required the consent of each assembly and the assent of the state president (ie the constitution would be rigid) legal sovereignty would still vest in the new composite tri-partite "parliament", but political sovereignty would then vest in all three electorates jointly. The White electorate would however still be able to enforce its will against the opposition of the other two groups in all matters other than constitutional changes.

Regardless of the nature of the amending procedure the proposals imply a redefinition of a sovereign "parliament". Legal sovereignty will apparently vest in the tri-partite legislature composed of the three assemblies and the new executive state president. The procedure stipulated for the amendment of the constitution would determine conclusively where political sovereignty

<sup>17</sup>According to our common law, the state president, like the British monarch does have a reserve power and under very exceptional circumstances could veto a bill. See SB Chrimmes *English Constitutional History* (4th ed) 11.

<sup>18</sup>See s 63 of the Constitution Act 32 of 1961. See also *Harris v Minister of the Interior* 1952 2 SA 428 (A) 464. "In the case of the Union, legal sovereignty is or may be divided between Parliament as ordinarily constituted and Parliament as constituted under sec. 63 and the proviso to sec. 152." See also Dicey IXI and IXII. "Thus in South Africa the legal sovereignty is divisible being entrusted for ordinary purposes to each element of the legislature acting singly, but for the purposes of changing the entrenched sections requiring a special majority at a joint sitting of the Senate and House of Assembly." See also Rees 68.

would lie.

The working of a constitution is profoundly affected by the rate at which the political sovereign can make itself felt.<sup>19</sup> As things now stand the White electorate of South Africa can change any part of the law of the constitution with great rapidity. If the proposed new constitution were to be completely flexible, political sovereignty would continue to repose in the White electorate. At most the Coloured and Asian assemblies would have a delaying power like the South African senate and the house of lords have at present. If however the new constitution were rigid and required the consent of each assembly together with the assent of the state president, the Coloured and Asian assemblies would have a negative power, i.e. a veto, which would mean that they could obstruct constitutional change. This would enhance their negotiating power in regard to political reform. Before the Parliament Act of 1911, political sovereignty vested jointly in the British electorate who elected the members of the house of commons and the British nobility, who constituted the house of lords. There was a convention that in the event of a clash between the two houses, the upper house would have to yield to the lower house.<sup>20</sup> The failure of the house of lords to observe this convention gave rise to a constitutional crisis and to the Parliament Act of 1911.

### The implementation of the new constitution

One of the most important consequences of the doctrine of parliamentary sovereignty is that parliament cannot bind its successors.<sup>21</sup> Dicey explained this paradoxical characteristic, which simultaneously implies both an inherent limitation and guarantees a continuation of the essential character of legal sovereignty, as follows:

“The logical reason why Parliament has failed in its endeavours to enact unchangeable enactments is that a sovereign power cannot, *while retaining its sovereign character*, restrict its own powers by any parliamentary enactment”<sup>22</sup> (italics supplied).

The doctrine of parliamentary sovereignty necessitates that very careful consideration should be given to the method of inaugurating the constitution.

“Legislative supremacy as thus defined is a legal concept. The supremacy of Parliament, being recognised and acted on by the courts, is a principle of common law. It may indeed be called the one fundamental law of the British Constitution, for it is peculiar in that it could not be altered by ordinary statute, but only by some fundamental change on the part of the courts resulting from what would technically be a revolution.”<sup>23</sup>

Constitutional problems could arise in regard to the validity of conflicting acts of *ultra vires* legislation emanating from the three group assemblies. The White assembly might pass legislation in conflict with the constitution. It might then claim that it should be regarded as the legal successor to the existing all White parliament and that it should not be bound by virtue

<sup>19</sup>Dicey 149.

<sup>20</sup>ibid 458.

<sup>21</sup>ibid 68.

<sup>22</sup>ibid 68 and Bradley 67.

<sup>23</sup>O Hood Phillips *Constitutional and Administrative Law* (5th ed) 46.



of the rule that parliament is not bound by its predecessors and that the courts should be precluded from challenging the validity of legislation of a sovereign parliament. This does not mean that it is impossible to eliminate a sovereign legislature.<sup>24</sup> What is however essential is a decisive break in constitutional continuity, ie what Hood Phillips refers to in the above quotation as a technical revolution.

If each assembly is to have exclusive power in regard to matters of exclusively group interest, the power of each would be limited and the extant sovereign all White parliament will be replaced by three assemblies having limited powers. The creation of this new dispensation would require that:<sup>25</sup>

- (i) The existing sovereign parliament would have to surrender its powers to a new written constitution with certain entrenched powers (eg entrenchment of the two official languages and possibly the amendment procedure of the constitution).
- (ii) The constitution must stipulate that the new legislatures owe their existence to the new constitution.

The demise of the sovereign all White parliament will be of great political and constitutional significance. In the United Kingdom the doctrine of parliamentary sovereignty has in recent times been subject to criticism.

"It is the helplessness of the law in the face of the legislative sovereignty of Parliament which makes it difficult for the legal system to accommodate the concept of fundamental and inviolable human rights. Means therefore have to be found whereby (1) there is incorporated into English law a declaration of such rights, (2) these rights are protected against all encroachment, including the power of the state, even when that power is exerted by a representative institution such as Parliament."<sup>26</sup>

The survival of this doctrine of parliamentary sovereignty in the United Kingdom is also in doubt.

"It is therefore not possible to assert dogmatically that the legislative supremacy of Parliament will continue for the future to be the primary rule of constitutional law in the UK. Indeed, closer relations between Britain and the European institutions (through the European Convention on Human Rights) and certain constitutional trends within Britain (for example the demand for legislative devolution to Scotland and Wales) make it more probable than not that the pure doctrine of legislative supremacy will not survive into the next century *if indeed it has* survived British membership of the EEC"<sup>27</sup> (italics added).

GE DEVENISH

*University of the Western Cape*

<sup>24</sup>"The problem is less intractable than the comparable conundrum of whether an omnipotent deity can bind itself for even sovereign parliaments are human institutions; and there is nothing inherently impossible in the idea of a supreme Parliament having power to make fresh constitutional arrangements for the future" – Bradley 67.

<sup>25</sup>See O Hood Phillips 76. The advent of the Republic of South Africa occurred by evolutionary change. Verloren van Themaat *Staatsreg* (2nd ed) 1: "Die Republiek van Suid-Afrika het deur ewolusie ontwikkel, nie deur rewolusie nie. Daar is juridies geen breuk met die verlede nie."

<sup>26</sup>Sir Leslie Scarman *English Law – The New Dimension* 15.

<sup>27</sup>Bradley 81.

**'N AANTEKENING OOR STAATSAANSPREEKLIKHEID  
VOORTSPRUITEND UIT POLISIE-ARRESTASIES NA  
AANLEIDING VAN MHLONGO v MINISTER OF POLICE  
1978 2 SA 551 (A)**

Staatsaanspreeklikheid vir onregmatige polisieoptredes het al dikwels die aandag van ons howe<sup>1</sup> en skrywers<sup>2</sup> geniet. Desnieteenstaande bestaan daar vandag groot onsekerheid oor die middellike aanspreeklikheid van die staat vir 'n delik gepleeg deur 'n polisiebeampte, byvoorbeeld gedurende 'n arrestasie-handeling ingevolge artikel 40(1) van die Strafproseswet 51 van 1977. Onlangs het die appèlhof weer 'n beslissing in hierdie verband gelewer, en wel in *Mhlongo v Minister of Police*.<sup>3</sup> Die feite was kortliks die volgende:

De Klerk, 'n polisieman, agtervolg Bhengu wat vermoedelik diefstal uit 'n motorvoertuig gepleeg het. In die agtervolging van Bhengu skiet De Klerk verskeie rewolwerskote in 'n poging om eersgenoemde te arresteer. Mhlongo kom tydens hierdie jaagtog uit 'n kafee te voorskyn en word noodlottig getref deur een van die skote. Sy vrou uit 'n gewoonteregtelike huwelik eis in 'n persoonlike hoedanigheid asook namens haar kind skadevergoeding van die minister van polisie. De Klerk word nie gevoeg as medeverweerder nie. Die verweerder erken dat De Klerk nalatig was, maar ontken dat die arres geskied het in die loop en uitvoering van laasgenoemde se pligte. In die gestelde saak kom die partye onder meer ooreen dat die Suid-Afrikaanse Polisie spesifieke voorskrifte stel ten aansien van die gebruik van vuurwapens. De Klerk was bewus van die voorskrif dat 'n vuurwapen in 'n straat afgevuur kan word met die doel om 'n vluggende oortreder onder bedwang te bring indien dit kan geskied sonder gevaar vir lede van die publiek. Verder het die polisiemag die bevoegdheid om 'n lid die gebruik van 'n vuurwapen te ontnem wanneer dit onverantwoordelik en strydig met die betrokke voorskrifte gebruik is. Die polisiemag het ook dissiplineringsbevoegdheid oor 'n lid in geval van onbehoorlike gebruik van 'n vuurwapen.

In die hof a quo<sup>4</sup> beslis regter Boshoff dat die handeling van De Klerk van 'n persoonlike aard was en uitgevoer is in sy eie diskresie en dat hy derhalwe nie opgetree het as dienaar van die staat handelende in sy hoedanigheid en binne die omvang van sy bevoegdheid as so 'n dienaar nie. Die eiseres se eis word gevolglik van die hand gewys. Hierdie beslissing word deur die appèlhof omvergewerp.

Staatsaanspreeklikheid voortspruitende uit onregmatige polisieoptredes berus op artikel 1 van die Wet op Staatsaanspreeklikheid 20 van 1957, soos

<sup>1</sup>Sien o.a. *Lawford v Minister of Justice and Schmidt* 1914 NPD 285; *British South Africa Co v Crikmore* 1921 AD 107; *Swarts v Minister of Justice* 1941 AD 181; *Sibiya v Swart* 1950 4 SA 515 (A); *Dames v De Kock* 1958 1 SA 773 (W); *Naidoo v Minister van Polisie* 1976 4 SA 954 (T) en *Mhlongo v Minister of Police* 1977 2 SA 800 (T).

<sup>2</sup>Sien o.a. HDJ Bodenstien (1923) 40 *SALJ* 277 et seq; JRL Milton (1967) 84 *SALJ* 25; M Wiechers *Administratiefreg* (1973) 313 et seq; LA Rose-Innes *Judicial Review and Administrative Tribunals* (1963) 228 et seq; JA van S D'Oliveira *State Liability for the Wrongful Exercise of Discretionary Powers* (proefskrif); P Aronstam (1978) 95 *SALJ* 26.

<sup>3</sup>supra.

<sup>4</sup>supra.

gewysig, wat bepaal dat die staat aanspreeklik is vir 'n ". . . onregmatige daad wat deur 'n dienaar van die Staat handelende in sy hoedanigheid en binne die omvang van sy bevoegdheid as so 'n dienaar, verrig is." Prima facie is lede van die polisie dienaars van die staat.<sup>5</sup> Waar 'n polisieman in die uitvoering van sy pligte 'n delik pleeg, is die staat dus prima facie aanspreeklik. Appèlregter Corbett verwerp die teorie dat dienaars van die staat beskou moet word as organe waardeur die staat self handel en dat die handeling van 'n dienaar dan dié van die staat self sou wees. Hy verklaar dat ". . . the view that all members of the police force are prima facie servants is too well entrenched in decisions of this Court . . . to be reconsidered at this stage."<sup>6</sup>

Ten einde te bepaal of 'n polisiebeampte binne die omvang van sy bevoegdheid optree, wend die hof die kontrole-toets aan.<sup>7</sup> Hiervolgens word 'n handeling uit die kategorie van dié van 'n dienaar geneem indien dit een is ". . . which is personal to the policeman in the sense that from its very nature the State is so deprived of the power to direct or control him in the carrying out of his duty or function that he cannot be regarded *pro hac vice* as the servant of the State. . . ."<sup>8</sup> Die hof beslis verder dat die blote feit dat daar wel 'n diskresie-uitoefening geskied nie deurslaggewend is nie, maar "[t]he essential criterion is whether his employer, the State, has the power to direct or control him in the execution of his duty or function, including the exercise of the discretion, if any."<sup>9</sup>

Vir sover dit arrestasie deur 'n polisieman sonder 'n lasbrief, handelende op sy eie inisiatief as vredesbeampte betref, beslis die hof ". . . that the distinction can, and should, be drawn between his *decision* to make the arrest and the *means* employed by him to effect the arrest."<sup>10</sup> Die geldigheid van hierdie onderskeid kan bevraagteken word. Artikel 22(1) van die Strafproseswet 56 van 1955<sup>11</sup> bepaal onder meer dat 'n "(v)redesbeampte (iemand) . . . sonder lasbrief . . . in hegtenis (kan) neem"<sup>12</sup> in sekere omskrewe omstandighede. Die betrokke diskresionêre bevoegdheid wat 'n beampte uitoefen, is dus om in hegtenis te neem, welke bevoegdheid insluit die besluit om te arresteer asook die optrede daarna tot en met arrestasie.<sup>13</sup>

Sodanige handeling is 'n persoonlike een en derhalwe is die staat nie aanspreeklik vir delikte gepleeg deur 'n beampte in die loop daarvan nie.<sup>14</sup> Indien 'n onderskeid hoegenaamd in hierdie verband getref kan word, be-

<sup>5</sup>Sien *Union Government v Thorne* 1930 AD 47 51 waar hoofregter De Villiers verklaar: "All members of the police force are *prima facie* servants of the Crown. When, therefore, the wrongful act is committed by a member of that force in the course of his duty, the Crown is *prima facie* liable. It is then for the latter to show that the nature of the duty upon which the police officer was engaged at the time is such that it takes him out of the category of servants for the time being."

<sup>6</sup>*Mblongo v Minister of Police* 1978 2 SA 551 (A) 567A.

<sup>7</sup>supra 567H et seq.

<sup>8</sup>supra 567F.

<sup>9</sup>supra 568B.

<sup>10</sup>supra 568C.

<sup>11</sup>a 40(1) van die nuwe Strafproseswet 51 van 1977.

<sup>12</sup>Ek kursiveer.

<sup>13</sup>*Sibiya v Swart* supra 520C-E.

<sup>14</sup>ibid.

hoort dit te wees tussen die arrestasie-handeling (wat insluit die besluit om te arresteer plus handeling tot en met arrestasie) en die wyse van arrestasie. Die wyse van arrestasie is egter so verweefd en ineengestremgeld met die arrestasie-handeling self dat sodanige onderskeid hoogs gekunsteld is. Die onderskeid sou meebring dat 'n polisiebeampte wat sy bevoegdthede ingevolge artikel 40(1) uitoefen 'n tweeslagtige handeling verrig en by verrigting van dieselfde handeling terselfdertyd namens die staat asook in 'n persoonlike hoedanigheid optree.

Voorts verwys die hof<sup>15</sup> na *Naidoo v Minister van Polisie*<sup>16</sup> waar waarnemende regterpresident Hiemstra beslis dat daar as gevolg van die invoeging van artikel 5 van die Polisiewet 7 van 1958 'n plig is om te arresteer, aangesien "ondersoek" in artikel 5(c) arres insluit.<sup>17</sup> Artikel 5 van die Polisiewet van 1958 bepaal die volgende:

- "Die werksaamhede van die Suid-Afrikaanse Polisie is onder meer—
- (a) die bewaring van die binnelandse veiligheid van die Republiek;
  - (b) die handhawing van wet en orde;
  - (c) die ondersoek van enige misdryf of beweerde misdryf; en
  - (d) die voorkoming van misdaad."

Regter Boshoff verwys in die *Mblongo*-saak<sup>18</sup> na *Naidoo* se saak<sup>19</sup> en huldig die volgende mening in hierdie verband:

"[T]his statement of the learned Judge cannot be supported, either in law or in fact. Sec 5 of the Police Act is not intended to create a statutory duty; it merely defines what the functions of the South African Police shall include, and in that sense is some indication of the scope of employment of members of the Force."<sup>20</sup>

In die ongerapporteerde beslissing *Gladys Booie v Minister of Police*<sup>21</sup> word verdere onsekerheid geskep wat betref die pligte van 'n polisieman op grond van artikel 5 van die Polisiewet. Regter Smalberger verklaar onder meer die volgende:

"Having regard to the provisions of section 5 of Act 7 of 1958, it seems to me that there may well be situations when a duty rests upon a policeman to effect an arrest. For example, in relation to serious crimes where a policeman observes someone murdering, raping or robbing another person, or finds someone breaking into premises, it seems far-fetched to suggest that in the circumstances he has a discretion whether or not to arrest such a person. His responsibilities as a policeman surely require him as a matter of duty, not personal discretion to arrest such person to prevent the commission of a serious crime. There will still be circumstances where minor of-

<sup>15</sup>supra 568H.

<sup>16</sup>supra.

<sup>17</sup>*Naidoo* se saak is sedertdien nagevolg in *Mdolomba v The Minister of Police*, 'n ongerapporteerde beslissing van die Oos-Kaapse afdeling (saak no 131/1976). Vgl ook *Hamilton Poswa v Minister of Police* (saak no 512/76), Kaapse provinsiale afdeling, waar regter Grosskopf hom nie wou uitlaat oor die korrektheid van die *Naidoo*-beslissing nie. Regter Grosskopf maak 'n onderskeid tussen gevalle waar 'n onregmatige daad deur 'n polisiebeampte tydens die ondersoek van 'n misdryf gepleeg word en gevalle waar die misdryf in die teenwoordigheid van die polisiebeampte gepleeg word, maar die beampte nie besig was met die ondersoek van dié besondere misdryf nie. Hierdie onderskeid is klaarblyklik verkeerd.

<sup>18</sup>supra 804H.

<sup>19</sup>supra 957D-E.

<sup>20</sup>supra 805A.

<sup>21</sup>Oos-Kaapse provinsiale afdeling, 14 November 1977.

fences are involved, or a policeman acts upon reasonable suspicion, where the decision to arrest involves a personal discretion. In the present case, where the plaintiff was virtually caught redhanded committing a serious offence it seems to me that the provisions of section 5 would impose a duty to arrest . . .”<sup>22</sup>

Artikel 5 van die Polisiewet dui bloot in breë trekke die werksaamhede van die polisie aan. Die artikel lui spesifiek: “Die werksaamhede . . . is onder meer. . .”<sup>23</sup> Nieteenstaande die verwarrende regsposisie ten aansien van die bestaan al dan nie van ’n statutêre plig om te arresteer, vind appèlregter Corbett dit nie nodig om hom daarvoor uit te laat nie.<sup>24</sup>

Daar moet gewaak word daarteen om nie die beskermingsplig van ’n polisieman te verwar met ’n plig tot arrestasie nie. ’n Statutêre arrestasieplig kan geensins afgelei word uit die bewoording van artikel 5 van die Polisiewet nie, tog het “. . . ’n diensdoenende polisieman . . . delikregtelik ’n beskermingsplig teenoor andere wanneer dit redelikerwys van hom verwag kan word om op te tree.”<sup>25</sup> Dit kan egter nie betwyfel word dat arrestasie ’n wyse van optrede in die uitvoering van sodanige beskermingsplig kan wees nie.

Die hof<sup>26</sup> noem die voorbeeld van ’n polisieman wat, nadat hy besluit het om te arresteer, ’n oortreder wat met ’n motor wegjaag met sy eie prievaatmotor deur besige strate agtervolg. Gedurende die agtervolging bestuur die polisieman met growwe nalatigheid en gebruik ook sy vuurwapen nalatiglik. As gevolg hiervan word ander voertuie beskadig en verskeie persone beseer. Na aanleiding hiervan is die hof die volgende mening toegeedaan:

“It is difficult to accept the thesis that in these circumstances the policeman is not acting in his capacity as servant of the State and that the State incurs no liability for all damage wrongfully caused by him. It is even more difficult to see why in such a case no State liability should arise whereas, for example, an act or omission amounting to negligent driving by the policeman in the course of conveying the prisoner to the police station after arrest would give rise to such liability if it caused damage to another . . .”<sup>27</sup>

Hierdeur werp die hof verder twyfel op die toepassing van die kontroletoets soos dit geskied het in onder andere *Sibiya v Swart*<sup>28</sup> en *David v Minister of Justice*.<sup>29</sup> Alhoewel die hof dit hier het oor die toepassing van die kontroletoets, wil dit voorkom asof die hof die roekeloosheid van die polisieman in ag neem by beoordeling van die geaardheid van die betrokke handeling, iets wat natuurlik geen oorweging behoort te geniet by ’n suiwer toepassing

<sup>22</sup>Op 212 van die getikte verslag.

<sup>23</sup>Ek kursiveer. Hoofregter Rumpff huldig dieselfde mening in *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) 596C. Sien verder JMT Labuschagne 1976 9 (1) *De Jure* 165 166; P Aronstam supra 29 en JC van der Walt in (1976) 1 *TSAR* 101 wat dieselfde mening huldig.

<sup>24</sup>supra 568H–569A. Sien ook *Areff v Minister of Police* 1977 2 SA 900 (A) 913F–H waar die hof dieselfde optrede gevolg het.

<sup>25</sup>Labuschagne supra 166.

<sup>26</sup>*Mblongo* se saak supra 571B–D.

<sup>27</sup>supra 571D.

<sup>28</sup>supra 520H.

<sup>29</sup>1961 2 SA 626 (E) 630–631. Sien ook *Gambel v Minister of Police* (OK) ongerapporteerde (saak no I 1292/76, gedateer 14/4/78).

van die kontrole-toets nie. 'n Geval kan voorgestel word waar geen twyfel bestaan dat 'n polisieman in 'n persoonlike hoedanigheid optree nie en waar hy skade van miljoene rande veroorsaak. Die ongewenste resultate in die betrokke voorbeeld spruit bloot voort uit die toepassing van die kontrole-toets. Dit is inderdaad ironies dat die hof hom in die omstandighede nogtans streng gebonde ag aan die kontrole-toets.<sup>30</sup>

As gevolg van die huidige regsposisie word die polisiebeampte, met die vrees van persoonlike aanspreeklikheid voor oë, gekortwiek in die uitvoering van sy dienste. Aan die ander kant is 'n benadeelde teenoor wie 'n onregmatige daad deur 'n polisiebeampte in die uitvoering van 'n persoonlike handeling gepleeg is, nie verseker dat daar aan sy eis voldoen sal kan word nie. Arbitrêre polisieoptredes word egter deur die huidige regsposisie beperk.

Uit die *Mblongo*-saak blyk dit dat die hof nie bereid is om van die kontrole-toets af te wyk by die beoordeling van die geaardheid van 'n handeling nie. In die lig hiervan word aan die hand gedoen dat die wetgewer die regsposisie wysig sodat die staat in alle gevalle aanspreeklik is vir delikte gepleeg deur 'n polisieman in die loop van sy dienste, hetsy hy 'n persoonlike diskresie uitoefen of nie. Wat die praktyk betref, sal dit meebring dat polisiebeamptes sonder huiwering hulle dienste sal kan verrig en terselfdertyd is 'n benadeelde verseker van die voldoening van sy eis voortspruitend uit so 'n delik. Ten einde die gevaar van arbitrêre polisieoptredes te bekamp, word aan die hand gedoen dat 'n gepaste interne reëling ten aansien van die verhaal van die staat se uitgawes van die polisieman getref word. So behoort die staat 'n verhaalsreg te hê teenoor die polisieman wat mala fide, ensovoorts opgetree het.

As gevolg van die huidige regsonsekerheid sal dit raadsaam wees om in alle gevalle die minister van polisie as nominale verweerder, sowel as die betrokke polisieman wat die delik gepleeg het, as verweerders te siteer.

WP LE ROUX

*Kantoor van die Prokureur-generaal, Kaapstad*

JT PRETORIUS

*King's College, Universiteit van Londen*

## SECTION 7(5) OF THE INCOME TAX ACT AND ESTATE DEMPERS v SIR 1977 3 SA 410 (A): NO REAL PROGRESS IN INTERPRETATION

For a number of years now there has been great controversy as to the meaning of section 7(5) of the Income Tax Act 58 of 1962, particularly because it is a section of great significance to those people who wish to set up inter vivos trusts. Section 7(5) provides that:

“If any person has made in any deed of donation, settlement or other disposition,

<sup>30</sup>supra 567H.

a stipulation to the effect that the beneficiaries thereof, or some of them, shall not receive the income thereunder, or some portion of that income, until the happening of some event, whether fixed or contingent, so much of any income as would, in consequence of the donation, settlement or other disposition, but for such stipulation, be received by or accrued to or in favour of or be deemed to be received by or to accrue to or in favour of the beneficiaries, shall, until the happening of that event, or the death of that person, whichever first takes place, be deemed to be the income of that person."

Two fundamental difficulties have arisen in respect of section 7(5):

(1) There has been a great deal of dispute as to whether the exercise by a trustee of a discretionary power constitutes an "event" for the purposes of section 7(5) (*Hullet v CIR* 1944 NPD 263 and ITC 1033 where the court considered the trustee's discretion to constitute such an event whereas Meyerowitz 1961 *Taxpaper* 208 refers to an unreported case where the contrary view was held).

(2) The question has often been posed as to whether a vested right to the accumulated income is a sine qua non for the invocation of section 7(5) (cf the differing views between AS Silke *Silke on Income Tax* (8th ed) 562 and D Meyerowitz and E Spiro *Permanent Volume on Income Tax in South Africa* par 1206B-C).

It was therefore with considerable interest that tax lawyers awaited the judgment in *Demper's* case. The facts were briefly as follows: The settlor created 9 trusts, one to each of his 2 children and 7 grandchildren although the case itself dealt with only one trust by way of example. In the original trust deed the trustees had the right to use the trust income for charitable purposes in addition to the right to apply it for the benefit of the donee. This provision was however amended to provide that the net income of the trust after deduction of expenses may be used by the trustees for the benefit of the donee and/or the donee's issue. The capital of the trust would be payable to the donee in 3 instalments, one each on his attaining the ages of 25, 30 and 35 respectively. If he died prior to attaining these stipulated ages, his issue or the other trusts were to benefit. The vast bulk of the trust income was not distributed to the trust beneficiaries at all and the SIR purported to tax the undistributed income in the hands of the settlor in terms of section 9(5), the South West African equivalent of section 7(5) of the South African Act 58 of 1962.

In the appellate division Corbett JA first examined the nature of section 9(5) and stated:

"As has been pointed out in many of the previous cases dealing with the South African legislation, upon analysis sec 9(5) first of all contemplates a hypothesis and, secondly, provides for a deemed devolution of income. In the case of donations, the hypothesis is that the deed of donation contains a stipulation to the effect that the beneficiaries thereof or some of them shall not receive the income thereunder, or some portion thereof, until the happening of some event, whether fixed or contingent. If it does, then (and here I ignore the case of income deemed to accrue or to be received) so much of any income as would in consequence of the donation, but for the stipulation, be received by or accrue to or in favour of the beneficiaries is deemed to be the income of the donor until the happening of the event or the death of the donor, whichever first takes place" (420H-421A).

The court was of the opinion that there were two types of events which

could constitute the hypothesis, namely (1) the exercise by the trustees of the discretionary power granted to them in terms of the trust deed to pay the income to the beneficiaries and (2) the attainment by the donee, successively of the ages of 25, 30 and 35.

The court referred to the reason as to why the discretion of the trustee should be regarded as an event in terms of the section, namely that where a trustee is given an unfettered discretion either to distribute the trust income or to accumulate it, this unfettered discretion in effect amounts to a stipulation that until such discretion has been exercised, the beneficiary shall not receive any trust income (422A).

In arguing against this viewpoint, counsel for Dempers firstly submitted that section 9(5) envisages a "once-and-for-all-occurrence" (422D) until the happening of which the beneficiary was not to receive any trust income. If the discretion of the trustee would be regarded as an event for the purposes of section 9(5) then even though trust income was distributed to the beneficiaries, the settlor would be taxed on such income which would appear to run entirely contrary to the purpose of the section which "is designed to combat a certain type of tax avoidance" (421B).

The court unfortunately left the question open even though it admitted there was force in what, it is submitted, were the extremely cogent arguments of appellant's counsel (423A). The reason for the court's approach in this regard was that it based its rejection of Demper's case on the second type of event referred to above, namely the provision that the beneficiaries were only to receive the trust capital on the attainment of stipulated ages. In this context the court held:

"It may, therefore, be said that clauses 17 (in both forms) and 18, read together, contain a stipulation to the effect that (i) the donee shall not receive until he attains the age of 25 years that portion of the income of the trust which the trustees have decided not to pay out but accumulate and to which he becomes entitled upon attaining the age of 25 years; (ii) he shall not receive until he attains the age of 30 years that portion of the accumulated income to which he then becomes entitled; and (iii) he shall not receive until he attains the age of 35 years that portion of the accumulated income to which he then becomes entitled. The stipulation would thus refer to three successive events each of which would, of course, be contingent upon the donee attaining the age postulated" (423E-G).

The question which then faced the court was whether in the light of the above conclusion the income accumulated could be deemed to be that of the settlor for income tax purposes. Appellant's counsel argued that section 9(5) could not be involved because it would only apply where the beneficiaries have a vested right to the accumulated income. To this Corbett JA answered:

"In my view, in the application of section 9(5), a vested right to the accumulated income is not a *sine qua non*. Naturally, if the beneficiaries have vested rights, then this would be a strong, possibly decisive, factor leading to the conclusion that, but for the stipulation withholding the income, it would have been received by them" (425F).

The learned judge went on to conclude that as section 9(5) refers to an event which is fixed or contingent it cannot be confined in its scope to situations where the beneficiaries have a vested right. The word contingent



“is also used to describe a right which is conditional and uncertain, as opposed to a vested right which is certain, unconditional and immediately acquired, even though in some instances enjoyment of the right may be postponed . . . . A right under a will or contract may be contingent in the sense that, though imperfect at the time of creation, it is capable of becoming perfect on the happening of some uncertain, future event. On the other hand, a right under a will or contract may be vested though its enjoyment be postponed until the happening of some certain future event. Applying these concepts to section 9(5) and postulating the case where the donor has stipulated that the beneficiary shall not receive the income until the happening of some contingent event, it is difficult to see how the beneficiary shall not receive the income until the happening of some contingent event, it is difficult to see how the beneficiary’s right to the income could be anything but contingent, i.e. not vested. At any rate, these considerations show that the case of a beneficiary who in terms of the stipulation has only a contingent right to the income falls within the intended scope of the sub-section” (425G-426A).

The fact that the beneficiary has a vested right to the trust income would be an important factor in indicating that but for the stipulation the beneficiary would have received the trust income but in itself, concluded the court, it was not conclusive.

Clearly Demper’s case is not the last word on the matter. Indeed, the case was followed quickly by that of *Sidley v SIR* (1977 4 SA 913 (A)) which, however, did not take the matter any further. It is submitted that the words “contingent event” can be looked at in two senses, namely (1) in a sense of *dies credit sed non venit* where the contingency relates not only to enjoyment but to vesting itself. In the light of this distinction section 9(5) should only be applicable to the former meaning of contingent, namely where the beneficiary has a vested right and but for the postponement of the enjoyment of the right he would have received the income. If contingent in the sense of *dies nec credit nec venit* is utilised for the purposes of section 9(5), then one would have the situation that even if the stipulation preventing enjoyment of the income was ignored the beneficiary would still not have a right to the income, yet section 9(5) could and would be invoked. In this respect the judgment is not entirely satisfactory.

Secondly, as Meyerowitz and Spiro (par 1206) point out, the court had no difficulty from the terms of the trust deed in concluding that the accumulation of income was for the benefit of the donee, who was the sole beneficiary and therefore but for the stipulation for the trustees to accumulate the income the income would have accrued to him. This the learned authors correctly submit will not be the case where one is dealing with unborn beneficiaries or where beneficiaries cannot be entirely ascertained (such as where one is dealing with a class of beneficiaries).

As such, ignoring the objection to the judgment raised above, the ratio of this case might be difficult to implement in all situations.

Despite the above objections, Demper’s case undoubtedly confirms the departmental policy in broad terms. In particular, the department of inland revenue applies section 7(5) where there is a withholding of income in terms of the trust deed irrespective of whether the beneficiaries have a vested right or a contingent right to the income, or whether their right to income is dependent upon the exercise of the trustee’s discretionary powers. In the event of the trustees in the exercise of their discretionary powers distributing

income to beneficiaries such income will be taxed in the hands of the beneficiaries subject of course to the provisions of sections 7(2), 7(3) and 7(4) whilst the settlor will be taxed on the undistributed income in terms of section 7(5).

The controversy concerning section 7(5), particularly with regard to the question of the trustee's discretion constituting an event, can, it is submitted, only be settled by legislative action. It is indeed unfortunate that so much of our tax law is drafted in a similarly vague, imprecise manner (for example the 6th schedule of the Income Tax Act) so that the tax payer in order to ascertain his legal liability for tax must all too often rely on initially costly opinions of a select few income tax consultants who are conversant with departmental practice and ultimately on even more costly litigation.

With regard to section 7(5) it is highly unfortunate that the section was not drafted in accordance with the recommendation of the Income Tax Commission which recommended that where there is a suspension of the enjoyment of income by beneficiaries such income should be taxed in the hands of the donor only if (a) the donor by virtue of powers conferred on himself or his spouse in terms of the trust deed is in a position as trustee to control the ultimate devolution of funds derived from the accumulation of trust income, or (b) such funds or portion thereof or any of the trust property could by any means devolve upon the donor, his estate or his spouse or become available to such persons by way of a loan or any other such means.

Such a section would serve the purpose which section 7(5) purports to fulfil, namely the prevention of tax avoidance. (AS *Silke Tax Avoidance and Tax Reduction* (1958) 142.) The section is interpreted far too widely at the moment, for it surely does not constitute tax avoidance for income to be withheld from the beneficiaries. The element of tax avoidance is present if the donor has the power to control the income and/or capital of a purported settlement to third parties. Without such a legislative intervention however, it is extremely doubtful whether the cloud of uncertainty surrounding section 7(5) will ever entirely disappear.

D DAVIS  
*University of Cape Town*

## ARTIKEL 36 VAN DIE MAATSKAPPYWET VERSUS ARTIKEL 15A VAN DIE AKTESWET

Artikel 36 van die Maatskappywet (61 van 1973) lui soos volg:

“Geen handeling van ’n maatskappy is nietig nie slegs vanweë die feit dat die maatskappy sonder vermoë of bevoegdheid was om aldus te handel, of omdat die direkteure geen magtiging gehad het om daardie handeling namens die maatskappy te verrig slegs vanweë gemelde feit, en, behalwe tussen die maatskappy en sy lede of direkteure, of tussen sy lede en sy direkteure, kan nóg die maatskappy nóg ’n ander persoon in ’n regsding sodanige gebrek aan vermoë of bevoegdheid of magtiging aanvoer of daarop steun.”

Hierdie bepaling skaf die ultra vires-leerstuk in die maatskappyereg af

sodat 'n kontrak wat iemand buite die vermoënsfeer van die maatskappy om met laasgenoemde aangaan steeds geldig en afdwingbaar is.<sup>1</sup>

Net na inwerkingtreding van die Maatskappywet van 1973 het die hoofregistrator van aktes 'n omsendbrief<sup>2</sup> aan alle kantore gestuur waarin die effek van die nuwe wet op die aktespraktyk uiteengesit word. Onder andere word die houding ingeneem dat ondersoekers nie meer hoef seker te maak dat 'n transaksie binne die maatskappy se vermoënsfeer val nie, en ook nie dat die betrokke persone wat namens die maatskappy optree die nodige magtiging gehad het nie. Hierop het die Vereniging van Prokureursordes in 'n omsendbrief aan sy lede<sup>3</sup> daarop gewys dat die eerste been van die hoofregistrator se stelling korrek is, maar dat die tweede been nie geregtig word deur artikel 36 nie.<sup>4</sup> Volgens wat ek verneem van die Vrystaatse akteskantoor stel ondersoekers op die oomblik nie vas of 'n handeling binne die vermoënsfeer van die maatskappy val nie, maar wel of dit gemagtig is, dit wil sê of die betrokke persoon wat handel namens die maatskappy volmag het.

Voorgaande is egter nie die einde van die saak nie. In 1975 is artikel 15A in die Akteswet (47 van 1937) ingevoeg (deur die Algemene Regswysigingswet 57 van 1975). Die relevante gedeelte van artikel 15A lui as volg:

“(1) 'n Registrator registreer nie 'n transportakte nie tensy daar aan hom voorgelê word—

(a) 'n sertifikaat in die voorgeskrewe vorm deur 'n transportbesorger, waarin gesertifiseer word—

(i) . . .

(ii) . . .

(iii) indien die transportgewer of die transportnemer 'n bank, bouvereniging, trust, genootskap of korporasie of 'n godsdienstige, liefdadigheids- of opvoedkundige inrigting of liggaam of 'n ander vereniging van persone is, dat die transaksie binne sy bevoegdheidsfeer val en deur hom gemagtig is . . .”  
(my kursivering).

Die gevolg van artikel 15A sal dus onder andere die volgende wees: wanneer 'n maatskappy by 'n grondtransaksie<sup>5</sup> betrokke is, moet die transportbesorger sertifiseer dat die handeling binne die maatskappy se vermoënsfeer val. Het mens nou met 'n ultra vires-transaksie te doen, kan die transportbesorger nie aldus sertifiseer nie en gevolglik sal registrasie ook nie plaasvind nie. Jones<sup>6</sup> sê hieroor die volgende:

“The attitude adopted by the Association of Law Societies is confirmed by sec. 15A of the Deeds Registries Act, which at the time of writing has just been placed on the statute book.”

<sup>1</sup>Cilliers, Benade en De Villiers *Maatskappyereg* (3e uitg) 56. Die skrywers meen verder dat die kontrak steeds geldig bly selfs al het die ander kontrakterende party geweet dat die transaksie buite die maatskappy se vermoënsfeer val, en self al is dit 'n lid of direkteur wat die transaksie met die maatskappy aangaan. Sien verder oor die aard en uitwerking van art 36 Naudé se artikel in 1974 *SALJ* 315 en Blackman in 1975 *CILSA* 1.

<sup>2</sup>No 2 van 1974 weergegee in 1974 *De Rebus Procuratoriis* 187.

<sup>3</sup>Weergegee in 1975 *De Rebus Procuratoriis* 123.

<sup>4</sup>Hierdie houding van die prokureurs is ongetwyfeld korrek: vgl die woorde “slegs vanweë gemelde feit” in art 36.

<sup>5</sup>Art 15A(2) maak subart (1) ook op ander registrasiedokumente as transportaktes van toepassing.

<sup>6</sup>*The Law and Practice of Conveyancing in SA* (2e uitg) 442.

Hierdie stelling kan nie aanvaar word nie aangesien die Vereniging van Prokureursordes dit slegs gehad het oor die nagaan van *volmag*. Dit is duidelik dat artikel 15A effektief sal verhoed dat aan 'n ultra vires-transaksie betreffende grond gevolg gegee word, ten spyte van die bepalings van artikel 36 van die Maatskappywet. Die Vereniging van Prokureursordes het 'n senior advokaat se opinie ingewin oor hierdie kwessie. In 'n handleiding aan alle lede oor artikel 15A word 'n opsomming van hierdie opinie gegee. Onder andere word gesê:<sup>7</sup>

“Derdens, aangesien die aktevervaardiger moet sertifiseer dat die transaksie binne die maatskappy se bevoegdhede val, sal die oogmerk van hierdie subartikel verydeld word indien daar slegs staat gemaak kon word op die bepalings van art 36 van die Maatskappywet, 1973. Gevolglik moet die ‘bevoegdhede’ van die maatskappy inderdaad nagegaan en gesertifiseer word.”

Ongelukkig kon ek tot dusver nog nie 'n kopié van die opinie in die hande kry nie, maar as bogenelde die enigste motivering is vir die standpunt wat ingeneem word, kan mens net sowel argumenteer dat die oogmerk van artikel 36 verydeld sal word deur nakoming van artikel 15A: dus 'n volkome sirkelredenasie.

Myns insiens is daar slegs een vae moontlikheid om die botsing tussen die twee artikels te versoen. Dit is om te aanvaar dat die betrokke kontrak wel geldig is, maar dat dit slegs afgedwing kan word deur betaling van skadevergoeding as surrogaat vir die bedonge prestasie en nie deur spesifieke nakoming nie. So 'n reëling sou egter 'n willekeurige beperking op artikel 36 plaas, want die artikel verbied uitdruklik 'n beroep op ultra vires in enige regsgeding, wat natuurlik 'n regsgeding gerig op afdwinging van spesifieke nakoming sou insluit.

Twee reëls van wetsuitleg kan hier ter sprake kom. Eerstens sou mens kon sê dat artikel 15A voorkeur moet kry omdat dit minder algemeen as artikel 36 is, en tweedens moet artikel 15A voorkeur kry omdat dit 'n later bepaling as artikel 36 is.<sup>8</sup> Om sover moontlik tog versoening met artikel 36 te bewerkstellig, moet mens dan verder aanvaar dat skadevergoeding in die plek van spesifieke nakoming geëis kan word.

Die uiters tentatiewe gevolgtrekking is dan dat spesifieke nakoming nie beskikbaar is waar 'n maatskappy 'n ultra vires-transaksie betreffende grond aangegaan het nie, maar dat skadevergoeding as surrogaat vir die prestasie beskikbaar is. Die anomalie is dat spesifieke nakoming wel geëis kan word op grond van 'n ultra vires-transaksie betreffende iets anders as grond omdat artikel 15A dan nie ter sprake kom nie. Uiteindelik kan mens nie ontsnap aan die gevolgtrekking dat die wetgewer, toe hy artikel 15A op die wetboek geplaas het, al vergeet het dat hy in 1973 die ultra vires-reël in die Maatskappyereg afgeskaf het nie.

Ten slotte kan net gemeld word dat drie jaar na promulgasie van artikel

<sup>7</sup>Op 21-22 van die handleiding.

<sup>8</sup>Steyn *Die Uitleg van Wette* (4e uitg) 191.

15A nou al verloop het, maar dat die artikel, waarskynlik as gevolg van heftige teenkantiing uit prokureursgeledere, nog nie in werking gestel is nie.

AN OELOFSE

*Universiteit van die Oranje-Vrystaat*

## THE WIFE'S RESIDENCE AND DOMICILE AS JURISDICTIONAL FACTORS IN DIVORCE ACTIONS

The South African Law Commission's proposals in regard to the matrimonial property regime of spouses (notice 155/78 *Gov Gaz* 5887 24/2/78) and divorce (notice 303/78 *Gov Gaz* 5995 21/4/78) herald the approach of a new era in the law of husband and wife in this country. Various aspects concerning the proposed law of divorce were dealt with in a recent article in this journal (Barnard "Enkele Opmerkings oor die Voorgestelde Nuwe Suid-Afrikaanse Egskeidingsreg" (1978) 41 *THRHR* 263). In this short note a further point, namely the question of jurisdiction in divorce proceedings, will be looked at.

Under the common law of South Africa the wife, upon marriage, takes the domicile of her husband and follows it *stante matrimonio* (Hahlo *The South African Law of Husband and Wife* (4th ed) 541; Kahn *The South African Law of Domicile of Natural Persons* 73 et seq; Joubert *The Law of South Africa* vol 2 par 530). Although possessing locus standi to bring an action for divorce against her husband (Hahlo 204), the principle that it is only the court in whose area the parties are domiciled which has jurisdiction to entertain an action for divorce (Hahlo 539; Pollak *The South African Law of Jurisdiction* 149 et seq) combined with the rule of the unity of the domicile of the spouses caused hardship for the wife who wished to institute divorce proceedings but was precluded from doing so on procedural grounds. Her position was aggravated by the fact that each provincial and local division of the supreme court was, as Hahlo (546) puts it, a little *territorium legis* of its own. The legislator consequently intervened to alleviate her plight.

The Matrimonial Causes Jurisdiction Act 22 of 1939 as amended extended the jurisdiction of the supreme court so that it can now also entertain divorce proceedings instituted by the wife in the following instances.

(1) Where the husband has either deserted her and left the Republic or was deported. Here it is necessary that

(a) the husband must have been domiciled in South Africa immediately before his desertion or deportation, and

(b) the wife must have been ordinarily resident within the jurisdiction of the court before which she wishes to institute proceedings for at least one year before such date (s 1(1)(a)).

(2) Where the husband is domiciled within the jurisdiction of one division of the supreme court and the wife is resident within the jurisdiction of another. In this case the wife must have been ordinarily resident within the jurisdiction of the court before which she wishes to institute proceedings for at least one year before such date (s 1(1)(b)).

(3) Where the husband is domiciled elsewhere than in South Africa. Here the wife is required to have been

(a) either domiciled in South Africa or a South African citizen immediately before her marriage; and

(b) ordinarily resident in the Republic for a period of at least one year prior to the date on which she institutes proceedings (s 1(1A)).

Section 2(1)(b) of the draft bill to amend the law relating to divorce, which does not derogate from the jurisdiction which a court has in terms of any other act or the common law, determines that a court will have jurisdiction in divorce proceedings if the plaintiff wife

(a) is ordinarily resident in the area of jurisdiction of that court on the date on which the proceedings are instituted; and

(b) has been ordinarily resident in South Africa for a period of one year immediately prior to this date and (i) is domiciled in the Republic, or (ii) was domiciled in the Republic immediately before cohabitation between her and her husband had come to an end, or (iii) was a South African citizen or was domiciled in the Republic immediately prior to her marriage.

It will be seen that the residential qualification of the wife is an essential prerequisite in terms of both the existing and proposed legislation. But in no single instance does the residential factor on its own suffice to confer jurisdiction on a court. It is only when it is coupled with some other factor such as (a) the erstwhile or existing South African domicile of the husband (cases 1 and 2); (b) the South African domicile of the wife immediately before marriage (case 3 and draft bill) or immediately before the cohabitation between the spouses came to an end (draft bill); or (c) the South African citizenship of the wife immediately before marriage (case 3 and draft bill), that a court has jurisdiction to entertain a divorce action instituted by the wife.

Although the act (s 1(1A)), and the draft bill, *inter alia*, list the domicile of the wife as a jurisdictional factor, it should be noted that it is only in the case where such reference is to the domicile before marriage that one, strictly speaking, may have to do with the wife's own domicile. Other references to the wife's domicile in effect mean the husband's domicile.

Legislation in the United Kingdom which corresponds with our Matrimonial Causes Jurisdiction Act provides that the high court in England, Wales and Northern Ireland and the court of session in Scotland have jurisdiction to entertain proceedings for divorce if (and only if) either of the parties to the marriage (a) is domiciled in England, Wales, Scotland or Northern Ireland, as the case may be, on the date when proceedings are begun; or (b) was habitually resident in the territory through the period of one year ending with that date (ss 5(2), 7(2), 13(2) The Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973 (1973 c 45)). In Australia the domicile and residence of either party to the marriage are also both factors which, in their own right, constitute a basis for jurisdiction. The relevant act in that country, however, takes the matter a step further by instituting the Australian citizenship of either party as a separate ground for jurisdiction (s 39(3) Family Law Act 53 of 1975). It has been suggested that as domicile is, generally speaking, more difficult to prove than Australian citizenship or

one year's residence in Australia, it is likely to decline in importance now that alternative grounds for jurisdiction are available (Nygh and Turner *The Family Law Service* commenting on the Family Law Act par 1.118).

The common law principle that jurisdiction in divorce cases depends on the domicile of the petitioner is retained in Canadian legislation. In contradistinction to the position in the United Kingdom and Australia, domicile is coupled to a residential requirement – it being necessary for either the petitioner or the respondent to have been ordinarily resident in the province where the proceedings are to be instituted for at least one year immediately preceding the presentation of the petition and to have actually resided in that province for at least ten months of that period (s 5(1) Canadian Divorce Act 1970; MacDonald and Ferrier *Canadian Divorce Law and Practice* par 5.20; Davies *Power on Divorce and Other Matrimonial Causes* (3rd ed) vol 1 281). In New Zealand the question whether the domicile of either the petitioner or respondent on its own is a ground for jurisdiction depends on the grounds for divorce which are advanced. In some cases, eg where the plaintiff alleges adultery on the part of the respondent, domicile alone suffices. In other instances, eg where the parties have lived apart for four years and are not likely to be reconciled, domicile must be coupled with at least a two year residential qualification (ss 20, 21 Matrimonial Proceedings Act 71 of 1963 as amended).

Turning again to the position in South Africa, it is respectfully submitted that the draft bill does not provide for any meaningful extension to the existing jurisdictional rules and that even after its implementation various deficiencies in the system will persist as the following example illustrates. A young married couple, who are citizens of the Federal Republic of Germany and domiciled in that state, come to South Africa under a permanent residence permit. The husband has no fixed intention of settling permanently in South Africa, but will do so if career opportunities and living conditions are to his liking. His wife, who has a number of close relatives living in South Africa, is impressed with what she sees and would like to make her home in this country. On the other hand, although he has suitable employment, a variety of factors serve to make the husband unhappy and he wants to return to Germany. This leads to frequent and increasingly unpleasant arguments between the spouses. The situation is aggravated when the husband meets an acquaintance from Germany who is on a visit to South Africa. They meet frequently and eventually commit adultery. The husband decides to return to Germany with his girlfriend and leaves his wife behind. She is not unduly perturbed by this and some six months later falls in love with a South African. The couple wish to marry but as things stand, before doing so the wife will be obliged to sue for divorce in Germany at great inconvenience and expense, even though she may comply with the prescribed residential requirement.

Consider furthermore the arrangement that a woman whose husband is not domiciled in the Republic can institute proceedings if she was ordinarily resident in South Africa for a period of one year immediately preceding the date on which proceedings are instituted and she was a South African citizen immediately before her marriage. Although there have been some women who, no doubt, were grateful for this concession, the sufficiency of a resi-

dential qualification – erstwhile South African citizenship combination even in those cases where the wife may have acquired the citizenship of another country or, indeed, renounced her South African citizenship after marriage is not altogether a convincing or satisfactory solution.

However, as I see the situation, the main shortcoming of the present and proposed arrangements is that it is inequitable to have one set of jurisdictional rules when the husband is the plaintiff and another when the wife petitions for divorce. This problem has been circumvented in some countries which had rules on domicile similar to ours by legislation which provides that a married woman is capable of having a domicile of her own (s 1 of the British Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973; s 4(3)(b) Australian Family Law Act 1975; s 6 Canadian Divorce Act 1970 and s 5 New Zealand Domicile Act 1976). Incidentally, the Council of Europe, which believes that a closer unity among its member states may be secured, in particular, by unifying or standardizing legal rules, has also accepted that the domicile of a married person does not depend upon that of her spouse, although the domicile of one spouse is regarded by the Council as an element which may be taken into consideration in determining the domicile of the other (rule 3 of resolution (72)1 adopted by the Committee of Ministers on 18/1/72).

There are various ways in which the position of the plaintiff wife in divorce proceedings before a South African court could be improved. When seen in the context of the prospective liberalisation of our divorce laws, it is respectfully submitted that when the abovementioned draft bill on divorce comes before parliament the following possible solutions, which would extend the existing jurisdiction of the courts if adopted, ought perhaps to be considered.

(1) Alteration of the common law rule that the wife takes the domicile of her husband and follows it *stante matrimonio* by making it possible for all adult woman to have their own domicile. This would run counter to the view that “the social and economic doctrine of marital unity and public policy demand that the civilized concept of the family unit be protected and made secure by permitting one family (husband and wife) to have only one domicile” (quoted with approval by Kahn 75). It is conceded that there are certain advantages in having the wife take her husband’s domicile. But this arrangement must now be critically reassessed in the light of the trend away from rules which place wives in positions legally inferior to those of their husbands. One must also bear in mind that if a woman is allowed to have her own domicile the problems which could arise would be of a choice of law rather than a jurisdictional nature. In any event, where the relationship between spouses reaches the stage where a divorce is sought the passage cited loses much of its cogency.

(2) Modification of the common law rule mentioned under (1) by providing that where the wife sues for divorce she shall, for the purposes of the proceedings, be deemed to have a domicile of her own. The onus of proving that she was domiciled within the court’s territory at the time proceedings were introduced would have to be discharged on a balance of probabilities by the plaintiff (*Eilon v Eilon* 1965 1 SA 703 (A) 719). This would appear to be no more onerous for the plaintiff than proving she was domiciled in



South Africa immediately before her marriage (s 1(1A) Matrimonial Causes Jurisdiction Act 1939).

(3) Making "ordinarily resident" within the court's territory for a prescribed period (say one or two years) a separate ground conferring jurisdiction.

(4) Making South African citizenship at the time when proceedings are instituted a separate ground conferring jurisdiction. As previously mentioned this applies in Australia.

(5) A combination of (3) and/or (4) with either (1) or (2).

PIERRE EJ BROOKS  
*University of South Africa*

*In Plato's "Republic" where one has the trespolitica, the judiciary often has to state that action taken by the executive is justified on the principle "salus reipublicae suprema lex est". On the other hand, the supreme court is the protector of the rights of the individual citizen and will protect him against unlawful action by the executive in all its branches . . . . The courts should rather be astute to find a means of exercising its function and jurisdiction in the protection of the citizen from a potential inroad on his liberty.*

*per regter De Villiers in Gangile v Minister of Justice 1962 1 SA 647 (OK)*

# Vonnisse

TRUST BANK VAN AFRIKA BPK v VAN JAARSVELDT;  
TRUST BANK VAN AFRIKA BPK v BITZER 1978 4 SA 115 (O)

*Traditio brevi manu – voorwaardelike eiendomsordrag*

Die relevante feite in hierdie saak was soos volg: In Julie 1974 het D, 'n fabrikant van landbou-implemente, twee stropers aan N, 'n handelaar in sodanige implemente, verkoop. Albei maatskappye het voorsien dat N die stropers kon herverkoop alhoewel eiendomsreg nie op N sou oorgaan voordat hy die koopprys van die stropers ten volle betaal het nie. Die transaksie tussen D en N staan bekend as "vloerplanfinansiering". In Februarie 1975 betaal N die koopprys van die stropers aan D. In Augustus 1974 het N die stropers egter reeds aan T (die applikant in die saak) verkoop en op dieselfde dag 'n huurkontrak met T aangegaan waarvolgens T die stropers weer aan N verhuur het. Gedurende Augustus en September 1976 onderskeidelik het O (tweede respondente in die saak) die twee stropers teen kontant van N gekoop en op sy beurt aan V en B (die twee eerste respondente in die saak) verhuur. Die stropers is deur N namens O aan V en B gelewer en was ten tye van die aansoek nog steeds in die besit van V en B. Gedurende Augustus 1976 bly N in gebreke om sy huurpaaie te betaal en in Januarie 1977 word die huurkontrak tussen N en T gekanselleer. N word gelikwyder en T eis die stropers van V en B op met sy rei vindicatio.

Een van die gronde (die ander is hier nie ter sake nie) waarop die respondente die aansoek bestry het, is dat T nooit eienaar van die stropers geword het nie, omdat D nog eienaar van die stropers was toe N hulle aan T verkoop het en daar, nadat betaling van die koopprys

aan D geskied het, geen erkende vorm van lewering aan T plaasgevind het nie.

Sover dit hierdie bespreking aangaan, was die kernvraag vir beslissing of lewering aan die applikant T geskied het. Om hierdie vraag te beantwoord, is dit ook nodig om vas te stel hoe lewering tussen fabrikant D en handelaar N plaasgevind het. Die respondente se advokaat het aangevoer dat traditio brevi manu die enigste vorm van lewering is wat in die onderhawige omstandighede eiendomsorgang van fabrikant D aan handelaar N kon bewerkstellig. Dié leweringsvorm kon na sy mening nie geskied nie omdat N by betaling van die koopprys die sake as huurder besit het en dit vir traditio brevi manu 'n vereiste is dat die verkryger die saak moet besit met die bedoeling om dit vir homself te hou (120D). Tweedens was die respondente se advokaat van mening dat, selfs al het N wel eienaar geword, sodanige eiendomsreg nie op T oorgegaan het nie "omdat daar nie sprake was van 'n ooreenkoms tussen die betrokke partye [dit wil sê T en N], soos wat die geval by huurkoopkontrakte is, dat as die voorwaarde van betaling van die volle koopprys vervul is eiendomsreg sal oorgaan nie; en sonder *consensus* tussen die partye met betrekking tot eiendomsorgang kan dit nie geskied nie" (120E-F). Soos die regter self opmerk, veronderstel albei hierdie argumente "'n verdere ooreenkoms of wilsooreenstemming dat eiendom sal oorgaan, tussen die verkoper en die koper, om eiendomsorgang te bewerkstellig wan-

neer betaling geskied" (120G). Daar kan weinig twyfel wees dat hierdie "verdere ooreenkoms" die saaklike ooreenkoms is – 'n uitdrukking wat die regter later self gebruik het (123E).

Wat die eerste van bogenoemde argumente betref, meen die hof dat die handelaar N na die aangaan van die ooreenkomste met T in besit van die stropers gebly het en dat dit sy bedoeling was, soos uit die ooreenkomste afgelei moet word, om eiendomsreg te verkry sodat dit op T kan oorgaan.

Wat die tweede argument van die advokaat betref, sê die regter

"dat daar regtens nie 'n verdere ooreenkoms tot eiendomsorgang tussen die koper en verkoper verlang word waar eiendomsreg voorbehoud is voordat eiendom inderdaad, by betaling van die koopprys, aan die koper oorgaan nie. En dit is so ongeag of die vorm van lewering wat in sulke gevalle geskied korrek beskryf word as *traditio brevi manu* of nie" (121F).

Traditio brevi manu beskryf die regter dan as 'n

"leweringsmetode waar 'n persoon reeds vir 'n beperkte doel besit van die koopgoed het en dan 'n ooreenkoms met die eienaar daarvan aangaan om dit as eienaar te hou. Dan word die lewering waarvolgens die nuwe eienaar aanvanklik besit verkry het geag lewering in terme van die latere ooreenkoms te wees" (121G).

Die regter gaan dan voort en sê dat as eiendomsvoorbehoud tot gevolg het dat die hele koopkontrak tot betaling van die koopprys opgeskort word daar

"van *traditio brevi manu* gepraat [kan] word; die aanvanklike lewering word dan geag die lewering te wees waarvolgens eiendomsorgang geskied in terme van die latere koopkontrak (wat eers by betaling van die volle koopprys geag word tot stand te kom)" (121H-122A).

Met die regter se opvatting van *traditio brevi manu* kan ek nie saamstem nie. Eiendomsreg word in ons reg oorgedra deur die oordrag van besit (fisiese element) gepaardgaande

met die bedoeling om eiendomsreg onderskeidelik oor te dra en te ontvang, dit wil sê die saaklike ooreenkoms (psigiese element). En hierdie twee elemente moet ook by *traditio brevi manu* aanwesig wees aangesien dit ook 'n wyse van lewering is. As 'n persoon byvoorbeeld 'n saak aanvanklik as huurder hou en dan besluit om dit te koop, word by wyse van *traditio brevi manu* aan hom gelewer. Dit beteken dat die saaklike ooreenkoms eers saam met die koopkontrak gesluit word en nie dat gefingeer word dat hierdie ooreenkoms reeds van die begin af aanwesig was nie. As nou gesê word dat *lewering* (*traditio*, "delivery") nie weer hoef plaas te vind nie, word daarmee na my mening lewering in die betekenis van die fisiese oordrag bedoel. (Sien in die algemeen oor *traditio brevi manu* Voet 41 1 34; *O'Calaghan Assignees v Cavanagh* (1882) 2 SC 122 126; Wille *Principles of South African Law* (7e uitg 1977) 180-181; Wessels *Law of Contract in South Africa I* (2e uitg 1951) par 2016 en 2042.)

In die onderhawige saak het fabrikant D die stropers aan handelaar N verkoop met voorbehoud van eiendomsreg en as lewering by volledige betaling van die koopprys by wyse van *traditio brevi manu* geskied, moet daar dan, anders as wat die regter sê (121F), inderdaad 'n verdere ooreenkoms, en wel die saaklike ooreenkoms, plaasvind. Dit sou beteken dat die verkryger aanvanklik slegs in beheer van die saak gestel word en dat *lewering* (dws eiendomsorgang) eers by volledige betaling van die koopprys plaasvind. Aangesien die verkryger reeds in besit is, hoef die saak nie weer fisies aan hom gelewer te word nie. Al wat nodig is, is die saaklike ooreenkoms om aan albei die vereistes te voldoen wat die reg vir eiendomsorgang stel.

Die regter stem egter nie saam met die opvatting waarvolgens die koopkontrak self opgeskort word nie. Hy stel dit soos volg:

"Die meer juiste siening van die saak kom my egter voor te wees dat nie die koopkontrak as sulks nie, maar slegs die

gevolge daarvan, opgeskort word, sodat dit nie 'n geval is dat die koopkontrak eers tot stand kom wanneer die koopprys betaal word nie maar dat dit tot stand gekom en lewering daarvolgens geskied het toe dit gesluit is; die gevolge daarvan, en die lewering wat reeds geskied het, is egter opgeskort totdat die volle koopprys betaal word. Wanneer betaling geskied is daar dan ook geen behoefte aan verdere wilsooreenstemming tussen die partye om eiendoms-oorgang te laat geskied nie, ewemin as wat daar enige verdere wilsooreenstemming nodig is om eiendoms-oorgang te laat geskied by betaling waar, by 'n kontantkoop, die koopgoed gelewer is maar die koopsom eers later betaal word" (122A-B).

Die vorm van lewering waarmee die regter hier te doen het, is voorwaardelike eiendoms-oordrag, met ander woorde eiendomsverkryging deur handelaar N is afhanklik gestel van die vervulling van 'n opskortende voorwaarde, naamlik volledige betaling van die koopprys. Dit is met respek heeltemal korrek dat by eiendomsvoorbehoud die lewering opgeskort word en nie die koopkontrak nie. Tog is dit moeilik om te verstaan dat die regter sê dat slegs die *gevolge* van die koopkontrak opgeskort word. By eiendomsvoorbehoud word naamlik geen gevolge van die koopkontrak opgeskort nie. Die doel van 'n koopkontrak is om verbintenisse in die lewe te roep. Dit is gesluit as die partye ooreengekom het om 'n bepaalde saak (in hierdie geval die stropers) teen 'n bepaalde prys te koop en te verkoop. Die verbintenis-skeppende ooreenkomskep, wat beskikbaarstelling van die saak betref, slegs die verpligting tot verskaffing van *vacua possessio*. Waar eiendomsreg *op grond van* 'n verbintenis-skeppende ooreenkoms oorgedra word, geskied dit *deur* 'n afsonderlike regs-handeling, naamlik *traditio*, waardeur aan die verpligting wat in die koopkontrak onderneem is, uitvoering gegee word (sien ook De Villiers "Die Betekenis van die Opskortende Voorwaarde by 'n Ooreenkoms" 1943 *THRHR* 19). Eiendoms-oordrag vloei met ander woorde wel uit die koopkontrak voort maar juridies is dit nie 'n

*gevolg* daarvan nie. Anders is dit in die Engelse reg waar die koopkontrak nie slegs 'n verbintenis-skeppende ooreenkoms is nie maar ook die instrument waardeur eiendomsreg oorgedra word (Atiyah *The Sale of Goods* (5e uitg 1975) 145; Chalmers *Sale of Goods Act, 1893* (17e uitg 1975) 143). Word eiendoms-oorgang afhanklik gestel van 'n opskortende voorwaarde beteken dit volgens die Engelse reg dat die koopkontrak self opgeskort word en nie slegs eiendoms-oorgang nie. Dit is begryplik omdat die koopkontrak immers die eiendomsreg oordra. Toe aanvanklik in ons reg erken is dat die verkoper eiendomsreg kon voorbehou, is die voorwaarde onder invloed van die Engelse reg verkeerdlik op die *koopkontrak* self van toepassing gemaak (sien by *Fazi Booy v Short* (1882) 2 EDC 301 en *Quirk's Trustees v Assignees of Liddle and Co* (1885) 3 SC 322). Sodoende is die verbintenis-skeppende en sake-regtelike handeling nie behoorlik onderskei nie en daarom was die juridiese konstruksie van eiendomsvoorbehoud heeltemal verkeerd.

By voorwaardelike eiendoms-oordrag kwalifiseer die voorwaarde met ander woorde nie die koopkontrak nie maar wel die lewering soos die regter tereg sê (122A). 'n Mens mag hier dan net byvoeg dat die voorwaarde slegs betrekking het op die wilsmoment van lewering, naamlik die saaklike ooreenkoms. Die fisiese element, die oordrag van feitelike besit, is immers nie vir 'n voorwaarde vatbaar nie. Wat gebeur, is dat die saaklike ooreenkoms by oorhandiging van die saak aan die koper aangegaan word maar die gevolg daarvan, te wete eiendomsverkryging deur die koper, word opgeskort hangende vervulling van die voorwaarde. Word die prys dan betaal, gaan eiendomsreg eenvoudig oor. Tereg sê die regter dat in hierdie geval geen verdere ooreenkoms tussen die partye by vervulling van die voorwaarde vereis word nie (122A-B). Geen voorwaardelike regs-handeling hoef per slot van sake by vervulling van die voorwaarde weer aangegaan te word nie.

Die hof meen dan verder dat selfs indien aanvaar word dat die koopkontrak self opgeskort word eiendom outomaties op die koper sal oorgaan wanneer die koopsom betaal word, sonder dat daar opnuut consensus tussen die partye daarvoor moet wees. Omtrent die bedoeling wat by die verkryger (N) aanwesig moet wees, sê die regter

“dat dit . . . nie die subjektiewe bedoeling van [N] is waarna gekyk moet word nie, maar sy wilsverklaring, soos dit afgelei word uit die kontrakte wat hy gesluit het . . . [D]ie bedoeling wat saaklik is [is] dié wat by hom aanwesig was toe die koopkontrak met [D] gesluit is (net soos die relevante bedoeling by huurkoopkontrakte dié is by die aangaan van die huurkoopkontrak) en nie dié wat ten tyde van betaling van die koopsom bestaan het nie. Want, soos reeds hierbo gesê, is dit die uitgesproke bedoeling van die koper, soos in die kontrak belligaam, waarna daar regtens gekyk word en nie enige verskuilde bedoeling wat hy mag nahou nie” (122E-F).

Die regter beslis dan dat “selfs indien die vorm van lewering wat plaasgevind het as *traditio brevi manu* beskou word, daar aanvaar moet word dat dit deur regswerking plaasgevind het by betaling van die koopprys aan [D]. Omdat [N] hom verbind het om eiendomsreg aan applikant oor te dra kan gevolg gegee word aan die huur- en koopkontrak met applikant en het eiendom op applikant oorgegaan” (122H-123A).

Die uitdrukking “sy wilsverklaring soos dit afgelei word uit die kontrakte wat hy gesluit het” ens is vir my nie allesins duidelik nie. Eiendomsreg word tog deur lewering oorgedra en die wesenlike vraag by eiendomsvoorbehoud is naamlik wanneer die bedoeling om onderskeidelik eiendomsreg oor te dra en te ontvang, plaasvind. Hierdie wilsooreenstemming is soos reeds gesê die saaklike ooreenkoms (dit is nie ’n “kontrak” nie!). As die saaklike ooreenkoms by oorhandiging dan die saak (in hierdie geval aan handelaar N) aangegaan word en net die regsgevolg daarvan, te wete eiendomsverkryging deur die verkryger,

opgeskort word, is dit vanselfsprekend dat dié ooreenkoms nie weer aangegaan hoef te word nie. Enige ander bedoeling, “subjektief” of openlik, wat enigeen van die partye na aangaan van die handeling en voor vervulling van die voorwaarde sou vorm, sou juridies hoegenaamd geen effek kan hê nie omdat die relevante bedoeling dié een is wat bestaan by *sluiting* van die voorwaardelike regshandeling en nie by vervulling van die voorwaarde nie. Dit is die geval by enige handeling wat aan ’n opskortende voorwaarde onderworpe is. In sodanige geval het ons met voorwaardelike eiendomsomdrag te doen. Heeltemal anders is dit gesteld as eers by vervulling van die voorwaarde *brevi manu* gelewer word. Eiendomsreg is dan nog nie vroeër oorgedra nie. Dit geskied eers by vervulling van die voorwaarde en daarom moet daar op hierdie stadium wilsooreenstemming tussen die partye wees. *Traditio brevi manu* is, soos reeds gesê, immers ’n leweringsvorm. (Hierbo is reeds daarop gewys dat die regter se konstruksie van hierdie leweringsvorm nie aanvaarbaar is nie.) Dit wil dus voorkom of in hierdie saak nie duidelik tussen die twee leweringsvorms onderskei is nie. Eersyds is daar *traditio brevi manu* waar eers gelewer word as die voorwaarde vervul word. Andersyds het ons voorwaardelike eiendomsomdrag. Hier vind lewering reeds plaas by oorhandiging van die saak aan die verkryger, maar die gevolg van hierdie regshandeling tree eers in by vervulling van die voorwaarde. Die juridiese konstruksie van eiendomsvoorbehoud sal afhang van welke van hierdie leweringswyses aanvaar sal word. Dit geld ook by die huurkoopkontrak waarna die regter verwys. (’n Mens kan ook terloops daarop wys dat in die praktyk gewoonlik eers gelewer sal word as die koopkontrak reeds bestaan maar dat ’n geldige koopkontrak nie ’n vereiste is vir eiendomsomgang nie – sien die appèlhofuitspraak in *Trust Bank van Afrika Bpk v Western Bank Bpk* 1978 4 SA 281 (A).)

Die regter sê dan dat dieselfde gevolg bereik kon word langs die weg

wat in *Boland Bank v Joseph* 1977 2 SA 82 (D) gevolg is. Hiervolgens het die handelaar (N) en T deur die koopkontrak te sluit, beoog dat eiendomsreg op T sou oorgaan. Indien N by aangaan van die kontrak nie eiendomsreg gehad het nie maar 'n mindere reg dan het laasgenoemde reg op T oorgegaan. Ten tye van die aangaan van die koopkontrak tussen N en T het N teen D die reg gehad om deur betaling eienaar van die stropers te word. Hierdie reg het derhalwe in T gevestig en toe die betrokke bedrag aan D betaal is, het dit meegebring dat T eienaar geword het. Dit sal hierdie vonnisbespreking te ver voer om hierdie "reg om eienaar te word" behoorlik te ontleed. Ek wil dus nie hier daarop ingaan nie maar hoop om in 'n later bydrae daaraan aandag te gee.

Ten slotte moet nog net op 'n verskil tussen die onderhawige gewys word. In die *Boland Bank*-saak gewys word. By nie-voorwaardelike eiendomsoordrag moet na my mening albei elemente van traditio, naamlik die fisiese sowel as psigiese elemente of saaklike ooreenkoms, aanwesig wees wanneer eiendomsreg oorgaan. In casu het die hande-

laar (N) onderneem om eiendomsreg oor te dra op 'n stadium toe hy dit nog nie gehad het nie. Daarom moes hy nog altyd die bedoeling gehad het om eiendomsreg aan T oor te dra toe hy D betaal het omdat dit die tydstip was waarop die reg op T moes oorgaan. As dit nie die geval was nie sou dit beteken dat 'n mens aan 'n saaklike ooreenkoms "gebonde" sou wees. Dit is onaanvaarbaar omdat 'n saaklike ooreenkoms nie verbintenisskeppende werking het nie. In die onderhawige saak het N die bedoeling gehad om eiendomsreg aan T oor te dra toe hy die stropers aan hom verkoop het en daar is geen aanduiding dat N later nie meer sodanige bedoeling gehad het nie. Daarom kan daar geen beswaar wees dat T eienaar geword het nie. In die *Boland Bank*-saak daarenteen was daar aanduidings dat die handelaar toe die reg op die bank moes oorgaan nie meer die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra nie. Daarom is dit vir my twyfelagtig of die bank in daardie saak inderdaad eienaar geword het.

DSP CRONJÉ  
*Universiteit van Suid-Afrika*

### SAMENTE v MINISTER OF POLICE 1978 4 SA 632 (OK)

*Voogdy van 'n Swart minderjarige gebore uit 'n gebruikelike verbinding (die gewoonteregtelike huwelik van Swartes) – die nie-erkenning van inheemse gewoontereg in die gewone howe van Suid-Afrika*

Somtyds kan 'n saak wat jy reeds lank aanvoel het duidelik deur 'n vonnis in die praktyk bewys word.

Die gewone howe van Suid-Afrika is ingestel vir alle bevolkingsgroepe in die land, ook vir die Swartes, alhoewel spesiale howe ingestel is om siviele sake tussen Swartes onderling te bereg. Die nie-erkenning in die gewone howe van die inheemse gewoontereg, wat vir 'n groot deel van ons Swartes in verskillende mate nog lewende volksreg is, veroorsaak die vervanging daarvan deur gekunstelde juridiese konstruksies tot nadeel van die mense self.

Collen Samente, 'n Swart seun van 16 jaar, wil 'n eis instel vir R20 000 weens ernstige aanranding, onwettige arrestasie en kwaadwillige vervolging teen die Minister van Polisie en teen 'n konstabel. Omdat hy minderjarig is, gee sy vader as sy voog kennis van sy voorneme om aksie in te stel soos vereis deur artikel 32 van Wet 7 van 1958 in verband met aksies teen die staat. Daarna reik hy dagvaarding uit as vader en natuurlik voog van sy seun. Op 'n gevorderde stadium van die verligting word blykbaar ontdek dat Collen se ouers nie gemeenregtelik getroud is nie; hulle het alleen die ge-

woonteregtelike huwelik van Swartes, die sogenaamde gebruiklike verbinding gesluit. Soos later uiteengesit, moet Collen se vader nou deur Collen se moeder as eiser vervang word en aansoek word daarom gedoen.

Die aansoek word teengestaan deur die verweerders omdat die tydperke bepaal in artikel 32 van Wet 7 van 1958 reeds verstreke is, en die nuwe eiser nie daaraan kan voldoen nie. Die hof oorweeg die posisie sorgvuldig maar kom tot die gevolgtrekking dat "there can be no doubt that both actions had been those of Collen Samente from the very beginning" (636H); en dat Collen se vader hom alleen op foutiewe wyse probeer help het om die saak voor die hof te bring. Die feit dat die aansoek nodig was, en dat dit betwis is, illustreer een van die struikelblokke wat in hierdie verband op die weg van ons Swartes gelê word.

Die res van hierdie bespreking gaan oor wie die voog van Collen Samente is. Die vonnis illustreer duidelik die regsposisie in die inheemse gewoontereg en, in vergelyking daarmee, die konstruksie wat deur die positiewe reg in die gewone howe van ons land vereis word.

Die verklaring van Collen se moeder wat in die vonnis aangehaal word, gee die posisie in die inheemse gewoontereg. Sy is volgens die gewoontereg en met lobolo getroud en die huwelik bestaan nog. Haar man woon en werk in Oos-Londen maar besoek haar van tyd tot tyd op die plaas by Komga waar sy woon. Nadat Collen na bewering onregmatig en ernstig aangerand is, en gearresteer en aangekla is van diefstal, -

"... she reported the whole matter to her husband, who made all arrangements for Collen's defence. After his acquittal she and her husband discussed the prospects of the civil claims which were subsequently preferred on Collen's behalf, and as she regarded the husband as the head of the family, she left all the arrangements for the institution of such actions in his hands. She says as a customary wife she regarded such matters as falling entirely within the authority of her husband and did not consider it to

fall within her duties or rights to concern herself with such matters" (634 A-B).

Hier is dus 'n eenvoudige, natuurlike regsposisie, feitlik analoog aan ons gemene reg.

Hierteenoor word dan die posisie volgens ons positiewe reg in die gewone howe van ons land gestel:

"Subsequently, however, she was informed that, because of Collen Samente having been born of a customary union between herself and Silumka Samente, and not out of lawful wedlock, she, and not Silumka Samente, was Collen's natural guardian, and that she ought therefore to have instituted action on behalf of her son. In terms of s 11(3) of Act 38 of 1927, however, she is deemed to be a minor and her husband is deemed to be her guardian as long as she is 'living with her husband'. In law therefore she ought to have sued on behalf of her minor son assisted by Silumka Samente. She asks, therefore, for an order substituting herself as plaintiff in both actions assisted by Silumka Samente or, alternatively, if it be held in the circumstances that she is not 'living with her husband' within the meaning of s 11(3) of Act 38 of 1927, that she be substituted as plaintiff without any such assistance. In the further alternative she asks for Silumka Samente to be appointed as *curator ad litem* to Collen Samente in the actions already instituted. She is supported, both in the bringing of this application, and in the relief sought by Silumka Samente" (634 C-E).

Die hof aanvaar dat die gebruiklike verbinding (gewoonteregtelike huwelik) volgens ons gemene reg nie gelykgestel kan word met 'n regs-geldige huwelik nie, en dat die vader dus nie beskou kan word as natuurlike voog van die kinders wat uit so 'n verbinding gebore word nie. Die eenvoudigste uitweg word, ironies genoeg, gevolg: Silumka Samente word nou met terugwerkende krag as *curator ad litem* van sy seun aangestel.

Die volgende besware kan teen die konstruksie ingebring word wat in ons gewone howe benodig word:

1 'n Gekompliseerde, gekunstelde juridiese konstruksie word nodig om 'n eenvoudige, alledaagse regs-handeling te verrig.

2 Die konstruksie druis direk in teen die regsgevoel van die persone wat betrokke is.

3 Die konstruksie kan bepaald nie as juridies bevredigend, elegant of verfynd beskryf word nie.

4 Die verskillende alternatiewe dui daarop hoe onseker die posisie is. Dit werk dus regsonsekerheid in die hand.

5 Regsonsekerheid veroorsaak gewoonlik koste vir die partye by 'n geding, en sulke koste sal wel buite die vermoë van die meeste Swartes wees. In die geval van 'n minderjarige gebore uit 'n gebruikelike verbinding lyk dit die veiligste om sy vader as curator ad litem te laat aanstel voor aksie ingestel word. Dit word goed geïllustreer deur die feite in die saak van *Simayile v SA Mutual Fire and General Insurance Co Ltd* 1972 2 SA 487 (OK) (die feite in die offisiële verslag aangehaal is onvoldoende, maar prof AJ Kerr, in sy bespreking van die vonnis in 1973 *SALJ* 4-11, verskaf die ontbrekende feite). 'n Minderjarige, gebore uit 'n gebruikelike verbinding, wil 'n eis instel teen die versekeringsmaatskappy wat, ingevolge die Motorvoertuigassuransiewet, die motor wat hom ernstig beseer het, verseker het. Die maatskappy was bereid om 'n skikking te bespreek maar wou seker maak dat hulle met die regte persoon skik. Op hulle aandrang doen die vader dus aansoek om as curator ad litem aangestel te word, wat toegestaan word.

6 Dit moet ongetwyfeld vernederend wees vir ons Swartes om elke keer te besef dat in die gewone howe van ons land, wat net so goed vir hulle ingestel is as vir enige ander deel van ons bevolking, hulle lewende volksreg nie erken word nie, en hulle huwelik wat volgens JF Holleman

“in die inheemse maatskappy 'n ewe fundamentele onaantasbare en waardige

plek inneem as sy soortgenoot in ons eie en enige ander geordende samelewing” (“Bantohuwelik op die Kruispad” Januarie 1960 *Tydskrif vir Rasse-aangeleenthede* 82)

beskou word as 'n vorm van onwettige saamlewing.

Die probleem in verband met die erkenning van die inheemse gewoontereg is so oud as die administrasie deur verskillende regerings in Suid-Afrika van Swartmense. Dit het veral begin nadat groepe wat nog in stamverband gelewe het tussen 1830 en 1840 onder die beheer van blanke regerings gekom het. In alle dele van Suid-Afrika was steeds, in die gewone howe van die land en vir alle bevolkingsgroepe, die “law of the Colony” of “the law of the land” of “het recht van de Republiek” of “die Suid-Afrikaanse reg” die Westerse reg wat in Suid-Afrika uit die Romeins-Hollandse reg en die Engelse reg gegroei het. Dit was die gemene reg van Suid-Afrika.

Die inheemse gewoontereg is somtyds negeer maar daar is ook ernstige en eerlike pogings aangewend om dit te erken. Dit is gedoen deur 'n groot deel van veral siviele regspleging aan Swartes self oor te laat in hulle tradisionele howe; deur hulle reg as regsisteem, eers in spesiale gebiede deur spesiale howe, later landswyd in sulke howe wat alleen sake tussen Swartes onderling kan bereg, te erken. Dit is ook gedoen deur wetgewing wat dele van die reg in alle howe en ook administratief erken het. Maar die betekenis van die *Samente*-vonnis is duidelik: dat in hierdie moderne tyd, in 1978, die erkenning van die inheemse gewoontereg in ons gewone howe nog steeds nie behoorlik gereël is nie. In die besonder geld dit in verband met die gebruikelike verbinding, die tradisionele huwelik van Swartes, veral omdat dit potensieel en, alhoewel in steeds mindere mate, ook werklik poliginies is.

Die probleem het in die loop van die geskiedenis van ons regspleging al in heelwat verskillende vorms opgeduik. Die laaste keer toe dit sterk onder die



aandag gekom het, was in die bekende saak van *Santam v Fondo* 1960 2 SA 467 (A), wat gegaan het oor 'n probleem wat reeds in 1919 deur die appèlhof vir kommissarishowe behandel is in *Nggongqozi v Nyalambisa* (1919) 4 NAC 32, en die eerste keer deur die hooggeregshof in *Mokwena v Laub* 1931 WLD 55. Het 'n Swart vrou, getroud in 'n gebruikelike verbinding en deur haar man onderhou, 'n eis om skadevergoeding as die man onregmatig deur die skuld van 'n ander gedood word? Die kommissarishowe, wat statutêr 'n diskresie het om die inheemse gewoontereg te erken, het die eis toegelaat in sake tussen Swartes onderling. Die hooggeregshof, waar die saak verhoor moes word as die verweerder aan 'n ander bevolkingsgroep behoort, het die eis verwerp. Uiteindelik het die probleem in appèl van die hooggeregshof by die appèlhof gekom, wat ondubbelsinnig verklaar het dat so 'n vrou nie 'n geldige eis het nie. Die rede was dat sy nie volgens die gemene reg, die enigste regsisteme wat in die hooggeregshof toegepas kan word, geldig getroud was nie, en dat die gebruikelike verbinding veelwywery toelaat wat volgens die gemene reg as teen die openbare orde beskou word.

Die gevolg van hierdie beslissing, van die Swartes se oogpunt gesien, was dat die 1 181 030 Swart vroue wat volgens die 1960-sensus in 'n gebruikelike verbinding getroud was regsbeskerming ontsê is by die dood van hulle broodwinner. In die besonder het dit hulle die voordele van die Motorvoertuigassuransiewet ontsê ingeval van die dood van 'n broodwinner deur iemand anders se nalatige bestuur van 'n verkeerde motor.

Hierdie onregverdige behandeling, wat duidelik nie so bedoel was nie, is deur die wetgewer ingesien, en 'n ad hoc oplossing is gevind. Artikel 31 van Wet 76 van 1963 het die weduwee van die gebruikelike verbinding haar regsmiddel in alle howe gegee vir die onregmatige veroorsaking van die dood van haar man, en ook voorsiening gemaak vir die geval waar 'n man meer as

een vrou nalaat. Maar intussen het mev Fondo, wat die enigste vrou van haar man was en vanaf 1928 toe hulle getroud is met hom saamgeleef en deur hom onderhou is, haar eis verloor. Daar was geen onbehoorlikheid aan haar kant nie, niks wat indruis teen goeie sedes, staatsgedragslyn, natuurlike geregtigheid of wat ook al nie.

Te dikwels is die inheemse gewoontereg in die verlede beskou as 'n tydelike regstelsel waarvoor nie blywend voorsiening gemaak hoef te word nie. Wel is daar 'n duidelike oorgang na 'n Westerse leefwyse by die permanent verstedelike Swartes en by die boonste opvoedkundige laag, alhoewel selfs by hulle regsinstellings soos lobolo nog in gewysigde vorm geld. Maar in die tradisionele Swart gebiede, op die plase, op die platteland en ook onder tradisioneel georiënteerde groepe in die stad het volkekundige en sosiologiese studies aangetoon dat die inheemse gewoontereg nog die alledaagse lewe van vele miljoene mense in Suid-Afrika in verskillende mate reël. Na 150 jaar van Westerse bestuur en kontak is daar geen rede om aan te neem dat dit nou skielik sal verdwyn nie.

Dit lyk ook nie of enige toekomstige staatkundige bedeling die probleem sal laat verdwyn nie. Vele miljoene Swartes sal, wat ook al gebeur, in Suid-Afrika bly woon en werk. Dit is nie in tradisionele Swart gebiede waar gedinge van Swartes wat voor ons gewone howe moet dien, ontstaan nie. Met meer bewustheid van regseise wat hulle kan instel, met meer gebruik van motors en soortgelyke oorsake van eise, is dit waarskynlik dat eise in ons gewone howe sal toeneem.

Ek hoop dat ek die probleem geskets het waarvan die vonnis onder bespreking 'n simptoom is. Die oplossing van die probleem is nie voor-die-hand liggend nie. Toe ek die vonnis gelees het, was my eerste reaksie om as oplossing voor te stel dat 'n gewysigde artikel 11(1) van Wet 38 van 1927 gepasseer word, met moontlik die volgende bewoording:

“In alle siviele regsgedinge waarby enige kwessie van inheemse gewoontereg van Swartes betrokke is, mag enige hof na goeddunke sulke reg toepas, met dien verstande dat sulke gewoontereg nie in stryd is met openbare beleid of natuurlike geregtigheid nie.”

Artikel 11(1) se bedoeling is soos volg deur ons appèlhof beskryf in *Ex parte the Minister of Native Affairs in re Yako v Beyi* 1948 1 SA 388 (A) 397, en dit is presies die doel wat ek ook graag in ons gewone howe verwerklik wil sien:

“... Parliament, in enacting sec. 11(1) appears to have used a device which may have been expected to permit of some elasticity and provide scope for development, so as to achieve the primary desideratum of an equitable decision between the parties without laying down any hard and fast rule as to the system of law to be used to attain that end” (my kursivering).

Dat so 'n artikel redelik ingrypend sou wees vir die dogmatiese juris het my nie onnodig gehinder nie. In 1979 sal almal van ons seker na heelwat gevestigde instellings onbevange en krities moet kyk, en as ons oortuig is dat dit moet verander, sal ons ingrypende veranderings moet maak.

Maar nadat ek die bespreking van prof Kahn van *In re Estate Gosben* 1960 2 SA 174 (“Recognition of Foreign Polygamous Unions” 1960 SALJ 276) gelees het, is ek nie seker dat so 'n artikel nie ook die pad “for a plethora of pretty problems pertaining to polygamy” baan of “a pretty crop of problems” saai nie (277).

Sonder om die probleme te herhaal, lyk dit vir my dat die gevaar bestaan

dat 'n algemene bepaling soos bogenoemde regsonsekerheid en verwarring sal skep, ook vir ons Swartes, in die plek van die verlangde sekerheid. Aan die ander kant, om net ad hoc statutêre voorsiening te maak vir die voogdy van 'n minderjarige gebore uit 'n gebruikelike verbinding lyk ook onbevredigend. Ons kan dan maar weer wag vir die volgende nadelige gevolg van die nie-erkenning van lewendige reg van ons Swartes wat wel een of ander tyd sal opduik. Hulle bly op regsgebied vreemde delinge in Suid-Afrika.

'n Ander oplossing wil ek noem. Daar is heelwat probleme in verband met die reg soos dit Swartes raak wat statutêr aandag moet kry, wat nie gaan oor kontensieuse beleid nie, maar oor goeie reg. Hierdie probleme sal nie opgelos word deur enige nuwe staatkundige bedeling nie. Ek dink hier aan huweliksreg, aan erfreg, aan vryheid van beweging en die beperkings daarop, aan grondereg en soveel ander regskwessies. Is die tyd nie ryp nie dat 'n spesiale afdeling van die Suid-Afrikaanse Regskommissie geskep word waarop Swart juriste ook verteenwoordig is om aandag te gee aan sulke probleme? Bophutatswana het reeds sy eie Regskommissie, en as dit die wens van die nuwe onafhanklike Swart state is, kan hulle met so 'n kommissie skakel. Die probleem, in hierdie bespreking genoem, kan ook daar behoorlik uitgepluis en opgelos word.

REEP VERLOREN  
VAN THEMAAT  
*Universiteit van Port Elizabeth*

# Boeke

## THE NEWSPAPERMAN'S GUIDE TO THE LAW

deur KW STUART

*Tweede uitgawe; Butterworth & Kie, Durban 1977; xxii en 303 bl;  
prys R27,50 (hardeband), R19,50 (sagteband)*

Hierdie boek is in sy huidige vorm die eerste losstaande, omvattende werk in Engels oor die persreg wat in Suid-Afrika gepubliseer is. Daarin behandel die skrywer 'n groot verskeidenheid wetteregtelike voorskrifte wat regstreeks vir die joernalis van belang is. Die werk is wat dit betref, besonder volledig. Die skrywer gee ook aandag aan bepaalde gemeenregtelike beginsels, voorskrifte en leerstukke waarvan die koerantman kennis moet dra, byvoorbeeld laster, iniuria en minagting van die hof. Daarbenewens bevat die boek 'n beskrywing van bepaalde "para"-juridiese instellings of verhoudings wat hier van praktiese belang is: die Persraad, die verhouding polisie en pers, en die Suid-Afrikaanse liggaam wat hom beywer vir behoorlike advertensie-maatstawwe.

Oor die sistematiek by die skrywer se stofindeling kan daar wel verskil van mening wees. Dit lyk 'n bietjie eienaardig om 'n hoofstuk oor hofverslaggewing te hê naas 'n hoofstuk oor minagting van die hof. Die twee onderwerpe staan tog in regstreekse verband met mekaar. Die hoofstuk oor "Matters which may not be published" naas 'n hele reeks hoofstukke wat almal ook per slot van rekening handel oor beperkinge op vrye publikasie, lyk ook ietwat eienaardig. Die werk is egter kompilatories van aard en prakties gerig, eerder as 'n poging tot weten-

skaplike sistematisering. Bowendien loop die regsvoorskrifte wat vir die pers van belang is so wyd uiteen dat daar van 'n volkome bevredigende sistematiek nouliks sprake is.

Die boek is 'n nuttige naslaanwerk vir die koerantman, regspraktisyn en regstudent wat "ja"- of "nee"-antwoorde op 'n bepaalde praktiese vraag dringend benodig. Dit was dan ook klaarblyklik die skrywer se primêre oogmerk. Die skrywer lewer wel soms kommentaar de lege ferenda oor omstrede of onsekere aspekte, maar trag in die eerste plek om die geldende reg te beskryf. Tog sou dit na my beskeie mening die waarde van die werk verhoog het as die skrywer hom ook uitgelaat het oor belangrike aangeleenthede soos die vryheid van die pers as idiële begrip, en in besonder oor die vraag of ons te lande waarlik so 'n netwerk van beheermaatreëls oor wat gepubliseer mag word en wat nie, behoef. Vergelyk 'n mens die regsposisie in ander (toonaangewende en ordelike) lande wat die Westerse kultuurtradisie deel, is dit moeilik om die gevolgtrekking te vermy dat ons lankal reeds die punt van aanvaarbare persbeheer wat met onbevangende persvryheid te versoen is, verbygegaan het. En nuwe verboddinge kom jaar na jaar by met byna meedoënlose reëlmaat.

Een van die aangeleenthede waarvoor

die skrywer hom wel in besonderhede krities uitlaat, is die vertolking en uitwerking van die beswarende artikel 44(1)(f) van die Wet op Gevangenis 8 van 1959. Die skrywer se kritiek (par 153 ev) op die uitspraak in *S v South African Associated Newspapers Ltd* 1970 1 SA 469 (W) is weloorwoë en deeglik verantwoord. Tereg wys hy daarop (par 157) dat "since the conclusion of the . . . case no editor will ever publish matter concerning the experience in prison of a prisoner or ex-prisoner or the administration of a prison unless he is satisfied that the truth of what he publishes can be proved in court. Even then he must have grave doubts as he still runs the risk that the judicial officer will take a different view . . ." Die gevolg is dat dit hoogs riskant vir 'n nuusblad is om *enigiets* oor 'n gevangene of gevangenis te publiseer tensy dit vooraf deur die kommissaris van gevangenisse goedgekeur is. Dit is dan ook inderdaad die praktiese uitwerking van die subartikel. Dié toedrag van sake is waarlik betreuenswaardig. Gevangenes verkeer agter mure en ons gevangenisowerheid behoort net soos enige ander staatsdepartement steeds bloot te staan aan die volle "gluur" van onafhanklike publisiteit. As daar deur die pers gesondig word, moet dit eerder by wyse van oordrewe kritiek as by wyse van oordrewe gunstige verslaggewing wees. Die reg behoort wat publisiteit betref, die belange van die gevangene minstens net so sterk as die belange van die gevangenisowerheid te beklemtoon.

Geen enkele maatreël het te lande die vryheid om te publiseer meer regstreeks beïnvloed as die Wet op Publikasies van 1974 nie. Ek vind dit derhalwe enigszins jammer dat die skrywer 'n skamele twee of drie bladsye daaraan wy. Daar moet egter toegegee word dat die titel van die boek nie voorgee om iets meer te wees as 'n gids vir die *koerantman* nie, en die wet is grotendeels nie van toepassing op nuusblaai wat lede van die Suid-Afrikaanse Persunie is nie. Maar ons het reeds telkemale ministeriële waarskuwings verneem dat as die pers "nie sy huis in orde bring" nie, die

wetgewer kapabel is en maak dit so van toepassing. Mag dit nooit gebeur nie!

Ofskoon die boek inhoudelik besonder volledig is, mis 'n mens tog hier en daar sekere gegewens of sieninge. By sy behandeling van die bestanddele van laster (par 37 ev) maak die skrywer byvoorbeeld geen melding van die onregmatigheidsvereiste nie, wat juis so beklemtoon word deur ander skrywers as onontbeerlik vir 'n dieper begrip van laster en die verwer teen 'n lasteraksie. Die behandeling van animus iniuriandi is ook maar dun. Die skrywer roep McKerron te rade (par 72) vir die stelling dat selfs 'n nie-handeldrywende regs persoon vanweë laster kan eis, maar hy maak geen gewag van ander standpunte nie. (Sedert publikasie van die boek was die kwessie van die persoonlikheidsregte van die universitas natuurlik die onderwerp van die besonder diepgaande en – met eerbied gesê – hoogs bevredigende uitspraak van regter Mostert in *Tommie Meyer Films (Edms) Bpk v Universiteit van Pretoria* 1977 4 SA 376 (T).) Die skrywer verwys nie by sy behandeling van absolute privilegie na die voorskrifte van artikel 68 van die Transvaalse Ordonnansie op Plaaslike Bestuur (Administrasie en Verkiegings) 40 van 1960 nie – 'n voorskrif waarvan die regsgeldigheid reeds deur ander skrywers bevraagteken is.

Nêrens in die boek kon ek 'n verwysing aantref nie na artikel 66A van die Wet op Geestesgesondheid 18 van 1973 (ingevoeg in die wet deur Wet 48 van 1976, a 2). Ofskoon die artikel nie van toepassing is op nuusblaai wat lede van die Suid-Afrikaanse Persunie is nie, is dit tog van groot belang vir uitgewers. In verband met "minagting" behoort die skrywer darem ook by sy bespreking in par 233 melding te maak het van artikel 37A van die Wet op Publikasies 1974 (ingevoeg in die wet deur Wet 79 van 1977, a 19) wat wel ook op alle nuusblaai van toepassing is. In hoofstuk 14 kon die skrywer ook volledigheidshalwe verwys het na artikel 42B van die Wet op Publikasies (ingevoeg deur Wet 79 van

1977, a 20) selfs al is die artikel nie op Persunie-nuusblaaië van toepassing nie.

In verband met privaatheidskending sou die leser graag wou verneem welke standpunt die skrywer huldig betreffende die bestaansreg van die sogenaamde "troubreuk" of "skending van vertroue" (waarna ook verwys word in die Wet op Outeursreg 63 van 1965 a 44(3) en a 41(3) van die nuwe wet 98 van 1978) - 'n vraag waaroor ander skrywers hul reeds uitgelaat het. Terloops, ek mis 'n verwysing in die skrywer se werk na die uitmuntende proefskrif van J Neethling oor *Die Reg op Privaatheid* (1976).

In verband met die Wet op Onbetaamlike of Onwelvoeglike Fotografiese Materiaal 37 van 1967 gee die skrywer te kenne (par 18) dat "fotografiese materiaal" ook reproduksies van foto's insluit. Die skrywer kon in hierdie verband verwys het na *S v H* 1974 3 SA 405 (T), maar behoort volledigheidshalwe ook te verwys het na *S v Smith* 1973 3 SA 945 (O), waarin beslis is dat die aangehaalde sinsnede nie fotostatiese reproduksies insluit nie.

By sy behandeling van belediging van die staatspresident (par 140) verwys die skrywer na die strafbepaling vervat in die Grondwet, maar meld nie die betrokke artikel (a 13) nie.

In verband met die registrasie van nuusblaaië (hoofstuk I) kon die skrywer ook nog verwys het na registrasie vir doeleindes van die Poswet 44 van 1958, en in besonder na die vereistes vir 'n nuusblad gestel in die regulasies kragtens dié wet.

Ex abundanti behoort die skrywer dit by sy behandeling van beriggewing afkomstig uit die buiteland oor aangeleenthede rakende verdedigingsaangeleenthede (par 305) duidelik te gestel het dat die "voorskrifte" wat hy meld, nie deur die Verdedigingswet self daargestel is nie, maar vasgelê is in die ooreenkoms tussen die minister van verdediging en die Persunie.

By 'n bespreking van die Wet op

Terrorisme en in besonder die vraag welke soort uitlatings op 'n oortreding van dié wet kan neerkom (par 314), lyk vermelding van *S v French-Beytack* 1972 3 SA 430 (A) vir my onontbeerlik.

Betreffende die publikasie van foto's van aangehoudenes of gevangenes behoort die skrywer volledigheidshalwe ook melding te maak het van die besondere blanko bevoegdheid tot magtiging, voorbehou vir die kommissaris van polisie deur artikel 6(5) van die Polisiewet.

In verband met die voorskrifte van die Strafproseswet oor in camera-verhoor skep die skrywer se bespreking in par 263 die indruk dat artikel 153(2) van die wet van toepassing is op getuies anders as die klaer in 'n strafszaak. Die artikel verwys egter algemeen na "iemand" wat getuig en dit sluit bepaald ook die klaer in. (Die skrywer meld nietemin in par 265 dat a 153 en 154 die beskerming van die klaer beoog.) Dit is nogal 'n interessante vraag of 'n kliënt van 'n bordeel wat getuig, "leed" aangedoen kan word soos bedoel deur artikel 153(2) as hy getuig, en of die hof kan gelas dat die verhoor agter geslote deure plaasvind en die getuie se identiteit nie geopenbaar word nie. Die skrywer bespreek egter nie dié vraag nie.

Oor twee belangrike kwessies wat volledig deur die skrywer behandel word, wil ek eerbiediglik met hom swaarde kruis. Die eerste hiervan staan in verband met die vraag vanaf welke tydstip 'n saak sub iudice is en 'n koerant bygevolg verhinder sou wees om feitlike gegewens of kommentaar dienaangaande te publiseer (of die uitgewer andersins blootgestel sou wees aan 'n aanklag van minagting van die hof). Die tweede is die vraag vanaf welke tydstip 'n nuusblad gegewens mag publiseer oor 'n saak wat voor 'n hof dien; dit gaan hier om 'n beroep deur die uitgewer op relatiewe privilegie.

Wat die sub iudice-beginsel betref, tree die skrywer (par 207 ev) tevoor-

skyn as 'n sterk voorstander van die opvatting dat minagting van die hof gepleeg word nie net waar die lis reeds dienende ("pending") is nie, maar ook waar dit voor-die-deur-staande ("imminent") is, dit wil sê waar dit redelikerwyse seker is dat verrigtinge ingestel sal word binne so 'n kort tydperk dat die gepubliseerde gegewens die verhoor mag beïnvloed. Die skrywer beroep hom onder meer op *Afrikaanse Pers-Publikasie (Edms) Bpk v Mbeki* 1964 4 SA 618 (A) as gesag vir sy stelling dat waar "publication takes place before any step is taken which can be regarded as the beginning of a lawsuit, the conduct should be charged as an attempt to defeat or obstruct the course of justice . . ." Hiermee het ek vrede, maar die praktiese voorbeeld wat die skrywer in par 212 gee, is allermens oortuigend. Hy stel naamlik die hipotetiese geval van 'n vermeende misdadiger wat om middag in hegtenis geneem word. Nou vind die skrywer dit onaanneemlik dat 'n oggendblad wat gegewens ter sake dienend tot die misdaad gepubliseer het, vry mag uitgaan, terwyl 'n middagblad wat dieselfde feite publiseer ná inhegtenisneming, aan minagting skuldig is. Die skrywer se betoog is egter net aanvaarbaar (vanuit die gesigspunt van stremming van die regspleging, en nie minagting van die hof nie) indien daar in die voormiddag werklik redelike gronde was om aan te neem dat inhegtenisneming onmiddellik te verwagte was. Uit die blote feit van die inhegtenisneming wat wel geskied het, kan so 'n afleiding nie gemaak word nie. Die polisie mag meen dat hul warm op die spoor is en mag dié vermoede aan koerantmanne meedeel. Dit is egter nie 'n ongewone gebeurte nie dat die polisie te goeder trou verklaar dat hulle warm op die spoor van 'n misdadiger is, maar dat daar tog 'n geruime tyd verloop alvorens inhegtenisneming plaasvind, of dat die misdadiger nooit opgespoor word nie. Wat die strafreg betref, mag dit moeilik wees om so 'n "imminence" te bewys; in die siviele prosesreg sal dit bepaald makliker gaan. (Terloops, wat die aanvang van

strafverrigtinge betref, verwys die skrywer in par 208 onder meer nog na 'n waarskuwing om te verskyn. Feit is egter dat hierdie prosedure met die inwerkingtreding van die 1977-Strafproseswet verval het; a 38 stel nou skriftelike kennisgewing as onontbeerlike voorvereiste.)

Vir sover dit die relatiewe privilegie betreffende beriggewing oor hofgedinge betref, stel die skrywer hom op die standpunt (par 276 ev) dat wat pleitstukke en ander dokumente betref, 'n nuusblad daaruit mag aanhaal eers wanneer 'n raadsman vir enige van die gedingvoerende partye die regter daarna verwys het "and as each document is used, referred to or dealt with its contents". Blote roep van die saak in die ope hof is volgens die skrywer nie voldoende nie. Die skrywer beroep hom in besonder op *Kingswell v Robinson* 1913 WLD 129 en *Kavanagh v Argus Printing Co* 1939 WLD 284. Met alle eerbied gesê, is die skrywer se siening te eng en nie te rym met die eise van die werklikheid nie. 'n Mens kan dadelik vra: Wat is die situasie wanneer die advokaat van 'n applikant in 'n onverdedigde siviele aansoek bloot opstaan en vir die aangevraagde bevel vra met die stelling dat die stukke in orde is? En wat is die situasie wanneer in 'n verdedigde aansoek waar die pleitstukke en/of dokumente (bv eedsverklarings) honderde bladsye beslaan en die raadsmanne in die loop van hul betoë glad nie na sekere stukke verwys nie? Mag 'n nuusblad in hierdie situasies nou nie uit die dokumente waarna nie spesifiek verwys is, aanhaal nie? Myns insiens is die juiste en realistiese standpunt dat dit heeltemal voldoende is vir die werking van die privilegie indien die saak vir verhoor in die ope hof geroep is, mits die voorsittende beampte in besit gestel is van die klagstaat (dagvaarding of akte van beskuldiging) in 'n strafsak, of van die pleitstukke of eedsverklarings in 'n siviele geding. (In die geval van 'n siviele geding wat by wyse van mosie verrigtinge voor die hof is, stel die kennisgewing van mosie en die eedsverklarings ingehandig deur

die onderskeie partye, vóór die aanvang van die verhoor, mi "documents . . . which have been used in the course of the proceedings . . ." daar, om die woorde gebruik deur die regter in *Transvaal Chronicle v Roberts* 1915 TPD 188 aan te haal.) Ek wil my siening graag verder motiveer op grond van die bogemelde drie gewysdes:

In *Kingswell* se saak het ene S 'n brief aan ene M geskryf waarin lasterlike bewerings aangaande die eiser, Kingswell, gemaak is. M gee die brief aan Kingswell wat sy prokureurs opdrag gee om 'n private strafregtelike vervolging vanweë laster teen S aanhangig te maak. Gegronde op 'n eedsverklaring gemaak deur ene N word 'n lasbrief uitgereik vir S se inhegtenisneming en S word dan ook in hegtenis geneem. Op dieselfde dag verskyn Kingswell se prokureur in die hof, verduidelik kortliks die aard van die aanklag en doen aansoek om uitstel, met die onderneming om onverwyld die dagvaarding waarop die verhoor dan sal voortgaan, te laat beteken. Dagvaarding word die volgende dag beteken en 'n afskrif van die brief daarby aangeheg. Twee dae later daag S se prokureur in die landdros se private kantoor op en doen aansoek om vermindering van borg. Daar is geen verwysing na die gewraakte brief nie en die oorkonde is blykbaar nie voor die landdros nie. 'n Afskrif van die brief word later aan 'n verslaggewer van die *Rand Daily Mail* gegee deur iemand in die prokureur se kantoor, en die brief word gepubliseer.

Van belang is dat S in hierdie geval nog nie voor die hof op die aanklag verskyn het nie, die aanklag is nie aan hom voorgelees nie en hy is nie versoek om te pleit nie. Die landdros was blykbaar nie in besit van die klagstaat nie. Uit die uitspraak is dit duidelik dat die hof 'n ander beskouing sou gehuldig het indien S inderdaad op verhoor was op die lasterklag.

In die saak van *Transvaal Chronicle*, weer, was die feite soos volg: 'n Vrou verkry op aansoek 'n voorlopige hofbevel teen haar egeenoot vir onder-

houd. Laasgenoemde liasseer 'n beantwoordende eedsverklaring en op die dag voor die keerdatum gee die vrou kennis aan die griffier dat sy haar aansoek terugtrek. Op die keerdatum word die saak nie in die ope hof geroep nie, maar ná verdaging van die hof verkry 'n verslaggewer van die griffier die stukke in verband met die aansoek. 'n Verslag oor die man se eedsverklaring (wat grof lasterlik is betreffende die vrou) word in die nuusblad gepubliseer.

Die hof beslis dat die verslag nie geprivilegieerd is nie. Die regter volg *Kingswell* en beslis dat "what has not transpired in open court cannot be considered to be privileged". Daaraan voeg hy toe: "There is, of course, the exception in the case of documents which have not been actually read, but to which counsel have referred, OR which have been used in the course of the proceedings, and which are necessary for a proper understanding of the case . . ." (my hoofletters en kursivering).

Dit is uit hierdie uitspraak duidelik dat indien die vrou haar aansoek nie teruggetrek het nie en die saak in die ope hof geroep is op die keerdatum, die posisie wesenlik verskillend sou wees. Regter Bristowe maak die volgende opmerking:

"It is no doubt of the highest importance that the proceedings of the courts of justice should be accessible to the public, not only by virtue of their right to be present in court while the proceedings are taking place, but also of their right to read fair and proper reports of such proceedings in the newspapers. But it is a very different thing to say that a newspaper reporter has a right of access to any of the records of the Court where the matter has not come before the Court at all. The reporter ought to be in Court and to know what occurs there, and all particulars appearing on the record which may be necessary to explain what actually occurs in the Court he is at liberty to report. But where a matter has never been brought into court at all, it seems to me undesirable and not in the public interest that he should be at liberty to publish affidavits which have never been used, and which, under the

circumstances, could not have been used" (my kursivering).

In die *Kavanagh*-saak het die eiser, Kavanagh, voor 'n straflanddroos verskyn en sonder dat enige getuie nis aangehoor is of enige aanklag voorgelees is, is die saak uitgestel. Dit blyk dat toe die aanklaer om uitstel aansoek gedoen het, hy aan die landdroos 'n klagstaat oorhandig het wat onder meer besonderhede van die eiser se naam en beroep bevat het, asook die bewering dat hy van bedrog aangekla word. In plaas van die plek in die vorm waar besonderhede van die aanklag gewoonlik ingevul word, was daar 'n verwysing na besonderhede in 'n bylaag "which forms part of this charge". Die aangehegte bylaag was 'n getikte vorm geskik vir bedrog-aanklagte en dit het besonderhede bevat wat ooreengestem het met die gewens later gepubliseer deur die verweerder aangaande die aanklag. Wat gebeur het, is dat die aanklaer die landdroos van die eiser se naam verwittig het en toe aan die landdroos die klagstaat met bylaag gegee het, *sonder om op enige wyse kommentaar daarop te lewer of om te poog om dit te beskryf of saam te vat*. Die landdroos moes homself tevrede stel dat daar 'n aanklag was teen die persoon wat voorgebring is, en ten einde die saak uit te stel, was dit vir hom nodig om hom te vergewis van die aanklag soos geformuleer. *Geen mondelinge verwysing is gemaak betreffende die inhoud van die dokument nie*, maar 'n verslaggewer wat teenwoordig was, en wat gehoor het dat die landdroos uitstel verleen, het insae verkry in die klagstaat en het dit saamgevat in die vorm van 'n verslag wat toe in die koerant deur hom verteenwoordig, gepubliseer is.

Die hof beslis dat die verslag geprivilegieerd was. R Millin verklaar soos volg:

"I have heard argument as to whether the setting out of the charge as done in this report is covered by the privilege of publishing a fair report of judicial proceedings, seeing that nothing was actually said in Court about the charge, but the charge was merely handed to the magistrate for his information. I have

been referred to the case of *Kingswell v Robinson* (1913, WLD 129) where this subject is very fully dealt with. In *Kingswell's* case, a defamatory publication had been made which was an annexure to a summons in a private prosecution for criminal libel. But the difference between that case and this is that in the judicial proceedings there being reported the summons with its annexure was never placed before the magistrate. Those judicial proceedings were simply an application in the magistrate's chambers for the reduction of bail. It appears from the report that the contents of the letter were neither read in Court nor seen by the magistrate. The learned Judge says, at pages 147 and 148, 'Nor does the argument avail the plaintiff that the summons, and therefore, the letter, must be taken to have been referred to or dealt with by the Court on the application for the reduction of bail. There is no report of that application, whilst the evidence of Mr Ford shows that the letter was not referred to, that no records were in Court, and that apparently, whilst the application was refused, an agreement was made that £75 bail in cash might be accepted in certain circumstances.' It appears quite clearly (in *Kingswell's* case) that on neither occasion when Stanley was before the Court was the letter either read or in any way taken as read or seen by the magistrate. In the present case it was necessary that the magistrate should be informed of the charge and he actually did see the charge because it was handed to him. I must presume it was handed to him for his information and he perused it before making the order asked. It was handed to him for that purpose at any rate. I cannot escape from the conclusion that Mr Price is right when he says that if the contents of the document are not deemed to be part of the proceedings in Court when handed to the magistrate for his information then it is a secret document, a secret communication between the prosecutor and the magistrate, a view which need only be stated to be rejected. *It seems to me that the handing up of the document was tantamount to reading it*. To use an expression from *Kingswell's* case, it was taken as read. Therefore, anyone reporting the case, the actual proceedings in Court, was entitled to incorporate in his report the contents of this document, namely, the charge and the particulars of the charge



handed to the magistrate. On this view no fault is to be found in the summary of facts as it appears in this report and the defendant has made out its case in respect of the first libel complained of" (my kursivering).

Met alle eerbied gesê: vir sover gevolgtrekkings uit die aangehaalde gewysdes gemaak kan word, steun hulle nie mnr Stuart se eng siening nie. In iedere geval is persvryheid so 'n belangrike waarde en het die publiek so 'n wesenlike belang by die verrigtinge van die hof wat die begrip "hofverrigting" eerder wyd as eng uitgelê moet word.

Daar is enkele verdere aspekte van die skrywer se behandeling van minagting van die hof waarop kritiek gelewer kan word:

Die skrywer gee (in par 279) onder meer te kenne – as ek hom reg verstaan – dat waar in die ope hof verwys is na pleitstukke wat in 'n interlokutêre aansoek in die hooggeregshof gebruik word, en "the contents of such a document are seditious or immoral . . . then publication of such contents may amount both to contempt of court and (where the matter is defamatory) to defamation bereft of the defence of qualified privilege." Hy verstrek geen gesag vir hierdie stelling nie en dit kan tog nie juis wees nie. Op watter moontlike grond kan woordgetroue publikasie van getuïenis aangevoer in 'n hof, hetsy mondeling of dokumentêr – hoe sedisieus of onsedelik of lasterlik dit ook al mag wees – op minagting van die hof neerkom? En wat laster betref, is die privilegie juis bedoel om die publikasie van prima facie lasterlike bewerings gemaak in hofgedinge te beskerm.

Wat wel juis is, is die skrywer se stelling in dieselfde paragraaf (279) dat "if publication is prohibited . . . by order of the presiding judge, then publication may amount . . . to contempt of court". Die vraag is egter of 'n regter oor 'n inherente, blanko bevoegdheid beskik om publikasie te verbied – of is hy gebonde aan die bevoegdhede omskryf deur statuut? Hieroor

laat die skrywer hom ongelukkig nie uit nie (behalwe vir die algemene stelling deur hom gemaak in par 242, waarvoor hy egter geen gesag aanhaal nie). Die skrywer se stelling dat "if publication is prohibited by statute . . . then publication . . . may amount . . . to contempt of court", moet ook bevraagteken word. Daar is talle statutêre verbodinge op publikasie van bepaalde soorte stof of inligting. Neem byvoorbeeld die verbodinge wat die skrywer in hoofstuk 14 behandel. Ek kan nie dink dat oortreding van een enkele van hierdie verbodinge sonder meer op *minagting van die hof* kan neerkom nie; wel kom oortreding neer op die misdryf geskep deur elk van die betrokke wette.

Die skrywer se opmerkings oor die reg van koerantmanne om self ondersoek in te stel na en besonderhede te publiseer oor misdadige bedrywighede wat nog nie die voorwerp van 'n geding of 'n voor-die-deur-staande geding is nie, lyk vir my oordrewe versigtig. In par 218 verklaar die skrywer dat die openbare belang ten beste gedien kan word indien sulke feite aan die polisie meegedeel word en nie sonder meer gepubliseer word nie. Daaraan voeg hy toe: "But if the authorities seem to be uninterested, as sometimes happens, then certainly where no proceedings have been commenced, the newspaper should publish." Na my mening behoort daar geen beswaar te wees vir 'n nuusblad om berigte oor misdadige bedrywighede wat sy verslaggewers opgespoor het, te plaas nie, of die owerhede nou ook al daarin belangstel of nie – mits die koerant oor die volgende drie punte sekerheid het: (i) dat die feite juis is; (ii) dat publikasie in die openbare belang is; en (iii) dat 'n strafgeding nie reeds begin of onmiddellik voor die deur staan nie. Vanselfsprekend getuig dit egter van goeie burgerskap as die koerant vooraf sy feite en voorneme om te publiseer aan die polisie meedeel.

In par 219 verklaar die skrywer in hierdie verband: "If judicial proceed-

ings have not been commenced and if the publication will not be defamatory, the public interest will often be served by the immediate publication of such information in a newspaper" (my kursivering). Die gekursiveerde sinsnede moet egter gekwalifiseer word. Selfs al is die feite prima facie lasterlik mag publikasie tot die voordeel van die publiek wees, en sal publikasie in so 'n geval derhalwe nie tot aanspreeklikheid vanweë laster kan lei nie. Om 'n enkele

voorbeeld te gee: 'n Koerantman ontdek onomstootlike bewys dat mnr X wederregtelik groot bedrae geld die land uitstuur in stryd met geldmiddelevoorskrifte. Wat is daar regtens om die koerant te verhinder om hierdie feite wêreldkundig te maak - met identifisering van X, indien die redakteur oortuig is dat hy die bewys sal kan lewer?

SA STRAUSS  
*Universiteit van Suid-Afrika*

## THE THEFT OF MONEY IN SOUTH AFRICAN LAW

deur MM LOUBSER

*Annale van die Universiteit van Stellenbosch; 1978; 195 bl; prys R3,20*

Hierdie boek is die publikasie van die skrywer se suksesvolle proefskrif vir die graad D Phil aan die Universiteit van Oxford. Die Universiteit van Stellenbosch moet bedank word vir die feit dat hulle die publikasie van hierdie waardevolle regsnavorsing moontlik gemaak het.

Die beginsels betreffende die diefstal van geld was nog altyd in ons reg omstrede. In die geval van diefstal van identifiseerbare muntstukke of note kan die gewone beginsels van diefstal soms nog sonder moeite toegepas word. In ons moderne samelewing speel geld, nie net in die gedaante van note en muntstukke nie, maar ook in die vorm van krediet, 'n baie belangriker rol as in die antieke samelewing of selfs die samelewing waarin ons gemeenregtelike skrywers geleef het. Die gewone beginsels van diefstal soos dit ontstaan het in die Romeinse reg kan nie sonder aanpassing geld by sommige gevalle van die toe-eiening van 'n abstrakte som geld wat ons vandag as diefstal brandmerk nie. Die beginsels van diefstal wat aangepas moet word (of dalk reeds al aangepas is), is onder andere die beginsel dat slegs 'n roerende liggaamlike saak gesteel kan word, asook die reël dat toestemming deur die reghebbende

tot die contrectatio die wederregtelikheid uitsluit. Die skrywer toon oortuigend aan dat by die diefstal van geld vandag die aangetaste of beskermdede belang nie altyd slegs eiendomsreg of besit op 'n roerende liggaamlike saak is nie, maar soms 'n blote persoonlike reg op 'n som geld. Die vraag betreffende die toestemming van die reghebbende word in detail bespreek onder die hoof "unlawfulness".

Ons howe het al meermale erken dat by die diefstal van geld soms besondere reëls geld wat nie van toepassing is op ander vorms van diefstal nie. Nietemin het ons howe maar nog selde 'n poging aangewend om hierdie besondere reëls logies en wetenskaplik te ondersoek en te analiseer. Dit is die verdienste van hierdie boek dat die skrywer uitmuntend daarin slaag om hierdie reëls na te vors, te onderwerp aan 'n kritiese analise, hulle in verband te bring met mekaar en met ander toepaslike reëls van die sake- en kontraktereg, en om, waar nodig, met 'n eie gefundeerde siening van die beginsels vorendag te kom. Daar word gewys op die losse uitdrukings wat soms in verband met hierdie onderwerp deur ons howe gebruik word (soos "special property and interest", en "theft of a sum of money,

the property or in the lawful possession of a principal"). Elke beslissing wat ter sprake kom, word onderwerp aan 'n deeglike evaluering, en dikwels verskil die skrywer van òf die slotsom in die uitspraak, òf die beginsel wat toegepas is. Mens kry nooit die indruk dat die groot hoeveelheid uitsprake maar net ter wille van volledigheid die een na die ander genoem en bespreek word nie. Die skrywer is voortdurend op soek na 'n onderliggende beginsel wat uit die uitsprake afgelei kan word. Die skrywer verdien lof vir die wyse waarop hy die massa oënskynlik ineengestremgelde materiaal logies georden het, met die minimum oorvleueling tussen die verskillende onderafdelings. Die enigste punt van kritiek wat ingebring kan word teen die indeling van die stof is die feit dat die skrywer die opsetelement behandel voor die wederregtelikeheidselement. Die logiese volgorde is juis andersom. Die vraag na die opset van die dader kom eers ter sprake nadat dit vasstaan dat die handeling wederregtelik was.

Sommige belangrike afleidings wat die skrywer maak, is die volgende: (a) by diefstal van geld moet die objek van die diefstal eenvoudig gesien word as 'n som geld, dit wil sê 'n onliggaamlike eenheid wat die intrinsieke waarde of koopkrag verteenwoordig wat as 'n som monetêre eenhede gekwantifiseer is (bl 56); (b) diefstal deur middel van valse voorwendsels behoort nie meer deel van die Suid-Afrikaanse reg te wees nie, hoofsaaklik omdat dit altyd met bedrog oorvleuel (bl 98); (c) in gevalle van diefstal van geld deur 'n persoon wat die beheer oor die geld verkry onderworpe aan 'n verpligting om die geld vir 'n bepaalde doel aan te wend, is die belang wat geskend word nie eiendomsreg, besit of detentio van liggaamlike geld nie, maar slegs 'n persoonlike reg op die som geld (bl 118); (d) die verskil tussen diefstal (van 'n som geld) en blote kontrakbreuk in gevalle van ongeoorloofde besteding van geld deur 'n persoon wat in beheer is van iemand anders se geld, is dat daar slegs kontrakbreuk is indien die persoon wat oor die som geld beskik, die

bevoegdheid het om die geld ook aan te wend vir sy eie doeleindes, terwyl dit diefstal is as (benewens die opsetlike, wederregtelike toe-eiening) hy onder 'n verpligting staan om die geld vir 'n bepaalde doel namens iemand anders aan te wend (bl 124).

Bogenoemde is slegs enkele van die skrywer se gevolgtrekkings. Van die baie ander beskouings van die skrywer wat aangeprys moet word, is sy siening en formulering van daardie kernvereiste van diefstal, naamlik toe-eiening. "Appropriation" omskryf hy as "an assumption of rights in respect of the object of theft, whereby another person is deprived of the benefits of those rights" (bl 64). Die invloed van die Duitse reg (wat die skrywer saam met die Nederlandse en Engelse reg aan die begin van die werk by wyse van regsvergeelyking behandel) is duidelik te bespeur in hierdie omskrywing. Die latere omskrywing van die opsetvereiste, naamlik die toe-eieningsopset, word dan tereg gebaseer op hierdie vermelde omskrywing (bl 70). Wat hierdie opset betref, behoort die skrywer gelyk gegee te word in sy mening dat die blote feit dat geld 'n vervangbare saak is, nie beteken dat die spandering van 'n ander se geld met die opset om 'n gelyke som geld aan die reghebbende terug te gee, diefstal is nie. Die spandering is 'n objektiewe feit wat deel kan vorm van die bewysmateriaalinverband met die vraag of die dader die nodige opset gehad het, maar as bewys kan word dat die dader ten spyte van die uitgee of vertering van die geld, nogtans die opset gehad het om aan die reghebbende 'n gelyke bedrag geld terug te gee, ontbreek die toe-eieningsopset (bl 71).

Die gebruik van die boek word vergemaklik deur opsommings wat dikwels aan die einde van onderafdelings en hoofstukke gegee word. Aan die ander kant word die gebruik van die boek bemoeilik deurdat die voetnote nie onder aan elke bladsy verskyn nie, maar heeltemal apart aan die einde van die boek. Die gebrek aan 'n register aan die einde van die boek moet ook betreuer word.

Bestellings vir die boek kan gerig word aan mnr GJN Strümpfer, p/a Die Bibliotekaris, Universiteit van Stellen-

bosch, Stellenbosh 7600.

CR SNYMAN  
*Universiteit van Suid-Afrika*

## POLITIK EN GERECHTIGHEIT BEI TRAIAN

deur JOSEPH GEORG WOLF

*Walter de Gruyter, Berlyn, New York, 1978; 24 bl; prys ± R4*

Die inhoud van hierdie werkie is 'n voordrag wat in 1937 gelewer is. Alhoewel dit slegs 24 bladsye beslaan, is dit 'n waardevolle bydrae vir die historikus (en in besonder, ook vir die regs-historikus) en vir diegene wat belang in die filosofie (ook die regsfilosofie) stel. Die skrywer neem weer die tradisionele standpunt in oënskou, naamlik dat Traianus die toonbeeld van geregtigheid is. Hy skets Traianus as veldheer, as staatsman en dan as die man van deug. Die skrywer ken sy bronne (literêr sowel as juridies) en ondersoek hulle met 'n prysenswaardige deeglikheid. As daar 'n woordjie van kritiek gelewer mag word, moet gesê word dat dit jammer is dat, toe die referaat gedruk is, dit nie van voetnote voorsien was nie om dit vir die lesers makliker te maak om self die bronne te raadpleeg.

Aan die een kant word na die literêre bronne gekyk (in besonder is dié van Plinius afkomstig van belang) waaruit die verhouding van Traianus met die senaat na vore kom, asook sy finansiële politiek. In baie opsigte blyk dit dat dit sy politiek was om die senaat te beskerm en goedgegunstig te stem. Desnietemin het hy sy posisie (eerder soos Domitianus en anders as Nerva) verstewig. Ook sy finansiële beleid was grotendeels daarop gerig om die hoëre lae van die bevolking na hom toe te trek. Hierdie doel het hy bereik deur sy maatreëls met betrekking tot die huwelikswetgewing van Augustus en met betrekking tot crimen maiestatis. Die slot-som waartoe die skrywer kom, is dat hierdie maatreëls (wat dan aangevoer word om sy roem as handhawer van die geregtigheid te staaf) in die eerste plek

gerig is om aan sy politiek gevolg te gee. Om dit as blyke van geregtigheid te bestempel, is hoofsaaklik bedoel om die teenstelling tussen die onmenslike optrede van Domitianus en sy eie optrede sterker na vore te bring.

Aan die ander kant, wanneer na sy juridiese maatreëls gekyk word, gee dit meer reg op 'n oordeel dat hy die toonbeeld van geregtigheid is en kan hy wel aanspraak daarop maak om as die keiser van geregtigheid genoem te word. Dié bepaling kom voor ten aansien van die erfreg van die keiser soos dit ontwikkel het, van militêre aangeleenthede en van strafreg en strafprosesreg in die algemeen. Die totale slotsom is dat Traianus geredelik geroem kan word vanweë sy strewe na geregtigheid. Die skrywer wys daarop dat daar maatreëls is wat blyke gee van geregtigheid, terwyl Plinius dieselfde maatreëls as onnodig beskou. Kortom, dit blyk dat die keiser 'n hoër mate van geregtigheid eerbiedig as wat Plinius doen, terwyl laasgenoemde gerus beskou kan word as 'n gematigde en opgevoede man wat die geregtigheid ook waardeer.

As daar iets bygevoeg mag word, is dit die opmerking dat uit hierdie stuk weer duidelik word hoe die begrip geregtigheid deur elke indiividu self bepaal moet word en afhang van sy eie oordeel. Wat is geregtigheid? Dit is 'n vraag waarmee baie al gesukkel het. Die feit bly staan dat dit wat vir die een as geregtigheid sal voorkom, vir 'n ander (sy tydgenoot of navolgers) as ongeregtigheid bestempel kan word. In 'n bepaalde tydsgewrig, of in 'n bepaalde gemeenskap, mag daar 'n taamlik algeme-

ne opvatting heers oor dit wat geregtigheid is. Dit wil egter nie sê dat diegene wat nie daardie algemene opvatting huldig, sal oordeel dat sy eie opvatting van dieselfde feite as 'n openbaring van ongeregtigheid is nie. Dit is nie te sê dat Domitianus sy eie optrede as ongeregtig beskou het nie. (Trouens, in die moderne tyd is daar meer erkenning van sy staatkundige en administratiewe beleid. Maar dit beteken nie dat die moderne tyd nie saamstem met die verdoeming wat reeds in sy tyd teen hom uitgespreek is nie. Per slot van sake, om tot meer moderne tye terug te keer,

diegene wat deur die een as terroris beskou word, is in sy eie oë en miskien ook in dié van ander, as vryheidstryder te beskou.) Dit is moontlik dat Traianus juis as gevolg van, en in teenstelling met, die buitensporighede waaraan enkele van sy voorgangers (soos Caligula of Domitianus), hulle skuldig gemaak het miskien buitensporig hoog aangeprys word vanweë sy geregtigheid, maar volgens ons hedendaagse maatstawwe sal hy seker in die algemeen beskou word as ten volle geregtig op sy roem.

P VAN WARMELO

*Universiteit van Suid-Afrika*

*... the certainty attained by mechanical application of fixed rules to human conduct has always been illusory.*

*Roscoe Pound An Introduction to the Philosophy of Law*

# The Law of Testate Succession in South Africa

---

I ISAACS QC BA LLB and M HORWITZ SC MA LLB

This work offers an exposition on the making and interpretation of wills according to the law of South Africa.

Precedents of types of will are included with brief notes to show the effect of the different clauses. There are chapters on the effects of usufruct, fideicommissa and trusts with references to statutes where applicable and with numerous references to decided cases. Statutes which are relevant are set out in appendices.

THE LAW OF TESTATE SUCCESSION IN SOUTH AFRICA will be indispensable to students and should prove invaluable reading to practitioners who deal with this branch of law.

Price: Hard cover R22,50 (plus 90c general sales tax)

Soft cover R17, 50 (plus 70c general sales tax)



BUTTERWORTHS  
PO BOX 792 DURBAN 4000

# Verskyningsbevoegdheid van minderjariges

JD van der Vyver

*BCom LLB Hons-BA LLD*

*Potchefstroomse Universiteit vir CHO*

## SUMMARY

Locus standi in iudicio is the competency to be a plaintiff or a defendant in a private law action, application or motion procedure.

An infant cannot sue or be sued in his/her own name. The parent or guardian of an infant must sue or be sued on his/her behalf, otherwise the entire procedure will be void.

In certain instances a minor can act as plaintiff/defendant/applicant without the permission or assistance of his/her parent or guardian, i.e. (a) when applying for the court's permission to marry, (b) in a civil action arising from an election, (c) (presumably) in relation to actions arising from a transaction concluded by the minor in an emancipated capacity, and (d) if the minor has been granted *venia agendi* for purposes of the particular case. In all other instances the minor must either sue or be sued in his/her own name but with the permission of his/her parent or guardian, or in the name of (or assisted by) his/her parent or guardian. In spite of certain judicial opinions to the contrary, it would seem that judicial practice in South Africa has sanctioned the proposition that the various ways in which a minor can sue or be sued are interchangeable.

A curator ad litem can be appointed to act on behalf of a minor or an infant in court proceedings, i.e. (a) if the minor or infant is without a parent or guardian, (b) if the interests of the minor or infant are in conflict with those of his/her parent or guardian, and (c) if the parent or guardian unreasonably refuses or is unable to assist the minor or infant. It is suggested that a minor ought to be afforded unrestricted locus standi in every instance where the court's permission, as upper-guardian of all children, is being sought to replace that of the applicant's parent or guardian.

A parent or guardian does not require the court's permission to sue on behalf of his/her minor child or infant. Consent of the court to sue on behalf of a minor or an infant ought also not to influence the court's order as to costs.

When a parent/guardian/curator institutes or defends an action on behalf of a minor or an infant, the litigating party is the minor or infant (and not his/her parent/guardian/curator). The financial disposition of the minor or infant ought accordingly to be the only consideration when the question arises whether or not the action may be instituted or defended in *forma pauperis*, and costs of the case ought also to be awarded against the (unsuccessful) minor or infant.

If a minor sues or has been sued without the required consent or assistance, the proceedings will not in itself be void. A decision in favour of the minor is valid, but if judgment has been given against the minor, the proceedings will be void.

Verskyningsbevoegdheid of locus standi in iudicio is die kompetensie van 'n persoon om as eiser of verweerder in 'n privaatregtelike aksie, of as applikant of respondent in privaatregtelike mosies en hofaansoeke<sup>1</sup> te kan

---

<sup>1</sup>Gerieflikheidshalwe sal verder net na 'n eiser/verweerder in 'n privaatregtelike aksie verwys word.

optree. Verskyningsbevoegdheid het dus nie te make met die kompetensie van 'n persoon om as regsverteenwoordiger of as getuie in 'n regsdeding op te tree of om in strafverhore 'n beskuldigde te wees nie.

Daar word in die regsliteratuur dikwels los en vas gepraat van persone wat sogenaamd volkome verskyningsonbevoeg is. Uitlatings soos: "n infans is volkome sonder verskyningsbevoegdheid, sy ouer of voog moet vir en namens hom dagvaar of gedagvaar word", behels 'n inherente teenstrydigheid. Want as 'n ouer of voog vir en namens sy/haar minderjarige kind of pupil dagvaar of gedagvaar word, is die kind of pupil in der waarheid die gedingsparty. Dit word, soos hierna in par 223 aangetoon sal word, in soveel woorde in die Suid-Afrikaanse regspraak erken. In die verbygaan kan daarop gewys word dat dieselfde beginsel wat op die gebied van handelingsbevoegdheid van toepassing is, naamlik dat 'n regshandeling wat 'n ouer of voog vir en namens sy/haar minderjarige kind of pupil verrig regtens 'n handeling van die kind of pupil is, op daárdie terrein nie so geredelik ingesien word nie.<sup>2</sup> Maar op die gebied van verskyningsbevoegdheid het die howe oor die algemeen vrede gevind met die verteenwoordigingsbeginsel wat aan die onderhawige probleemstelling ten grondslag lê.

Ten einde, wat verskyningsbevoegdheid betref, ook die regstaal aan te pas by die empiriese stand van die Suid-Afrikaanse reg, moet daar na my mening aangesluit word by die woordkeuse van FJ van Zyl om die locus standi in iudicio van verskillende persone uit te beeld:<sup>3</sup> sekere persone is volkome *selfverskyningsbevoeg*, naamlik vir sover hulle sonder die toestemming of bystand van 'n ander persoon kan dagvaar en gedagvaar kan word; sekere persone is *beperk selfverskyningsbevoeg*, naamlik vir sover hulle in eie naam maar alleen met die toestemming of bystand van 'n ander persoon kan dagvaar of gedagvaar kan word; en 'n derde groep persone is *volkome selfverskyningsonbevoeg*, naamlik as hulle hoegenaamd nie in eie naam kan dagvaar of gedagvaar kan word nie maar 'n ander persoon vir en namens hulle (in die naam van die ander persoon) moet dagvaar of gedagvaar moet word. Hierdie woordkeuse bring die eintlike probleem aangaande verskyningsbevoegdheid tot uitdrukking: dit gaan naamlik ten aansien van (onder meer) minderjariges nie om die vraag of hy/sy kan dagvaar/gedagvaar kan word nie, maar of hy/sy *self* sonder bystand en/of toestemming as eiser of verweerder in privaatregtelike hofverrigtinge kan optree.

Hoewel dit hierin hoofsaaklik om die verskyningsbevoegdheid van minderjariges gaan, word – op die veronderstelling af dat 'n infans by die begrip "minderjarige" ingesluit is – ook van die bedoelde kompetensie van kinders onder die ouderdom van 7 jaar rekenskap gegee.

## 1 VERSKYNINGSBEVOEGDHEID VAN 'N INFANS

'n Infans is volkome selfverskyningsonbevoeg: dit wil sê, 'n kind onder die ouderdom van 7 jaar kan glad nie in sy/haar eie naam dagvaar of gedag-

<sup>2</sup>Vgl JD van der Vyver "Regsubjektiviteit" in 1973 *THRHR* 271-272.

<sup>3</sup>Vgl JD van der Vyver en FJ van Zyl *Inleiding tot die Regswetenskap* (Durban 1972) 159-160.



vaar word nie.<sup>4</sup> Dit beteken nie dat 'n infans nie in 'n privaatregtelike aksie 'n gedingsparty kan wees nie, maar sy/haar ouer of voog moet namens hom/haar dagvaar of gedagvaar word.<sup>5</sup> 'n Dagvaarding uitgereik deur of teen 'n infans sal die eiser of verweerder (soos die geval mag wees) min of meer soos volg aangee:

“Die eiser/verweerder is X in die hoedanigheid van ouer of voog van Y, 'n kind van (byvoorbeeld) 5 jaar oud.”

Daar moet beklemtoon word dat Y in so 'n geval die gedingsparty is en die regte en/of verpligtinge verkry wat uit die hof se vonnis mag voortspuit, soos hierna vollediger met betrekking tot minderjariges in die enger sin. uiteengesit sal word.

Sou 'n infans in sy eie naam dagvaar of gedagvaar word, is die verrigtinge in alle opsigte nietig. Die feit dat die infans (in sy eie naam) met die medewete of toestemming van sy/haar ouer of voog gedagvaar het of gedagvaar is, sal nie die nietigheid van die verrigtinge verhelp nie.

## 2 VERSKYNNINGSBEVOEGDHEID VAN 'N MINDERJARIGE<sup>6</sup>

Daar word dikwels gesê dat 'n minderjarige nie *locus standi* in iudicio het nie.<sup>7</sup> Dit is nie so nie. Ten opsigte van bepaalde privaatregtelike aksies is 'n minderjarige volkome selfverskyningsbevoeg, terwyl hy/sy ten aansien van ander privaatregtelike aksies beperk selfverskyningsbevoeg is in die sin dat hy/sy in die bedoelde gevalle die bystand of toestemming van sy/haar ouer of voog nodig het om te dagvaar of gedagvaar te word. En selfs as die minderjarige in daardie gevalle die nodige bystand of toestemming ontbeert, is die verrigtinge, soos hierna in par 2 2 4 uitgewys sal word, nie altyd nietig nie maar kan die minderjarige op die voordele van 'n uitspraak in sy guns aanspraak maak.

### 2 1 Selfverskyningsbevoegdheid van 'n minderjarige

'n Minderjarige is volkome selfverskyningsbevoeg in die volgende gevalle:

2 1 1 Indien die minderjarige by die hof aansoek doen om toestemming om te kan trou; dit wil sê in gevalle waar die minderjarige wat in die huwelik wil tree, vra dat sy/haar ouers of voog se toestemming deur dié van die hooggeregshof vervang word.<sup>8</sup>

2 1 2 Indien 'n privaatregtelike geskil ontstaan oor die uitslag van 'n provinsiale raads- of volksraadsverkieëing waarby 'n minderjarige (synde

<sup>4</sup>Voet 2 4 4.

<sup>5</sup>Voet 2 4 4; 26 7 12.

<sup>6</sup>In hierdie paragraaf word “minderjarige” in 'n enger sin bedoel, naamlik as kinders van 7 jaar of ouer en wat nog nie meerderjarig is nie. Sommige van die reëls is egter ook op infantes van toepassing. Dit sal waar toepaslik van plek tot plek aangedui word.

<sup>7</sup>Vgl by HR Hahlo en E Kahn *The Union of South Africa: The Development of its Laws and Constitution* (1960) 376; PQR Boberg *The Law of Persons and the Family* (1977) 681.

<sup>8</sup>*Lalla v Lalla* 1973 2 SA 561 (D) 563; maar vgl *Ex parte Greyling* 1968 1 PH F9 (O).

'n persoon oor die ouderdom van 18 jaar) 'n kandidaat was en as kandidaat direk by die geskil betrokke is.<sup>9</sup>

2 1 3 Blykbaar indien die minderjarige as geëmansipeerde minderjarige opgetree het,<sup>10</sup> ten minste vir sover die saak om regshandeling gaan wat binne die bestek van die minderjarige se geëmansipeerde status tuis hoort.<sup>11</sup> Vir sover die betrokke gewysdes te kenne gee dat emansipasie aan 'n minderjarige selfverskyningsbevoegdheid besorg, gaan hulle van die (na my mening) verkeerde veronderstelling uit dat emansipasie 'n wyse is waarop minderjarigheid beëindig word.<sup>12</sup> Die korrekte siening is dat emansipasie nie minderjarigheid ophef nie<sup>13</sup> en daarom behoort emansipasie nie aan 'n minderjarige selfverskyningsbevoegdheid te verleen nie – selfs ook nie met betrekking tot hofsake wat betrekking het op regshandeling ten aansien waarvan die minderjarige op grond van sy/haar emansipasie selfhandelingsbevoeg is nie. Emansipasie berus bloot op toestemming van 'n algemene aard wat die ouer of voog aan 'n minderjarige verleen het om 'n sekere klas regshandeling te verrig; en as sodanige toestemming meteen ook selfverskyningsbevoegdheid meebring, sou 'n mens kon konkludeer dat 'n minderjarige in alle gevalle waar hy/sy 'n regshandeling met die nodige toestemming aangegaan het, selfverskyningsbevoeg is ten opsigte van aksies wat uit daardie regshandeling voortspruit. Dit is klaarblyklik nie die geval nie; en daarom kan gekonkludeer word dat daar geen gronde is om aan te neem dat emansipasie in enige opsig selfverskyningsbevoegdheid met hom sáámdra nie.

2 1 4 Indien 'n hooggeregshof aan die minderjarige *venia agendi*, dit wil sê selfverskyningsbevoegdheid, verleen het – wat in bepaalde omstan-

<sup>9</sup>*Olufsen v Klisser* 1959 3 SA 351 (N) 358, waar verklaar word dat 'n minderjarige wat verkiesbaar is vir 'n provinsiale raad of vir die volksraad, kompetent is om sonder toestemming of bystand van sy/haar ouer of voog 'n party in 'n hofgeding te wees wat op sy verkiesing of nie-verkiesing betrekking het.

<sup>10</sup>*Cairncross v De Vos* (1876) 6 Buch 5 6; *Fouchee v De Villiers* (1883) 3 EDC 147 148; *Pienaar v Godden* (1893) 10 SC 129 131; *Bosch v Tittley* 1908 ORC 27 28; *Dema v Bera* 1910 TPD 928; en vgl *Venter v De Burghersdorp Stores* 1915 CPD 252; *Abmed v Coovadia* 1944 TPD 364 366 en *Dickens v Daley* 1956 2 SA 11 (N).

<sup>11</sup>*Abmed v Coovadia* supra 366.

<sup>12</sup>Vgl Boberg 689–690.

<sup>13</sup>In *Le Grange v Mostert* (1909) 26 SC 321 322 is die standpunt gehuldig dat emansipasie wel minderjarigheid ophef en dat 'n geëmansipeerde minderjarige “all the liabilities of an adult” verkry (vgl ook *Riesle & Rombach v McMullin* (1909) 10 HCG 381 385; PQR Boberg “Emancipation and the Attainment of Majority” in (1975) 92 *SALJ* 196 en 204, en *The Law of Persons and the Family* 392 en 406). As dit so sou wees, is daar 'n sterk saak uit te maak dat (volledige) emansipasie deur die Wet op die Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972 afgeskaf is (Boberg “Emancipation and the Attainment of Majority” 202 en 205, en *The Law of Persons and the Family* 404–405 en 408; en vgl *Grand Prix Motors WP (Pty) Ltd v Swart* 1976 3 SA 221 (K) 225 waar die vraag of dit so is, oopgelaat is). Die ander en na my mening korrekte standpunt is dat emansipasie geensins aan die betrokke minderjarige meerderjarige status verleen nie, dog alleen maar betrekking het op die handelingsbevoegdheid van die minderjarige om (oor die algemeen of in sekere gevalle) kontrakte te sluit (vgl bv HR Hahlo “The Legal Effect of Tacit Emancipation” in (1943) 60 *SALJ* 297; JA v S d'Oliveira “*Venia Actatis*, Emancipation and Release from Tutelage Revisited: The Age of Majority Act 1972” in (1973) 90 *SALJ* 60).

dighede die geval mag wees met betrekking tot minderjariges wat na aan die meerderjarigheidsouderdom is.<sup>14</sup> Die hof kan aan 'n minderjarige met voldoende blyke van volwassenheid *venia agendi* verleen indien hy/sy byvoorbeeld 'n weeskind is,<sup>15</sup> indien sy/haar ouer of voog onredelik weier om hom/haar in die betrokke hofgeding by te staan,<sup>16</sup> waar 'n kind onder die ouderdom van 21 jaar 'n aansoek van sy/haar ouer of voog om sy/haar huwelik nietig verklaar te kry, teenstaan<sup>17</sup> en so meer.

## 2.2 Beperkte selfverskyningsbevoegdheid van 'n minderjarige

In alle ander gevalle het 'n minderjarige die bystand of toestemming van sy/haar ouer of voog nodig om in 'n privaatregtelike geding te kan prosedeer.<sup>18</sup> Daar is twee maniere waarop 'n minderjarige in die bedoelde gevalle kan dagvaar en gedagvaar kan word: Die ouer of voog van die minderjarige tree in sy/haar hoedanigheid van ouer of voog vir en namens die minderjarige as eiser of verweerder op,<sup>19</sup> of die minderjarige tree in sy eie naam as eiser of verweerder op, bygestaan deur of met die toestemming van sy/haar ouer of voog.<sup>20</sup> Hoewel die wyse waarop die eiser of verweerder (soos die geval mag wees) in die dagvaarding aangegee word, nie aan streng

<sup>14</sup>Vgl Boberg *The Law of Persons and the Family* 687.

<sup>15</sup>*Ex parte Ellis* (1908) 18 CTR 229; *Ex parte Goldman* 1960 1 SA 89 (D).

<sup>16</sup>*Ex parte Dreyer* (1908) 18 CTR 205.

<sup>17</sup>*Ex parte Gerber* 1928 WLD 228. Huweliksluiting bring meerderjarigheid en dus selfverskyningsbevoegdheid teweeg, maar as dit sou blyk dat die "huwelik" nietig is of as die huwelik vernietigbaar was en vernietig word, het die minderjarige, óók vir die doeleindes van die betrokke aansoek om nietigverklaring van die huwelik, in der waarheid nooit selfverskyningsbevoegdheid gehad nie, en daarom maak dit sin uit om in sulke gevalle by voorbaat aan die kind selfverskyningsbevoegdheid toe te staan.

<sup>18</sup>Vgl in die breë *Swart v Muller* (1909) 19 CTR 475; *Venter v De Burghersdorp Stores* 1915 CPD 252; *Harms v Malherbe* 1935 CPD 167 169; *Abmed v Coovadia* 1944 TPD 364; *Lasersohn v Olivier* 1962 1 SA 566 (T); *Yu Kwam v President Insurance Co Ltd* 1963 1 SA 66 (T) 69-70.

<sup>19</sup>*Grotius Inleiding* 1 8 4 en vgl ook 1 6 1 en 1 7 8; Voet 2 4 4 en 26 7 12; Van der Keessel *Dictata* Th 127; Van der Linden *Koopman's Handboek* 3 1 2 2; *Curator ad Litem of Letterstedt v Executors of Letterstedt* 1874 Buch 42 45; *January v Kilpatrick* (1881) 2 EDC 18 19 waar (foutiewelik) gesê is dat 'n minderjarige só moet dagvaar of gedagvaar moet word "if he could have been sued at all"; *Van der Walt v Hudson & Moore* (1886) 4 SC 327 328; *Van Rooyen v Werner* (1892) 9 SC 425 430; *Traub v Bloomberg* 1917 TPD 276 277 en 278; *Nicholl NO v SA Railways & Harbours* 1917 WLD 95 97; *Silberman v Hodkinson* 1927 TPD 562 572; *Sharp v Dales* 1935 NPD 392 395-396; *Tayob NO v Lucas* NO 1937 TPD 405 409; *Ex parte Donaldson* 1947 3 SA 170 (T) 174; *Mokbesi NO v Demas* 1951 2 SA 502 (T) 503; *Nieuwenhuizen NO v Union & National Insurance Co Ltd* 1962 1 SA 760 (W) 763; *President Insurance Co Ltd v Yu Kwam* 1963 3 SA 766 (A) 772; *Jones NO v Santam Bpk* 1965 2 SA 542 (A) 546; *Neubaus NO v Bastion Insurance Co Ltd* 1968 1 SA 398 (A) 400; *Roxa v Mtsbanyi* 1975 3 SA 761 (A) 764; *Nokoyo v AA Mutual Insurance Association Ltd* 1976 2 SA 153 (OK) 155 waar om ook beslis is dat as die ouer of voog self nie selfverskyningsbevoeg is nie, hy/sy bygestaan moet word deur sy/haar voog, en as die voog weier om hom/haar by te staan, hy/sy aansoek kan doen om *venia agendi*.

<sup>20</sup>Voet 2 4 4 en 26 7 12; Van Leeuwen *RHR* 5 3 5; *Le Roux v Le Roux & Joel* (1897) 4 Off Rep 74; *Pienaar v Godden* (1893) 10 SC 129 131; *Willmer v Rance* (1904) 21 SC 423 425; *Potgieter v Kosana* 1913 EDC 458 460; *Sharp v Dales* 1935 NPD 392 395-396; *Jacobs v Kegopotsimang* 1937 GW 43; *Tiruwengadam v Naidoo* 1948 2 SA 746 (N) 751; *Mokbesi NO v Demas* 1951 2 SA 502 (T) 503; *O' Linsky v Prinsloo* 1976 4 SA 843 (O) 847.

formele voorskrifte onderworpe is nie,<sup>21</sup> sou dit in die twee gevalle min of meer soos volg kan geskied:

(a) "Die eiser/verweerder is X in die hoedanigheid van ouer/voog van Y, 'n minderjarige"; of

(b) "Die eiser/verweerder is Y, 'n minderjarige, wat hierin optree met die toestemming van of behoorlik bygestaan word deur X, sy ouer/voog".

Dit spreek vanself dat die ouer/voog in albei gevalle kennis moet dra van die saak wat deur of teen die minderjarige aanhangig gemaak is, anders kan daar nie van sy bystand of toestemming sprake wees nie.<sup>22</sup>

Dit is egter nie duidelik of die twee genoemde wyses waarop 'n minderjarige kan dagvaar of gedagvaar kan word willekeurig afwisselbaar is nie. In *Tiruwengadam v Naidoo*<sup>23</sup> is beweer dat 'n minderjarige slegs in sekere soort sake in sy/haar eie naam, bygestaan deur of met die toestemming van sy/haar ouer of voog, behoort te kan dagvaar of gedagvaar te kan word, naamlik as die saak betrekking het op 'n onregmatige daad deur (of teen) die minderjarige gepleeg, of as dit gaan om 'n kontrak wat die minderjarige sonder toestemming of bystand van sy/haar ouer of voog kan sluit. In *Sharp v Dales*<sup>24</sup> is met goedkeuring verwys na die standpunt van GB van Zyl<sup>25</sup> waarvolgens 'n minderjarige wat nog nie "jare van diskresie" bereik het nie, altyd in naam van sy/haar ouer of voog moet dagvaar of gedagvaar moet word, terwyl 'n minderjarige wat wel "jare van diskresie" bereik het, op enigen van die genoemde twee maniere kan dagvaar of gedagvaar kan word.<sup>26</sup> In *Sharp v Dales*<sup>27</sup> is ook te kenne gegee dat die gebruik van die een of ander wyse van dagvaarding uitgereik deur of teen 'n minderjarige die kostebevel kan beïnvloed in die sin dat die ouer of voog van 'n minderjarige wat in eie naam, bygestaan deur of met die toestemming van die ouer of voog, dagvaar, in geen omstandighede gelas kan word om die koste van die saak de bonis propriis te betaal nie. Die laasgenoemde standpunt is, soos hierna in par 2 2 3 2 aangetoon sal word, klaarblyklik foutief; en die ander genoemde gewysdes wat te kenne gee dat die twee maniere waarop 'n minderjarige kan dagvaar of gedagvaar kan word, *nie* willekeurig afwisselbaar is nie, het blykbaar nie in die praktyk inslag gevind nie. Dit blyk dus dat die twee maniere waarop 'n minderjarige kan dagvaar of gedagvaar kan word wel volkome opsioneel is.

In die verbygaan kan ook nog daarop gewys word dat reël 15(2) van die Reëls van die Hooggeregshof toegepas kan word indien die ouer of

<sup>21</sup>In *bv Willmer v Rance* (1904) 21 SC 423 425 en *Potgieter v Kosana* 1913 EDC 458 460 is die hof tevrede gestel dat die ouer of voog van die minderjarige verweerder die nodige toestemming verleen het bloot op grond van die feit dat die ouer of voog die volmag om te verdedig geteken het.

<sup>22</sup>*O' Linsky v Prinsloo* 1976 4 SA 843 (O) 848.

<sup>23</sup>1948 2 SA 746 (N) 751.

<sup>24</sup>1935 NPD 392 396.

<sup>25</sup>*The Theory of the Judicial Practice of South Africa with Suitable Copious Practical Forms* (4e uitg - sonder datum) 61.

<sup>26</sup>Vgl ook *Mokhesi NO v Demas* 1951 2 SA 502 (T) 503.

<sup>27</sup>supra 394-395.

voog van 'n minderjarige vir en namens die minderjarige dagvaar of gedagvaar word en die minderjarige in die loop van die proses meerderjarig word; dit wil sê die minderjarige kan, nadat hy/sy meerderjarig geword het, in die plek van sy/haar ouer of voog gestel word om die saak in sy/haar eie naam voort te sit. Hoewel die genoemde reël nie op prosesse in die appèlafdeling van die hooggeregshof van toepassing is nie, kan die beginsel daarin vervat ook deur die appèlhof toegepas word en wel uit hoofde van 'n inherente jurisdiksie van die hof om dit te doen.<sup>28</sup>

Teen hierdie agtergrond kan vervolgens aandag gegee word aan enkele besondere fasette van 'n minderjarige se verskyningsbevoegdheid, te wete die aanstelling van 'n curator ad litem vir 'n minderjarige, die probleem aangaande toestemming om vir en namens 'n minderjarige te dagvaar, die eintlike gedingsparty in sake waar 'n minderjarige die eiser of verweerder is, en die regsgevolge van aksies waar 'n minderjarige dagvaar of gedagvaar word sonder die nodige toestemming of bystand.

### 2 2 1 Die benoeming van 'n curator ad litem

In bepaalde omstandighede kan die hooggeregshof 'n curator ad litem aanstel om namens 'n minderjarige (insluitende 'n infans) te dagvaar of gedagvaar te word,<sup>29</sup> naamlik (a) indien die minderjarige/infans nie 'n ouer of voog het nie;<sup>30</sup> (b) indien die minderjarige/infans se belange met dié van sy/haar ouer of voog bots of moontlik kan bots,<sup>31</sup> soos die geval sou wees indien die kind se aksie een teen sy ouer of voog is;<sup>32</sup> of (c) indien die ouer of voog onredelik weier om die minderjarige/infans in sy/haar aksie by te staan, of ook indien die ouer of voog nie gereedelik beskikbaar is om aan die kind die nodige bystand te verleen nie, byvoorbeeld omdat die ouer of voog in die buiteland woon.<sup>33</sup>

Daar is 'n hele reeks gewysdes waarin die hof aldus 'n curator ad litem aangestel het om na die erfregtelike belange van 'n minderjarige/infans om te sien.<sup>34</sup> In *Ex parte Bester*<sup>35</sup> het die hof 'n curator ad litem aangestel vir 'n ongeboore kind aangesien die bevinding van die hof aangaande die nietigheid van die huwelik van die kind se ouers (waarom dit in daardie saak gegaan het) kon beteken dat die kind die status van buite-egtelikheid verkry. Daar moet in gedagte gehou word dat 'n curator ad litem in sulke gevalle alleen aangestel behoort te word indien die kind nie 'n ouer of voog het nie,

<sup>28</sup>*Putzier v Union & SW Africa Insur Co Ltd* 1976 4 SA 392 (A) 402.

<sup>29</sup>Vgl in die breë Grotius *Inleiding* 1 8 4; Voet 5 1 11; Van der Linden *Koopman's Handboek* 3 1 2 2.

<sup>30</sup>*Ex parte Greeve* (1907) 24 SC 202; *Swart v Muller* (1909) 19 CTR 475; *Ex parte Insolvent Estate Karodia* 1925 TPD 294; *Yu Kwam v President Insurance Co Ltd* 1963 1 SA 66 (T) en *President Insurance Co Ltd v Yu Kwam* 1963 3 SA 766 (A) 772; *Wolman v Wolman* 1963 2 SA 452 (A) 459; *Ex parte Mbi* 1963 3 SA 44 (K).

<sup>31</sup>*In re Hulley* (1862) 1 Roscoe 52; *Wolman v Wolman* 1963 2 SA 452 (A) 459.

<sup>32</sup>Grotius *Inleiding* 1 8 4; *Wolman v Wolman* supra 459.

<sup>33</sup>*Curator ad Litem of Letterstedt v Executors of Letterstedt* 1874 Buch 42 45.

<sup>34</sup>*Wynn NO & Westminster Bank Ltd NO v Oppenheimer* 1937 TPD 91 98-99; *Ex parte Sadie* 1940 AD 26 30; *Ex parte Wessel's Estate* 1942 CPD 356 358; *Kethel v Kethel's Estate* 1949 3 SA 598 (A) 606-608.

<sup>35</sup>1951 1 SA 774 (T) 776.

of indien die kind se belange met dié van sy/haar ouer of voog bots, of indien die ouer of voog onredelik weier of nie in staat is nie om die kind in die betrokke geding by te staan.<sup>36</sup>

*Ex parte Donaldson*<sup>37</sup> is in dié verband enigsins aanvegbaar. In daardie saak is 'n vroulike voog se aansoek om die benoeming van 'n manlike curator ad litem om om te sien na haar minderjarige kind se erfregtelike belange, toegestaan; dit wil sê terwyl daar geen rede bestaan het waarom sy nie self namens haar kind kon optree nie. *Nokoya v AA Mutual Insurance Association Ltd*<sup>38</sup> is, daarenteen, wel korrek beslis. In daardie saak was die vroulike voog van 'n kind na wie se belange omgesien moes word, self selfverskyningsonbevoeg en haar eggenoot het geweier om haar in die betrokke geding (namens die kind) by te staan; en die hof het aan die vrou toestemming verleen om selfstandig namens die kind op te tree. 'n Mens moet daarop let dat die vrou in *Nokoya* aansoek gedoen het om aanstelling as curator ad litem van die kind, maar die hof het dit meer dienstig geag om haar vir die doeleindes van die kind se saak met selfverskyningsbevoegdheid te beklee.

In die onderhawige verband kan ook melding gemaak word van omstandighede waarin die hooggeregshof 'n aansoek ten behoeve van 'n minderjarige/infans sal aanhoor van 'n persoon wat nóg die ouer of voog nóg die curator ad litem van die kind is. PC Smit<sup>39</sup> wys op 'n ongerapporteerde saak<sup>40</sup> waarin 'n derde in 'n noodgeval namens 'n minderjarige dogter by die hooggeregshof as oppervoog van kinders aansoek gedoen het om die hof se toestemming dat die dogter 'n blindedermoperasie mag ondergaan. Die hof het die aansoek toegestaan en die nodige toestemming verleen sonder om blykbaar oorweging te skenk aan die feit dat die applikant (namens die dogter) nie kompetent was om die dogter in die hof te verteenwoordig nie. In die Romeins-Hollandse reg is die beginsel blykbaar erken dat 'n minderjarige in noodgevallen sonder bystand van 'n ouer, voog of kurator kon optree.<sup>41</sup> Boberg<sup>42</sup> doen, met verwysing na *Yu Kwam v President Insurance Co Ltd*<sup>43</sup> en *President Insurance Co Ltd v Yu Kwam*,<sup>44</sup> aan die hand dat die hof in die bedoelde ongerapporteerde gewysde die derde eers as curator ad litem van die kind moes aangestel het. Na my mening is daar veel voor te sê dat 'n minderjarige selfverskyningsbevoeg beskou moet word in alle gevalle waar aansoek gedoen word om ouerlike toestemming te vervang deur dié van die hooggeregshof as oppervoog van alle kinders. Dié beginsel is, soos hierbo aangetoon is, reeds erken vir gevalle waar dit gaan om toestemming om 'n huwelik te sluit.

<sup>36</sup>*Ex parte Insolvent Estate Karodia* 1925 TPD 294; *Wolman v Wolman* 1963 2 SA 452 (A) 459.

<sup>37</sup>1947 3 SA 170 (T) 174.

<sup>38</sup>1976 2 SA 153 (OK) 155.

<sup>39</sup>1976 THRHR 84.

<sup>40</sup>*Ex parte Nader* (saak no 306/75 van 15 Mei 1975 (O)).

<sup>41</sup>Vgl Voet 2 4 34 en 5 1 11.

<sup>42</sup>*The Law of Persons and the Family* 688 vn 20.

<sup>43</sup>1963 1 SA 66 (T) 69-70.

<sup>44</sup>1963 3 SA 766 (A) 772.

Die geval van *Yu Kwam* is in die onderhawige geval ewe insiggewend. A, die vader van 'n minderjarige, B, stel 'n aksie namens B in vir die verhaal van vergoeding vir beserings wat B in 'n motorbotsing opgedoen het. Dit blyk daarop dat A se huwelik met die moeder van B in Suid-Afrika nietig is en dat A dus nie die wettige voog van B is nie. Die hof benoem daarop vir A as curator ad litem van B ten einde hom in staat te stel om met die aksie namens B voort te gaan.

Wat die benoeming van 'n curator ad litem betref, kan ook nog op die volgende gewys word: Kennis van die aansoek om benoeming van 'n curator ad litem moet gegee word aan die party met wie die minderjarige (of infans) in geding wil tree,<sup>45</sup> wat die aansoek kan opponeer as hy meen dat die aanstelling van die curator ad litem nie geregverdig is nie.<sup>46</sup> Daar moet uit die stukke voor die hof blyk dat die persoon wat as curator ad litem benoem staan te word, gewillig is om in daardie amp op te tree.<sup>47</sup>

## 2 2 2 Toestemming om namens 'n kind te prosedeer

'n Kind het nie – soos wat in die gemene reg die geval was – die toestemming van die hof nodig om sy ouer of voog te dagvaar nie.<sup>48</sup> Aan die ander kant het 'n ouer of voog ook nie die hof se toestemming nodig om sy kind of pupil te dagvaar nie.

Anders as wat in die gemene reg die geval was,<sup>49</sup> het 'n ouer of voog verder ook nie die hof se toestemming nodig om *namens* sy/haar kind of pupil te dagvaar nie.<sup>50</sup>

Dit gebeur nietemin dikwels dat ouers en voogde tog wel die hof se toestemming vra om 'n eis namens 'n minderjarige/infans in te stel, blykbaar om te voorkom dat hulle gelas word om die koste van die saak de bonis propriis te betaal vir geval die saak teen die kind uitgewys word.<sup>51</sup> Op grond van sekere Romeins-Hollandse tekste<sup>52</sup> is daar naamlik in sekere ouer gewysdes die standpunt ingeneem dat die ouer of voog wat 'n aksie vir en namens 'n minderjarige en sonder toestemming van die hof instel, persoonlik

<sup>45</sup>Vgl *Ex parte Wilkinson* 1946 2 PH F79 (K).

<sup>46</sup>*Ex parte Donaldson* 1947 3 SA 170 (T) 174.

<sup>47</sup>*Ex parte Insolvent Estate Karodia* 1925 TPD 294 295.

<sup>48</sup>*Mare v Mare* 1910 CPD 437 438.

<sup>49</sup>Vgl Voet 26 7 12.

<sup>50</sup>*Van der Walt v Hudson & Moore* (1886) 4 SC 327 328; *Montmort v Board of Executors: ex parte Montmort* (1886) 6 SC 118; *Ex parte Bloemfontein Town Council: in re Retief's Guardian v Bloemfontein Town Council* 1934 OPD 11 12–13; *Ex parte Donaldson* 1947 3 SA 170 (T) 174; *Ex parte Hodgert* 1955 1 SA 371 (D) 372; *President Insurance Co Ltd v Yu Kwam* 1963 3 SA 766 (A) 772; en vgl ook *Taylor NO v Lucas NO* 1937 TPD 405 407–408.

<sup>51</sup>*Taylor NO v Lucas NO* 1937 TPD 405 407–408; *Ex parte McKenzie* 1944 CPD 463; *Ex parte Wilkinsen* 1946 2 PH F79 (K) waar om beslis is dat die aansoek b w v kennisgewing van mosie moet geskied sodat die party met wie die minderjarige in geding gaan tree, kennis van die aansoek kan verkry; *Ex parte Donaldson* 1947 3 SA 170 (T) 174; *Ex parte Hodgert* 1951 1 SA 371 (D) 372; *President Insurance Co Ltd v Yu Kwam* 1963 3 SA 766 (A) 772.

<sup>52</sup>bv Grotius *Inleiding* 1 8 4; Voet 26 7 12 en Van der Linden *Koopman's Handboek* 1 5 5; en vgl *Re Estate Potgieter* 1908 TS 982 1008; *Botha NO v Tumbridge NO* 1933 EDC 105 106.

aanspreeklik is vir die koste van die saak indien die aksie nie slaag nie.<sup>53</sup> Die hof het trouens in sommige gevalle ex post facto toestemming aan die ouer of voog verleen om namens 'n kind 'n eis in te stel, en wel indien die hof van mening was dat die toestemming gegee sou gewees het indien tydige daarom aansoek gedoen is<sup>54</sup> en blykbaar onder die waan dat sodanige toestemming noodsaaklik was om die ouer of voog teen 'n kostebevel te vrywaar. Aan die ander kant het die hof hoe spoedig ook beklemtoon dat toestemming van die hof om namens 'n minderjarige 'n aksie in te stel, die ouer of voog *nie* teen 'n kostebevel de bonis propriis vrywaar nie.<sup>55</sup>

Die huidige stand van die Suid-Afrikaanse reg in die onderhawige verband kan soos volg saamgevat word: 'n Ouer of voog het – soos reeds gemeld – *nie* die toestemming van die hof nodig om 'n aksie vir en namens sy/haar minderjarige kind of pupil in te stel nie;<sup>56</sup> en – soos hierna vollediger aangetoon sal word – die koste van die saak moet in die gewone omstandighede, en as die aksie nie suksesvol is nie, deur die kind self uit sy/haar eie boedel betaal word.<sup>57</sup> Die ouer of voog kan egter wel gelas word om die koste van 'n onsuksesvolle aksie wat hy/sy namens 'n minderjarige ingestel het de bonis propriis te betaal, maar dan slegs indien die hof die handeling van die ouer of voog nie goedkeur nie<sup>58</sup> en meer bepaald indien die ouer of voog met die instel van die aksie mala fide, onredelik/arbitrêr/onbehoorlik of nalatig opgetree het.<sup>59</sup> In geen geval behoort die toepaslike kostebevel beïnvloed te word deur die feit dat die ouer of voog wel of nie toestemming van die hof verkry het om die aksie vir en namens die kind in te stel nie. Sulke aansoeke om toestemming is trouens sinloos en behoort deur die hof ontoedig te word.

<sup>53</sup>Vgl by *Prince q q Dieleman v Berrange, alias Anderson* (1830) 1 M 435 437; *De Blanche v Zietsman* (1880) 1 NLR 185 186; *Van der Walt v Hudson & Moore* (1886) 4 SC 327 328; *Re Montmort v Board of Executors: ex parte Montmort* (1886) 6 SC 118; *Estate Blackburrow v Blackburrow* (1907) 28 NLR 559 561; *Bekker's Trustee v The Master & Evans* 1909 TS 646 655–656 waar die ouer gelas is om self die koste te betaal omdat dit om geblyk het dat die ouer self 'n belang in die saak gehad het en die kind nie oor fondse beskik het nie; *Botha NO v Tunbridge NO* 1933 EDC 105 107.

<sup>54</sup>*Re Montmort v Board of Executors: ex parte Montmort* supra; *Estate Blackburrow v Blackburrow* supra 562; *Bekker's Trustee v The Master & Evans* supra 655–656; *Botha NO v Tunbridge NO* supra 108; en vgl *Bayne NO v Kanthack* 1934 WLD 13 14–15.

<sup>55</sup>*Estate Blackburrow v Blackburrow* supra 562; *Botha NO v Tunbridge NO* supra 107; *Taylor NO v Lucas NO* supra 407; *Ex parte Wilkinson* 1947 1 PH B10 (K); *Grobler v Potgieter* 1954 2 SA 188 (O) 192; *Ex parte Hodgert* 1955 1 SA 371 (D) 372; vgl *Bayne NO v Kanthack* supra; en vgl ook *Ex parte McKenzie* 1944 CPD 463 464 waar te kenne gegee is dat die ouer of voog geensins aanspreeklik gehou kan word vir koste van die geding as hy/sy by die hof toestemming verkry het om 'n aksie namens 'n minderjarige in te stel nie.

<sup>56</sup>Kyk vn 49.

<sup>57</sup>Kyk hierna vn 68.

<sup>58</sup>*Re Estate Potgieter* 1908 TS 982 1000 en 1007–1008.

<sup>59</sup>Voet 26 7 12; *Re Estate Potgieter* supra 1000–1002, 1008–1009 en 1012; *Claassen's v Naude* 1911 CPD 725 727–728; *Nicholl NO v SA Railways & Harbours* 1917 WLD 95 97; *Caldwell's Trustee v Western Assurance Company* 1918 WLD 146 160; *Bayne NO v Kanthack* 1934 WLD 13 15–16; *Ex parte Bloemfontein Town Council: in re Retief's Guardian v Bloemfontein Town Council* 1934 OPD 11 13; *Bellstedt v SA Railways & Harbours* 1936 CPD 399 412; *Taylor NO v Lucas NO* 1937 TPD 405 408; *Jacobs v Kegopotsimang* 1937 GW 43 46; *Grobler v Potgieter* 1954 2 SA 188 (O) 192; *Ex parte Hodgert* 1955 1 SA 371 (D) 372.



### 2 2 3 Die eintlike gedingsparty

Wanneer 'n ouer/voog/kurator nou vir en namens 'n minderjarige (of 'n infans) dagvaar of gedagvaar word, of wanneer 'n minderjarige in sy/haar eie naam, maar met die toestemming of bystand van sy/haar ouer of voog, dagvaar of gedagvaar word, is die minderjarige (of infans) in der waarheid die gedingsparty;<sup>60</sup> dit wil sê dat die regte en/of verpligtinge wat uit die hof se vonnis mag voortspuit, die minderjarige (of infans) toekom of ten laste gelê moet word.<sup>61</sup>

Twee besondere vraagstukke hou met hierdie stand van sake verband, te wete (a) indien namens 'n minderjarige (of infans) aansoek gedoen word om in forma pauperis te prosedeer, wie se finansiële posisie moet in ag geneem word: dié van die ouer of voog, of dié van die kind; en (b) indien die aksie aan die kind se kant onsuksesvol verloop, uit wie se sak moet die koste van die saak betaal word: uit dié van die ouer of voog, of uit dié van die kind?

Oor elkeen van hierdie twee aangeleenthede vervolgens 'n kort woord:

#### 2 2 3 1 *Verrigtinge in forma pauperis*

Indien 'n mens van die (na my mening korrekte) veronderstelling uitgaan dat 'n minderjarige (of infans) in werklikheid die eiser of verweerder voor die hof is – óók in gevalle waar die dagvaarding in naam van die ouer, voog of curator ad litem wat namens die kind optree, uitgereik is – spreek dit vanself dat *die kind* se finansiële posisie die deurslag moet gee as dit op die vraag aankom of die kind in forma pauperis mag dagvaar of die saak mag verdedig. In *Letzner NO v Friedman*<sup>62</sup> is in dié verband inderdaad anders beslis, maar daarop, in *Weston v Daddy Bros & Johnstone Pty Ltd*<sup>63</sup> is verklaar dat hoewel die finansiële posisie van die ouer of voog 'n element is wat in aanmerking geneem moet word om te beslis of die aksie ten behoeve van die kind in forma pauperis ingestel of verdedig mag word, dit nie die “governing consideration” is nie.<sup>64</sup> In *Meyer v Mahommed*<sup>65</sup> word verduidelik dat dit in die onderhawige verband in die eerste plek die kind se finansiële posisie is wat tel, maar aangesien 'n kind van sy ouers of voog kan vorder om onder meer aan hom die middele te verskaf om 'n aksie in te stel of te

<sup>60</sup>*January v Kilpatrick* (1881) 2 Buch 18 19; *Marshall v National Wool Industries Ltd* 1924 OPD 238 248; *Meyer v Mahommed* 1930 CPD 301 302; *Sharp v Dales* 1935 NPD 392 395; *Jacobs v Kegopotsimang* 1937 GW 43 45–46; *Bezuidenhout v Northern Assurance Co Ltd* 1948 3 SA 629 (D) 630–631; *Mokbesi NO v Demas* 1951 2 SA 502 (T) 503; *Grobler v Potgieter* 1954 2 SA 188 (O) 191–192; *Yu Kwam v President Insurance Co Ltd* 1963 1 SA 66 (T) 69; *O'Linsky v Prinsloo* 1976 4 SA 843 (O) 847; Boberg *The Law of Persons and the Family* 682.

<sup>61</sup>Vgl *January v Kilpatrick* supra 19; *Re Estate Potgieter* 1908 TS 982 1007; *Mokbesi v Demas* supra 503. Die ouer/voog/kurator moet egter namens die kind besluit of aansoek by die hof gedoen moet word dat 'n verstekvonnis tersyde gestel moet word; en daarom word die tydperk waarbinne so 'n aansoek gebring kan word, bereken met die oog op die datum waarop die betrokke vonnis tot die vader/voog/kurator se kennis gekom het: vgl *Jacobs v Kegopotsimang* 1937 GW 43 45–46.

<sup>62</sup>1919 OPD 6.

<sup>63</sup>1930 NPD 133 135.

<sup>64</sup>Vgl ook *Hodgkinson v King* 1933 EDC 219 221.

<sup>65</sup>1930 CPD 301 302.

verdedig, die ouers of voog se materiële vermoëns tog ook in ag geneem moet word.<sup>66</sup> In *Grobler v Potgieter*<sup>67</sup> het die Vrystaatse hof hom gebonde geag aan vorige uitsprake wat te kenne gee dat die ouers of voog se finansiële vermoëns in ag geneem moet word om te beslis of 'n aksie namens die kind in forma pauperis ingestel of verdedig mag word, maar regter De Villiers verklaar (obiter) dat die ouers of voog se finansiële vermoëns na sy mening geheel en al irrelevant behoort te wees.

### 2 2 3 2 *Gedingskoste*

Dieselfde beginsel is ook op die vraag aangaande gedingskoste van toepassing.

Met uitsondering van enkele ouer gewysdes<sup>68</sup> wat in dié verband te kenne gee dat 'n ouer of voog wat namens sy kind 'n aksie instel en die saak verloor, noodwendig die koste van die saak de bonis propriis moet betaal, is die oorwig van die toepaslike gesag in die guns van die proposisie dat die kind in werklikheid die gedingsparty is en dus, as algemene reël, 'n kostebevel uit sy eie boedel moet nakom.<sup>69</sup> Soos hierbo aangetoon is, kan 'n ouer of voog wat onsuksesvol namens sy/haar minderjarige kind of pupil prosedeer alleen vir die koste van die saak aangespreek word indien hy/sy die aksie mala fide, onredelik of nalatig ingestel het.<sup>70</sup>

Dit gebeur egter soms dat 'n ouer of voog 'n aksie vir en namens sy/haar minderjarige kind of pupil kombineer met 'n aksie wat hy/sy in sy/haar persoonlike hoedanigheid instel.<sup>71</sup> In so 'n geval behoort die koste van die saak – vir geval die aksie misluk – gesamentlik (in gelyke dele) deur die ouer/voog en die kind/pupil gedra te word.<sup>72</sup>

### 2 2 4 Regsgevolge ingeval 'n minderjarige sonder die nodige toestemming of bystand dagvaar of gedagvaar word

Die vraag ontstaan ten slotte wat die regsgevolge is van 'n aksie wat deur of teen 'n minderjarige in sy eie naam ingestel is in gevalle waar die minderjarige in der waarheid nie selfhandelingsbevoeg is nie.

<sup>66</sup>Vgl ook *Bezuidenbout v Northern Assurance Co Ltd* 1948 3 SA 629 (OD) 630–631.

<sup>67</sup>1954 2 SA 188 (O) 191–192.

<sup>68</sup>Vgl vn 52.

<sup>69</sup>*Re Montmort v Board of Executors: ex parte Montmort* (1886) 6 SC 118; *Nicholl NO v SA Railways & Harbours* 1917 WLD 95 97; *Botha NO v Tunbridge NO* 1933 EDC 105 108; *Bayne NO v Kantback* 1934 WLD 13 15; *Sharp v Dales* 1935 NPD 392 395; *Grobler v Potgieter* 1954 2 SA 188 (O) 192; en vgl *Standard Bank v Jacobsen's Trustee* (1899) 16 SC 352 en *Caldwell's Trustee v Western Assurance Company* 1918 WLD 146 160.

<sup>70</sup>Kyk vn 58.

<sup>71</sup>Vgl bv *Botha NO v Tunbridge NO* 1933 EDC 105; *Bellstedt v SA Railways & Harbours* 1936 CPD 397 412; *Taylor NO v Lucas NO* 1937 TPD 405 409; *Nieuwenhuizen NO v Union & National Ins Co Ltd* 1962 1 SA 760 (W) 763; *South British Insurance Co Ltd v Smit* 1962 3 SA 826 (A) 829 en 838; *President Insurance Co Ltd v Yu Kwam* 1963 3 SA 766 (A) 772; *Neubaus NO v Bastion Insurance Co Ltd* 1968 1 SA 398 (A) 400.

<sup>72</sup>*Bellstedt v SA Railways & Harbours* supra 412–413; *Coben NO v Zunckel* 1942 CPD 155 157; vgl ook *Levy v Calf* (1857) Watermeyer's Rep 1, 6; *Colonial Government v Bonner* (1904) 21 SC 477; en vgl daarenteen *Botha NO v Tunbridge NO* supra 108 waar verkeerdlik gesê is dat die ouer en kind gesamentlik en afsonderlik vir die koste aanspreeklik gehou moet word.

In *Yu Kwam v President Insurance Co Ltd*<sup>73</sup> is verkeerdelik verklaar dat die verrigtinge in so 'n geval nietig is. Die korrekte stand van die Suid-Afrikaanse reg in dié verband kan soos volg saamgevat word: Die verrigtinge is nie sonder meer nietig nie; 'n vonnis in die guns van die minderjarige is trouens geldig en afdwingbaar.<sup>74</sup> Word daar egter teen die minderjarige beslis, is die vonnis nietig.<sup>75</sup> Die hof kan uiteraard in so 'n geval nie 'n regs-geldige kostebevel teen die minderjarige uitreik nie.<sup>76</sup> □

*The better the case is presented on each side, and the keener and more skilful the debate before him, the more likely it is that the judge will reach a just and sound judgement . . . a strong Bar makes a strong Bench.*

*Macmillan Law and Other Things*

---

<sup>73</sup>1963 1 SA 66 (T) 69.

<sup>74</sup>Voet 5 1 11; Van der Keessel *Dictata* Th 127; *Harms v Malberbe* 1935 CPD 167 169; vgl *Lasersohn v Olivier* 1962 1 SA 566 (T) 567.

<sup>75</sup>Voet 5 1 11; Van der Keessel *Dictata* Th 127; en vgl *Harms v Malberbe* supra 169.

<sup>76</sup>*Lasersohn v Olivier* supra 567.

# Die juridiese konstruksie van eiendomsvoorbehoud

DSP Cronjé

*Hons-BA LLD*

*Universiteit van Suid-Afrika*

## SUMMARY

We are concerned with the reservation of ownership when a thing is handed over to a person with the intention that he should become owner, not immediately but at a later stage when a specific condition is fulfilled. There are different ways in which ownership of a thing can be reserved or, one can also say, in which delivery to the transferee can take place. Firstly the thing can be handed over to the transferee but delivery will only take place when the condition is fulfilled. This would mean that the transferee can use the thing but until the condition is fulfilled he only has detentio. Secondly ownership may be transferred when the thing is handed to the purchaser but subject to the terminative condition that ownership falls back to the seller when the purchaser does not fulfil his obligations. Thirdly ownership may be transferred when the thing is handed to the purchaser subject to the suspensive condition that he (the purchaser) will become owner ipso iure on payment of the purchase price. As in the previous case the condition here is attached to the real agreement and not to the obligatory agreement. If the relationship between the parties is taken into account it is suggested that the correct construction of the reservation of ownership is delivery subject to a suspensive condition.

## INLEIDING

Ons het met eiendomsvoorbehoud te doen as 'n saak aan 'n persoon oorhandig word met die bedoeling dat eiendomsreg op hom sal oorgaan, hoewel nie dadelik nie maar eers op 'n later stadium as 'n bepaalde voorwaarde vervul word.<sup>1</sup> Die funksie daarvan is om aan die oordraer saaklike sekuriteit te verskaf sonder om die verkryger besit en gebruik van die saak te ontsê. Op die wyse word in albei partye se behoeftes voorsien.

Daar is verskeie moontlikhede denkbaar waarvolgens die eiendomsreg van 'n saak voorbehou kan word. Of, kan 'n mens ook sê, lewering kan op verskillende wyses aan die verkryger bewerkstellig word. Onder lewering word verstaan die verskaffing van besit met die bedoeling om onderskeidelik eiendomsreg oor te dra en te ontvang, dit wil sê die saaklike ooreenkoms.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup>Alhoewel dit nie daartoe beperk is nie kom eiendomsvoorbehoud in die praktyk hoofsaaklik by die huurkoopkontrak voor in welke geval die voorwaarde waarvan die verkryging van eiendomsreg deur die huurkoopkoper afhanklik gestel is, volledige betaling van die koopprys is.

<sup>2</sup>Sien hieroor Cronjé "Die Saaklike Ooreenkoms by die Eiendomsdrag van Roerende Sake" 1978 *THRHR* 227.

Eerstens kan die verkryger ingevolge die kontrak in beheer van die saak gestel word en eers as hy betaal, word eiendomsreg aan hom oorgedra, of as 'n mens wil, word juridies aan hom gelewer. In hierdie geval word die kontraktuele leweringsverpligting van die leweraar (vir sover dit op eiendomsoorgang betrekking het) opgeskort hangende vervulling van die voorwaarde: met ander woorde die verskaffing van volle besit sowel as die vorming van die bedoeling om onderskeidelik eiendomsreg oor te dra en te ontvang (die saaklike ooreenkoms) is uitgestel totdat die verkryger volledig vir die saak betaal. Gewoonlik sal lewering in hierdie geval *brevi manu* geskied.

Tweedens kan eiendomsreg by oorhandiging van die saak aan die verkryger oorgedra word onderworpe aan die ontbindende voorwaarde dat eiendomsreg na die oordraer terugkeer as die verkryger sy verpligtinge nie nakom nie.

Derdens kan lewering (dit wil sê besitsoordrag sowel as die saaklike ooreenkoms) by oorhandiging van die saak plaasvind maar ooreengekom word dat die intrede van die gevolg van hierdie handeling, naamlik eiendomsverkryging deur die verkryger, daarvan afhanklik gestel word of die verkryger sy verpligtinge gaan nakom. In hierdie geval het ons met 'n opskortende voorwaarde te doen.

Dit is duidelik dat slegs in laasgenoemde twee gevalle van voorwaardelike eiendomsoordrag sprake kan wees want in die eerste geval is eiendom nog glad nie *oorgedra* nie – die vraag daar is juis of *eiendom hoegenaamd oorgedra gaan word*. Verder behoef die eersgenoemde vorm van eiendomsvoorbehoud geen bespreking nie. By voorwaardelike eiendomsoordrag is die posisie daarenteen meer ingewikkeld.<sup>3</sup>

Eerstens moet daarop gewys word dat die voorwaarde waarvan hier sprake is nie op die koopkontrak of verbintenisskeppende ooreenkoms betrekking het nie. Die doel van die koopkontrak is om verbintenisse in die lewe te roep. Dit is gesluit as die partye ooreengekom het om 'n bepaalde saak teen 'n bepaalde prys te koop en te verkoop.<sup>4</sup> Die gevolge daarvan, die verbintenisse, bestaan dan. Die verbintenisskeppende ooreenkoms skep, wat beskikbaarstelling van die saak betref, slegs die verpligting tot verskaffing van *vacua possessio*. Waar eiendomsreg op grond van 'n verbintenisskeppende ooreenkoms oorgedra word, geskied dit deur 'n afsonderlike regshandeling, te wete *traditio*, waardeur aan die verpligting wat in die koopkontrak onderneem is, uitvoering gegee word.<sup>5</sup> Aangesien eiendom slegs in die koopkontrak voorbehou kan word as die koopkontrak self eiendomsoorgang teweegbring, is dit duidelik dat 'n voorwaarde wat eiendomsoorgang op 'n koper reël nie die *koopkontrak* kan kwalifiseer nie. Anders gestel kan 'n mens sê dat die voorwaarde alleenlik op die leweringsgevolg betrekking

<sup>3</sup>In ons reg het voorwaardelike eiendomsoordrag nog nie indringende aandag geniet nie. In die Duitse en Nederlandse reg waar eiendomsreg op dieselfde wyse oorgedra word as in die Suid-Afrikaanse reg, het die aangeleentheid reeds heelwat aandag geniet en daarom sal in die onderstaande telkens na hierdie regstelsels verwys word.

<sup>4</sup>Voet 18 1 24; sien ook Mackeurtan *Sale of Goods in South Africa* (4e uitg 1972) 98.

<sup>5</sup>In dieselfde trant De Villiers "Die Betekenis van die Opskortende Voorwaarde by 'n Ooreenkoms" 1943 *THRHR* 19.

het en nie op die leweringsverpligting ingevolge die koopkontrak nie. Wat wel waar is, is dat in die koopkontrak ooreengekom word dat eiendom voorbehou word, maar dit veroorsaak nie dat die koopkontrak self voorwaardelik word nie. Die voorwaarde as sodanig het net op traditio betrekking.<sup>6</sup> Dit bring ons dan by die aanwending van 'n voorwaarde op die gebied van die sakereg.

### TOEPASLIKHEID VAN 'N VOORWAARDE IN DIE SAKEREG

In die Suid-Afrikaanse reg word die voorwaarde tradisioneel net in die verbintenissereg en erfreg aangetref. Dit is ook die posisie in die Nederlandse reg<sup>7</sup> maar nie in die Duitse reg nie. In die *BGB* word die voorwaarde in die *Allgemeiner Teil* gereël en word dit beskou as 'n incidentale wat by iedere regshandeling geoorloof is.<sup>8</sup> Dit bring die vraag na vore of die voorwaarde op die gebied van die sakereg enige aanwending kan vind. Is dit naamlik ingevolge ons reg moontlik dat eiendomsreg voorwaardelik oorgedra kan word?

Sommige Nederlandse skrywers ontken dat 'n voorwaarde by 'n saaklike ooreenkoms gevoeg kan word. So het Houwing<sup>9</sup> geen beswaar daarteen dat ". . . de op eigendomsovergang gerichte wilsovereenstemming . . ."<sup>10</sup> 'n saaklike ooreenkoms genoem word nie. Hy het egter ernstig beswaar daarteen dat aan die saaklike ooreenkoms dieselfde werking as aan die verbintenisskeppende ooreenkoms toegeken word en dat die reëls van die verbintenisskeppende ooreenkoms ook op die saaklike ooreenkoms toegepas word.<sup>11</sup> Dit kan volgens Houwing nie gebeur nie omdat die twee ooreenkomste wesenlik verskil. Die verbintenisskeppende ooreenkoms het gebondenheid ten doel maar by die saaklike ooreenkoms gaan die reg nie oor omdat die vervreemder gebonde of verplig is om oor te dra nie, maar die ". . . zakelijke werking is het gevolg van het bewust zich van het over te dragen recht los maken, den wil van den vervreemder eenerzijds, het bewust aanvaarden van het recht, den wil van den verkrijger, anderzijds."<sup>12</sup> Dit is daarom volgens Houwing onverenigbaar met die *BW* dat daar vir die vervreemder "zakelijke gebondenheid" bestaan "[i]n den tusschentijd tusschen de wilsovereenstemming en de vervulling van de voorwaarde . . ."<sup>13</sup> Die partye kan met ander woorde nie ooreenkom dat eiendom by die aanbreek van 'n onsekere toekomstige gebeurtenis op die oordraer sal terugval (ontbindende voorwaarde) of op die verkryger sal oorgaan (opskortende voorwaarde) sonder om die betrokke partye se wil op die toekomstige tydstep in

<sup>6</sup>*Wolf v Richards* (1884) 3 HCG 102; *Pennefather v Gokul* 1960 4 SA 42 (N) 43-44; De Wet en Yeats *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* (3e uitg 1964) 101 vn (q); dit word hier duideliker gestel as in die vierde uitg van hierdie werk); Diemont, Marais en Aronstam *The Law of Hire-purchase in South Africa* (4e uitg 1978) 16 18-19; Mackeurtan 96; Mostert, Joubert en Viljoen *Die Koopkontrak* (1972) 103.

<sup>7</sup>Van Dijk *Geschiedenis, Aard en Werking van het Eigendomsvoorbehoud* (1940) 42.

<sup>8</sup>Par 158 ev.

<sup>9</sup>*Praeadvies oor Overdracht van Toekomstige Rechten* (1940) 22 ev 39 ev.

<sup>10</sup>25.

<sup>11</sup>23.

<sup>12</sup>25.

<sup>13</sup>42.

ag te neem nie. Hul wil is steeds by vervulling van die voorwaarde nodig om die reg te laat oorgaan. En hierdie wil moet dus òf opnuut gevorm word òf ten minste nog voortduur.

Volgens Suijling kan 'n ontbindende voorwaarde nie aan 'n saaklike ooreenkoms toegevoeg word nie omdat dit tot die erkenning van tydelike eiendom sou lei wat volgens hom onmoontlik is.<sup>14</sup> Teen 'n saaklike ooreenkoms onderworpe aan 'n opskortende voorwaarde het hy egter geen beswaar nie.<sup>15</sup> Ook Houwing se beswaar is nie op teoretiese of dogmatiese oorwegings gebaseer nie – hy meen slegs dat 'n mens nie op grond van die Nederlandse positiewe reg “saaklike gebondenheid” aan die saaklike ooreenkoms kan koppel nie en dus ook geen voorwaarde nie.<sup>16</sup>

Daar bestaan dan ook geen rede waarom die saaklike ooreenkoms nie van 'n voorwaarde vergesel kan word nie. Hoekom sou 'n persoon by die aangaan van 'n verbintenisskeppende ooreenkoms 'n kwalifikasie aan sy wil kan heg en nie as hy 'n saaklike ooreenkoms aangaan nie?<sup>17</sup> Hierbo is daarop gewys dat traditio bestaan uit die saaklike ooreenkoms plus die verskuiwing van beheer oor die saak. Uit die saaklike ooreenkoms blyk watter reg oorge-dra word, byvoorbeeld of dit 'n pandreg, vruggebruik of eiendomsreg is. Die fisiese oorhandiging is altyd dieselfde. Dit is dus vanselfsprekend dat net die saaklike ooreenkoms voorwaardelik kan wees en nie die feitlike element nie.<sup>18</sup> Dit sou immers onmoontlik wees om die blote fisiese verskuiwing van beheer aan 'n voorwaarde onderworpe te stel aangesien dit op sigself geen wilsmoment bevat nie. Die vraag is egter of sowel 'n ontbindende as 'n opskortende voorwaarde by die saaklike ooreenkoms gevoeg kan word.

## DIE SAAKLIKE OOREENKOMS EN 'N ONTBINDENDE VOORWAARDE

Die meeste skrywers oor die aard van eiendomsvoorbehoud in die negentiende eeu meen dat die pactum reservati dominii òf 'n ontbindende òf 'n opskortende voorwaarde kan bevat.<sup>19</sup> Watter konstruksie in 'n gegewe

<sup>14</sup>Inleiding tot *het Burgerlijk Recht* 5e stuk *Zakenrecht* (1940) 93–94 267–268; sien ook Houwing 38.

<sup>15</sup>267–268.

<sup>16</sup>27 39 e.v.

<sup>17</sup>Vir die meeste Nederlandse skrywers is 'n voorwaardelike saaklike ooreenkoms heeltemal aanvaarbaar – sien Wiarda *Cessie of Overdracht van Schuldvorderingen op Naam naar Nederlandsche Burgerlijk Recht* (1937) 126; Zevenbergen *Het Afbetalingscontract* (2e uitg 1938) 88 90; De Bruijn “Voorwaardelijke Regelingen bij Huwelijksvoorwaarden” 1945 *WPNR* no 3905 bl 235; Veenhoven *Eigendomsoverdracht tot Zekerheid* (1955) 23; Van Dijk 43.

<sup>18</sup>Sien Krause “Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts” 1939 *Archiv für die civilistische Praxis* 317; Rühl *Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft* (1930) 86; Schultz *Eigendomsverkriging bij Koop van Roerende Goederen in het Westeuropees Internationaal Privaatrecht* (1955) 165.

<sup>19</sup>Duncker “Ueber das Pactum Reservati Dominii” 1833 *Rheinisches Museum für Jurisprudenz* 81 86 e.v.; Müller “Ueber das Pactum Reservati Dominii” 1829 *Archiv für die civilistische Praxis* 247 e.v.; Glück *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld XVI* (1814) 230; Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrechts I* (1963 herdr van 1906-uitg) 890; Vangerow *Lehrbuch der Pandekten I* (1863) 568.

geval aanwesig sal wees, sal afhang van die bedoeling van die partye. In gevalle van twyfel gee sommige skrywers egter voorkeur aan die konstruksie met die ontbindende voorwaarde.<sup>20</sup> Volgens hierdie siening beteken dit vanselfsprekend dat die koper eienaar word en die voorstanders van die standpunt meen dat dit meer in ooreenstemming met die bedoeling van die partye is dat die koper eienaar is.<sup>21</sup> Hierdie opvatting is gestimuleer deur die feit dat die koper heel dikwels ook regtens in die posisie van die ware eienaar geplaas is.

Eiendomsvoorbehoud het naamlik in die sewentiende eeu in verband met onroerende goed ontstaan<sup>22</sup> en 'n koper van onroerende goed onder eiendomsvoorbehoud was vanweë sy besit grootliks in die posisie van 'n eienaar. Verder is die koper in sommige wetgewing inderdaad as eienaar beskou terwyl die verkoper slegs as die houër van 'n saaklike sekerheidsreg beskou is.<sup>23</sup> Hierdie siening het eiendomsvoorbehoud met die doel vereenselwig waarvoor dit in die lewe geroep is, naamlik om sekuriteit aan die verkoper te verskaf vir die vordering wat hy teen die koper het. Om hierdie doel te bereik, is dit nie nodig dat die verkoper eienaar hoef te bly nie. Eiendomsvoorbehoud is sodoende bloot as 'n besitslose sekerheidsreg beskou waarvolgens die koper eienaar was terwyl die verkoper óf houër van 'n hipoteek kon wees, óf sekuriteit kon geniet deurdat eiendomsreg wel op die koper oorgaan maar as hy die koopprys nie betaal nie verkry die verkoper weer 'n aanspraak op die koopsaak. Die enigste weg waarlangs hierdie resultaat bereik kon word, was om van 'n ontbindende voorwaarde gebruik te maak.

As eiendomsreg op die koper oorgaan, is die vraag egter welke sekuriteit die verkoper geniet. Dit is vanselfsprekend dat 'n verkoper alleenlik geneë sou wees om eiendomsreg van sy onbetaalde saak af te staan as hy behoorlike, en verkieslik saaklike, sekuriteit geniet. Volgens die voorstanders van die ontbindende voorwaarde-teorie sal dit van die bedoeling van die partye afhang of hy saaklike sekerheid sal geniet al dan nie.<sup>24</sup> Hulle onderskei tussen outomatiese terugval van eiendomsreg na die verkoper en terugoordrag daarvan aan hom. In eersgenoemde geval het die verkoper 'n saaklike reg en in die tweede geval 'n persoonlike reg. As eiendomsreg ipso iure op die verkoper terugval, lyk dit op die oog af na eiendomsorgang op grond van *blote* ooreenkoms. Die voorstanders van die onderhawige konstruksie wys egter daarop dat dit nie die geval is nie omdat die verkoper nie regsnavolger van die eerste verkryger is nie. Hy word eenvoudig deur regswerking weer eienaar. Terugoordrag kom glad nie ter sprake nie omdat die koper met

<sup>20</sup>Sien veral Windscheid 891 vn 18(a); Müller 247 e.v.; Let daarop dat ons hier met 'n ontbindende voorwaarde te doen het wat op die eiendomsorgang betrekking het – dit is nie die koopkontrak wat aan 'n ontbindende voorwaarde onderworpe is nie.

<sup>21</sup>Windscheid 891 vn 18(a).

<sup>22</sup>Frank *De Overeenkomst van Huurkoop* (1929) 6; Van Dijk 38; Duncker 165; Cohen "Die geschichtliche Entwicklung des Eigenthumsvorbehaltes" 1893 *Grünhut, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* 697.

<sup>23</sup>Sien *Die sächsische erlernte Processordnung* (1724) tit 42 par 7; *Die preussische Hypothekenordnung* (1783); *Das bayerische Hypothekengesetz* (1822) en *Die kurhessische Verordnung* (1828) par 7.

<sup>24</sup>Müller 258 e.v.; Windscheid 891 vn 18(a).



intrede van die voorwaarde opgehou het om eienaar te wees en dus nie kan oordra wat hy nie het nie.<sup>25</sup> Dit beteken dat alle sakeregtelike handeling wat die oorspronklike koper intussen in verband met die saak aangegaan het kragteloos word sodra die voorwaarde vervul word. Die oorspronklike verkoper kon die saak dan van enige derde met die rei vindicatio opeis.<sup>26</sup>

Ook in die moderne Duitse en Nederlandse reg word vry algemeen erken dat eiendomsreg onderworpe aan 'n ontbindende voorwaarde oorgedra kan word.<sup>27</sup> V kan dus sy saak aan K verkoop en eiendomsreg oordra maar ooreenkom dat as K die prys nie op die ooreengekome tyd betaal nie, eiendomsreg na V terugkeer.

Hierdie opvatting is vir kritiek vatbaar. 'n Afspraak waarvolgens eiendomsreg in sekere omstandighede op die verkoper sal terugval, kan geen pactum reservati dominii genoem word nie. Dit is 'n ander wyse om sekuriteit te verkry en geen verklaring vir die pactum reservati dominii nie. Eiendomsreg het immers inderdaad op die koper oorgegaan en slegs oor die terugkeer daarvan na die vorige eienaar is ooreengekom. Die benaming eiendomsvoorbehoud daarenteen dui egter juis daarop dat eiendomsreg voorbehou is en dat geen reg met ander woorde oorgegaan het nie.<sup>28</sup> As iemand 'n reg prysgee en ooreenkom dat die reg onder sekere omstandighede beskou moet word asof dit nie prysgegee is nie, behou hy niks voor nie maar beding vir hom die terugverkryging van 'n reg wat hy nie meer het nie. Dit sou dus beter wees om te sê dat die verkoper beding het dat eiendomsreg by nie-vervulling van die voorwaarde na hom sal terugkeer.<sup>29</sup>

Hierdie konstruksie is in elk geval by ons statutêre huurkoopkontrak om verskeie redes onaanwendbaar. Eerstens moet eiendomsreg daar *voorbehou* word.<sup>30</sup> Verder is dit vandag algemene praktyk dat die handelaar hierdie kontrakte nie self finansier nie maar hulle by 'n finansieringsmaatskappy verdiskonteer. Ook vir die maatskappy moet die eiendomsreg van die koop-saak as sekuriteit dien en as die huurkoopverkoper die saak ontbindend voorwaardelik aan die huurkoopkoper oorgedra het, kan hy nie eiendomsreg aan die maatskappy oordra nie. Al wat hy sal kan oordra, is die reg dat eiendomsreg sal terugval as die koper sy verpligtinge nie nakom nie. Dit bots so met gevestigde praktyk waarvolgens die maatskappy eienaar is dat hierdie konstruksie eenvoudig nie aanvaar sal word nie.

Eiendomsoordrag onderworpe aan 'n ontbindende voorwaarde is ook om ander redes onaanvaarbaar en of dit in ons reg hoegenaamd erken sal word, is hoogs twyfelagtig. In die moderne ekonomiese verkeer is dit eenvoudig ondenkbaar dat 'n persoon wat inderdaad eienaar van 'n saak is, die saak aan 'n derde kan vervreem en die oorspronklike verkoper dan die saak

<sup>25</sup>Sien Windscheid 471 vn 1; Vangerow 150; Leist *Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien* (1889) 16.

<sup>26</sup>Vangerow 151.

<sup>27</sup>Sien Rühl *Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft* (1930) 8; Serick *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung I* (1963) 76 vn 7; Zevenbergen 89.

<sup>28</sup>Duncker 87; Vangerow 569.

<sup>29</sup>Rühl 8; Jacusiel *Der Eigentumsvorbehalt* (1932) 2.

<sup>30</sup>Sien a 1 van die Huurkoopwet 36 van 1942.

met sy rei vindicatio van die derde kan opeis omdat die eiendomsoorgang tussen die oorspronklike verkoper en koper ontbind het.<sup>31</sup> Die derde sal in die meeste gevalle geheel en al onbewus wees van die onderhandelinge tussen die oorspronklike verkoper en koper. Dit is duidelik dat sodanige konstruksie net tot oneindige onsekerheid sal lei.<sup>32</sup>

Wat eiendomsoordrag onderworpe aan 'n ontbindende voorwaarde betref, sê Diemont, Marais en Aronstam<sup>33</sup> die volgende:

“Instalment sales subject to the resolute condition that the ownership passes to the buyer but shall revert to the seller in the event of the buyer's default do not enjoy any great popularity in the hire-purchase business in South Africa, nor do they present any particular difficulty.”

Wat die skrywers hier beoog, is die soort kontrak wat in artikel 1 van die Huurkoopwet beskryf word as 'n “kontrak van verkoop op afbetaling”. By hierdie kontrakvorm gaan eiendomsreg op die koper oor maar in die betrokke bepaling is daar geen aanduiding dat eiendomsreg in sekere omstandighede op die verkoper sal terugval of selfs noodwendig na hom sal terugkeer nie. Al wat gesê word, is dat die verkoper op teruggawe van die verkoopte goed geregtig sal wees as die koper sekere spesifiek omskrewe vereistes nie nakom nie. Dit beteken dat aan die verkoper die reg verleen word om terug te tree as die koper sy verpligtinge nie nakom nie. Hy *hoef* egter nie terug te tree nie. Dit is dus glad nie seker dat hy weer eienaar van die saak sal word nie. In elk geval is dit duidelik dat die “voorwaarde” nie die eiendomsreg raak nie maar die verbintnisse. Of ons hier dus hoegeenaamd met 'n ontbindende voorwaarde te doen het, is twyfelagtig. Dit lyk eerder na 'n *lex commissoria* want as hier werklik 'n ontbindende voorwaarde voorhande is, sou die verbintnisse outomaties ontbind as die skuldenaar sy verpligtinge nie nakom nie. Juis om die rede kan ook die *lex commissoria* nie as 'n ontbindende voorwaarde beskou word nie.<sup>34</sup> Dit is slegs 'n terugtreedingsbeding waarvan die verkoper gebruik kan maak as hy wil.<sup>35</sup>

Ook Flemming<sup>36</sup> maak melding van “'n [k]oopkontrak met die bepaling dat eiendomsreg na die verkoper terugval by wanbetaling . . .” Hy dui egter nie nader aan hoe hy die ontbindende voorwaarde hier konstrueer nie.

Voet<sup>37</sup> sê dat as 'n *lex commissoria* uitdruklik aan die koopkontrak toegevoeg word,<sup>38</sup> die verkoper, as hy terugtree, 'n keuse het tussen die rei

<sup>31</sup>Vgl bv die omstandighede in *Preller v Jordaan* 1956 1 SA 483 (A).

<sup>32</sup>Sien ook Lambsdorff *Handbuch des Eigentumsvorbehalts im deutschen und ausländischen Recht* (1974) 8.

<sup>33</sup>20; sien ook 215.

<sup>34</sup>Sodanige mening word gehuldig deur Mackeurtan 66; Wille *Principles of South African Law* (1970) 339; Van Winsen “Theories of Hire-Purchase” 1930 *SALJ* 390; Diemont, Marais en Aronstam 19.

<sup>35</sup>Sien De Wet en Yeats (4e uitg) 148 vn 43; De Vos “Mora Debitoris and Rescission” 1970 *SALJ* 308.

<sup>36</sup>Huurkoopreg (2e uitg 1974) 4.

<sup>37</sup>18 3 2.

<sup>38</sup>Voet het te doen met alle gevalle waar 'n *lex commissoria* aan 'n koopkontrak gevoeg word en nie net as daar ook voorbehoud van eiendomsreg is nie.

vindicatio en 'n aksie op grond van die kontrak. In sodanige geval word die saak as inempta beskou. In albei gevalle sal die eis basies op dieselfde neerkom: teruggawe van die saak plus skadevergoeding waar toepaslik. Die groot verskil is egter dat as die verkoper met die rei vindicatio optree, hy die saak in die hande van derdes kan opvolg want hy is immers die eienaar.<sup>39</sup> Hierdie beskouing is moeilik begryplik. Voet het hier te doen met 'n pactum wat by die *koopkontrak* gevoeg word. Deur aan die verkoper die rei vindicatio toe te sê, betrek hy egter ook noodwendig traditio, met ander woorde die sakeregtelike handeling. Die verkoper moet immers op een of ander wyse weer eienaar word – aangesien eiendomsreg inderdaad reeds op die koper oorgegaan het. En hoe 'n pactum by die *koopkontrak* tot gevolg kan hê dat eiendomsreg outomaties op die verkoper terugval, is moeilik om te verstaan. Die koopkontrak het immers nie eiendomssoorgang tot gevolg nie. Die posisie sou anders gewees het as 'n ontbindende voorwaarde by die saaklike ooreenkoms gevoeg word soos in die gevalle hierbo bespreek maar daarvan is hier geen sprake nie.

'n Mens moet versigtig wees om nie die *lex commissoria* met eiendomsvoorbehoud te verwar nie. Gelykstelling van die twee regsfigure is verkeerd omdat eiendomsvoorbehoud met eiendomsdrag te doen het, terwyl die *lex commissoria* op die verbintenisskeppende ooreenkoms betrekking het.

Waar 'n verkoper vir hom 'n *lex commissoria* in 'n koopkontrak beding, word dit vandag in ons reg uitgelê as 'n beding waarvolgens die verkoper uit die koopkontrak kan terugtree en dan met die *actio empti* teen die koper kan optree.<sup>40</sup> Hy het met ander woorde slegs 'n persoonlike reg en as die eerste koper die saak intussen vervreem het, kan hy net skadevergoeding van die eerste koper eis.

Uit bostaande is duidelik dat die *lex commissoria* as pactum by die koopkontrak nie verwar moet word met 'n ontbindende voorwaarde by die saaklike ooreenkoms by vervulling waarvan eiendomsreg ipso iure na die verkoper terugval nie. Laasgenoemde konstruksie het sover vasgestel kon word nog nooit in die Suid-Afrikaanse reg inslag gevind nie.<sup>41</sup> Weens die onsekerheid wat dit sal meebring, kan dit ook nie aanbeveel word nie.

## DIE SAAKLIKE OOREENKOMS EN 'N OPSKORTENDE VOORWAARDE

Bostaande uiteensetting lei tot die gevolgtrekking dat die enigste voorwaarde waarmee ons by eiendomsvoorbehoud te doen kan hê 'n opskortende voorwaarde is.

<sup>39</sup>Diemont, Marais en Aronstam 215; Mackeurtan 68; sien ook *Wolf v Richards* (1884) 3 HCG 102 118.

<sup>40</sup>De Wet en Yeats (4e uitg) 148 vn 43; Mackeurtan 68–69; sien in hierdie verband ook Diemont, Marais en Aronstam 215.

<sup>41</sup>In die verband kan 'n mens verwys na *Van der Merwe v Karroo (sic) Vleisbeurs Bpk* 1963 3 SA 831 (K) waarin beslis is dat waar 'n koopkontrak deur 'n hofbevel gekanselleer word dit nie tot gevolg het dat die verkoper weer outomaties eienaar van die saak word nie – eers as die saak weer aan die verkoper gelewer word, sal hy eienaar word (835H).

Uit die omskrywing wat die Huurkoopwet<sup>42</sup> van 'n huurkoopkontrak gee en waarin eiendomsvoorbehoud maar by implikasie na vore kom, is daar hoegenaamd geen aanduiding op watter regshandeling die voorwaarde betrekking het in die kompleks van handeling wat ter sprake kom as 'n saak verkoop en in eiendomsreg aan die koper oorgedra word nie. Uit wat hierbo gesê is, is dit egter duidelik dat die voorwaarde slegs op traditio, en meer bepaald op die saaklike ooreenkoms, betrekking kan hê.

Ook is reeds daarop gewys dat die voorwaarde in ons reg tradisioneel net in die verbintenisreg en erfreg voorkom maar dat daar geen beswaar kan wees teen aanwending daarvan by die saaklike ooreenkoms nie. Oor die presiese konstruksie van die opskortende voorwaarde in die verbintenisreg heers in die Suid-Afrikaanse reg geen eensgesindheid nie. Die twis gaan oor die vraag of die "kontrak" self opskort word of net die volle werking van die verbintenis wat daaruit voortvloei. Ons howe<sup>43</sup> is van mening dat 'n opskortende voorwaarde die regshandeling, in casu die koopkontrak, as sodanig opskort. Hiermee word bedoel dat die kontrak nie alleen nog nie tot stand gekom het nie maar ook dat voor vervulling van die opskortende voorwaarde nog geen verbintenis bestaan nie. Hierdie opvatting is onaanvaarbaar en verreweg die meeste van ons regsryers is dan ook van mening dat die kontrak as regsfeit dadelik tot stand kom en dat slegs die volle werking van die gevolge daarvan, die verbintenis, opgeskort word hangende vervulling van die voorwaarde.<sup>44</sup> Wat die konstruksie van die opskortende voorwaarde betref, is dit vanselfsprekend dat die reëling van die voorwaarde by die verbinteniskeppende ooreenkoms nie sonder meer by die saaklike ooreenkoms toegepas kan word nie omdat die twee regsgebiede uit die aard van die saak verskil.<sup>45</sup> <sup>46</sup> So kan die prestasie by die opgekorte verbinteniskeppende ooreenkoms voor vervulling van die voorwaarde glad nie opgeëis word nie. By die saaklike ooreenkoms is die posisie oënskynlik anders want die verkryger het dadelik gebruik en genot van die saak sodat dit lyk asof niks opgeskort is nie. Dit is egter nie die geval nie. Hier word juis voorgestel dat dieselfde konstruksie wat hierbo vir die verbinteniskeppende ooreenkoms aan die hand gedoen is ook vir die saaklike ooreenkoms geld. Net soos die werking van die verbintenis by die verbinteniskeppende ooreenkoms opgeskort word en nie volledig intree voor die voor-

<sup>42</sup>a 1.

<sup>43</sup>Sien by *Quirk's Trustees v Assignees of Liddle and Co* (1885) 3 SC 322; *Corondimas v Badat* 1946 AD 548 558-559 en onlangs weer *Vorster v Snyman* 1974 4 SA 450 (K) veral 453A-B; *Cotton Tail Homes (Pty) Ltd v Palm Fifteen (Pty) Ltd* 1977 1 SA 264 (W) en *Le Roux v Sentraalwes Personeel Ondernemings (Edms) Bpk* 1977 2 SA 510 (K).

<sup>44</sup>Sien oa Nienaber "Opskortende of Ontbindende Voorwaarde?" 1967 *THRHR* 353; De Villiers 13; Kahn *Contract and Mercantile Law through the Cases* 209; Cronjé en Lotz "Die Koopkontrak en 'n Opskortende Voorwaarde" 1977 *THRHR* 276; De Wet en Yeats (4e uitg) 135. sien ook *Odendaalsrust Municipality v New Nigel Estate Gold Mining Co Ltd* 1948 2 SA 656 (O) 665-667 en *R v Katz* 1959 3 SA 408 (K) 417D-G. Aangesien die opmerkings mbt 'n kontrak wat aan 'n opskortende voorwaarde onderworpe is in die *Katz*-saak obiter was en ook die *Odendaalsrus*-saak in dié verband nie in alle opsigte heeltemal duidelik is nie, moet die twee beslissings egter met versigtigheid gelees word.

<sup>45</sup>Net soos die verbintenisreg van die erfreg verskil.

<sup>46</sup>Sien Schultsz 161; Van Dijk 43.

waarde vervul word nie, net so word nie die regshandeling self, die saaklike ooreenkoms, opgeskort nie maar wel eiendomsoorgang, die regsgevolg van die saaklike ooreenkoms en verkry die verkryger nie eiendomsreg voor vervulling van die voorwaarde nie. Ten spyte van oorhandiging van die saak en die feit dat die verkryger beheer daarvoor verkry gaan eiendomsreg nie op die koper oor nie omdat die partye so afgespreek het.<sup>47</sup> Die verskil tussen voorwaardelike en onvoorwaardelike lewering is met ander woorde nie in die aard of wese van die regshandeling as sodanig geleë nie maar slegs in die gevolg of werking daarvan.<sup>48</sup> Al die vereistes wat die reg stel vir onvoorwaardelike eiendomsoordrag van 'n roerende saak, te wete die saaklike ooreenkoms en feitelike beheersverskuiwing moet ook vir voorwaardelike eiendomsoordrag nagekom word. Onvoorwaardelike eiendomsoordrag het egter onmiddellike eiendomsoorgang tot gevolg maar by eiendomsoordrag waaraan 'n opskortende voorwaarde geheg is, gaan eiendomsreg eers finaal oor as die voorwaarde vervul word. Anders as by die normale geval van eiendomsverkryging waar die *regshandeling, eiendomsoordrag* (of lewering) en die *regsgevolg, eiendomsoorgang*, saamval, is die regshandeling en sy gevolg hier geskei. In die geval van eiendomsoorgang onderworpe aan 'n opskortende voorwaarde vind die regshandeling, eiendomsoordrag, reeds by oorhandiging van die saak plaas en slegs die regsgevolg daarvan, te wete *eiendomsoorgang*, word uitgestel hangende vervulling van die voorwaarde. As eiendomsreg dus opskortend voorwaardelik oorgedra word, kom die handeling soos 'n onvoorwaardelike tot stand behalwe dat die gevolg nie intree voordat die voorwaarde plaasvind nie. Die regshandeling is reeds aangegaan en latere wilswysigings sou dus irrelevant wees.

Alhoewel eiendom by eiendomsoordrag waaraan 'n opskortende voorwaarde geheg is eers finaal oorgaan as die voorwaarde vervul word, (traditio verkry met ander woorde dan eers volle werking), het sodanige voorwaardelike saaklike ooreenkoms wel deeglik van die begin af regsgevolg. So word die regspisio reeds by sluiting van die ooreenkoms verander deurdat die reg by vervulling van die voorwaarde ipso iure op by 'n huurkoopkoper sal oorgaan<sup>49</sup> sonder dat enige verdere wilsverklaring tussen die partye nodig is.<sup>50</sup> Verder beteken voorwaardelike eiendomsoordrag dat die huurkoopverkoper nou eienaar onderworpe aan 'n ontbindende voorwaarde is. Hy kan dus nie meer die saak aan 'n derde verkoop en lewer op so 'n wyse dat die huurkoopkoper nie by vervulling van die voorwaarde eienaar word nie. Hy kan immers nie meer regte oordra as wat hy self het nie.

Hoe die voorwaarde in die hele kompleks van verbintenisskeppende en sakeregtelike handeling inpas, kan alleenlik goed begryp word as die innerlike samehang tussen die twee regshandelinge voortdurend in gedagte gehou

<sup>47</sup>Sien Larenz *Schuldrecht* II (10e uitg 1972) 83.

<sup>48</sup>Zevenbergen 61 90; De Bruijn 235.

<sup>49</sup>Mits die huurkoopverkoper nie insolvent raak nie. Die verkoper bly immers eienaar sodat die saak by sy insolvensie in sy boedel val. sien hieroor Cronjé *Eiendomsvoorboud by 'n Huurkoopkontrak van Roerende Sake* (1977) proefskrif RAU 320 ev.

<sup>50</sup>Sien De Bruijn 235; Zevenbergen 88 90; Soergel-Siebert-Mühl *Bürgerliches Gesetzbuch Sachenrecht* (par 854-1296) 10e uitg 1968) 242. Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch* (34e uitg 1975) 994.

word. Die koop is immers die *causa traditionis* en nie alleen vloeit traditio uit die koopkontrak voort nie maar gedurende die tydperk voor vervulling van die voorwaarde loop albei regshandelinge volkome hand aan hand. In die koopkontrak beding die verkoper vir hom die bevoegdheid om eiendomsreg voor te behou wanneer hy dit oordra, meer bepaald as hy die saaklike ooreenkoms aangaan. Van Dijk<sup>51</sup> praat in die verband van 'n beding van eiendomsvoorbehoud en die eiendomsvoorbehoud self. Eersgenoemde geskied in die koopkontrak en laasgenoemde by die saaklike ooreenkoms. 'n Onderneming om te betaal, is 'n essentiale van die koopkontrak maar wat die saaklike ooreenkoms betref, is dit 'n opskortende voorwaarde.<sup>52</sup>

Alhoewel die opskortende voorwaarde in die eiendomsvoorbehoudkonstruksie slegs die sakeregtelike uitvoeringshandeling kwalifiseer, het eiendomsvoorbehoud ook implikasies vir die verbinteniskeppende ooreenkoms.<sup>53</sup> Dit blyk die duidelikste uit die geval waar eiendomsvoorbehoud nie in die koopkontrak gereël word nie.<sup>54</sup> So is dit moontlik dat in die koopkontrak geen melding van die eiendomsvoorbehoud gemaak word nie maar dat die verkoper by oorhandiging van die saak besluit om eiendomsreg voor te behou. Dit is duidelik dat hy dit nie eensydig kan doen sonder om kontrakbreuk te pleeg nie.<sup>55</sup> Ingevolge die koopkontrak is hy immers verplig om aan die koper *vacua possessio* te verskaf wat sal meebring dat die koper eienaar word as die verkoper eienaar is. Deur nou slegs voorwaardelik te lewer, pleeg hy kontrakbreuk en sal die koper onvoorwaardelike eiendoms-oordrag kan eis. Dit geld natuurlik net as aan die koper krediet verleen is want andersins sal hy tegelyk met die verkoper moet presteer.<sup>56</sup>

Waar die verkoper egter onder eiendomsvoorbehoud verkoop het, word sy verpligtinge op 'n besondere wyse gereël. Dit beteken dat hy hom verplig het om die saak, voordat hy volledig betaal is, aan die koper te verskaf om hom sodoende die genot daarvan te gee. Maar hy is nie verplig om eiendomsreg dan reeds aan die koper te laat toekom nie. Op hierdie stadium het die verkoper aan sy verpligtinge voldoen as hy die saak oorhandig het en eiendomsreg opskortend voorwaardelik aan die koper oorgedra het.<sup>57</sup> Op meer het die koper ook geen aanspraak nie omdat hy nie daarop ooreengekom het nie.

## SLOTBESKOUING

As 'n mens na die regsposisie tussen die partye kyk waar eiendomsreg voorbehoud word (byvoorbeeld by 'n huurkoopkontrak), word dadelik opgemerk dat die verkryger (byvoorbeeld die huurkoopkoper) in 'n baie sterk posisie verkeer. Hy word vir byna alle praktiese doeleindes eintlik as die

<sup>51</sup>44-45.

<sup>52</sup>Van Dijk 47.

<sup>53</sup>Dws as dit daarin gereël word wat gewoonlik die geval sal wees - sien Larenz II 84; Serick 76; Rühl 194.

<sup>54</sup>Serick 76; Larenz II 84. Wat die huurkoopkontrak betref, sal dit nooit die geval wees nie maar soos gesê, moet in gedagte gehou word dat eiendomsvoorbehoud ook buite die huurkoopverband kan voorkom.

<sup>55</sup>Larenz II 84.

<sup>56</sup>Serick 77; Larenz II 84.

<sup>57</sup>Serick 77; Larenz II 84.

eienaar van die saak beskou. Hierbo is daarop gewys dat die funksie van eiendomsvoorbehoud alleenlik is om aan die oordraer sekerheid te verskaf vir die vordering wat hy teen die verkryger het. Reeds by oorhandiging van die saak aan die verkryger bestaan die bedoeling tussen die partye dat dit die vermoë van die vervreemder permanent moet verlaat; dat die verkryger op een of ander tyd eiendomsreg van die saak moet verkry en nie slegs tydelike gebruik nie. Al belang wat die oordraer in die verkoopte saak behou, is dat dit vir hom as sekuriteit moet dien en dat hy eiendomsreg daarvan aan 'n derde moet kan oordra ten einde finansiering te bekom. In meer bevoegdhede ten opsigte van die saak is hy ook nie geïnteresseerd nie. Hieruit is duidelik dat die konstruksie waarvolgens die verkryger aanvanklik slegs houterskap verkry en dat eers *gelewer* word as die voorwaarde vervul word, nie aanvaarbaar kan wees nie. Dit gee nie die ware posisie tussen die partye korrek weer nie – die verkryger verkeer immers feitelik in 'n baie sterker posisie en die oordraer in 'n baie swakker posisie as wat hierdie konstruksie te kenne wil gee. Pas is daarop gewys dat die bevoegdhede wat die oordraer ten opsigte van die verkoopte saak het en inderdaad in belang stel baie beperk is. As die verkryger aanvanklik slegs houterskap verkry, het die oordraer egter nog glad nie eiendomsreg oorgedra nie en sou hy derhalwe die saak teoreties aan 'n derde kon oordra en daardeur kon verhoed dat die eerste verkryger by vervulling van die voorwaarde eienaar word. Prakties sal hy dit egter net kan doen as hy die saak weer in die hande kry want hoe gaan hy anders besit aan die derde verskaf? Hoe dit ook al sy volgens hierdie konstruksie word te veel mag in die hande van die oordraer gelaat, al is dit dan ook net teoreties. In elk geval is hierdie resultaat ook nie in ooreenstemming met die bedoeling van die partye nie. Hulle wil net hê dat die eiendomsreg van die verkoopte saak as sekuriteit vir die oordraer moet dien. Hulle beoog nie dat die saak bo en behalwe die sekuriteitsbelang wat die oordraer daarin het nog steeds 'n bate in sy boedel moet vorm nie. Om bogenoemde redes lyk hierdie konstruksie dus nie aanvaarbaar as verklaring vir eiendomsvoorbehoud nie.<sup>58</sup>

Al hierdie probleme verdwyn egter met die konstruksie waarvolgens eiendomsreg opskortend voorwaardelik aan die verkryger oorgedra word. Nie alleen word die regsposisie volgens hierdie konstruksie teoreties die beste verklaar nie maar ook prakties word uitstekend in albei partye se behoeftes voorsien.

Eerstens word die vervreemder se sekuriteit op geen wyse daardeur in gevaar gestel nie want hy behou die rei vindictio vir die geval dat die verkryger sy verpligtinge nie nakom nie of die saak vervreem.<sup>59</sup> Die enigste ander wyse waarop die oordraer sy eiendomsreg kan aanwend, is soos reeds gesê om dit aan 'n derde oor te dra soos wat by verdiskontering van 'n huurkoopkontrak gebeur. Die feit dat die eiendomsreg reeds voorwaardelik aan die eerste verkryger oorgedra is, kan egter ook hier nie tot enige party se nadeel werk nie want ook vir die derde, byvoorbeeld die finansieringsmaatskappy, kan die eiendom slegs as sekuriteit dien. Die feit dat die ver-

<sup>58</sup>Die konstruksie waarvolgens eiendomsreg onderworpe aan 'n ontbindende voorwaarde oorgedra word, is reeds hierbo verwerp.

<sup>59</sup>So pleeg 'n huurkoopkoper diefstal as hy die saak vervreem – *R v Mapanga* 1953 2 SA 784 (N); *R v Campher* 1961 2 SA 401 (T); Fleming 99 218.

vreemder sy reg oordra, kan verder geen beperkende uitwerking op die regsposisie van die eerste verkryger hê nie. Hierdie konstruksie het egter wel tot gevolg dat die regsposisie van die eerste verkryger versterk word. Nie alleen het hy gebruik en genot van die saak nie maar of hy uiteindelik eiendomsreg van die saak gaan verkry, bly steeds in sy eie hande.<sup>60</sup> As hy sy paaielemente betaal, gaan hy eienaar word. Reeds by oorhandiging van die saak, by eiendomsoordrag, verkry die sakeregtelike posisie beslag en verdere ontwikkelinge lê in die hande van die verkryger. Verder behou die vreemder slegs eiendomsreg onderworpe aan 'n ontbindende voorwaarde. Hy kan dus nie verder oor die saak beskik op 'n wyse wat die verkryger sal benadeel nie; hy kan immers nie meer regte oordra as wat hy het nie. Hierdie resultaat lyk dan ook billik en in ooreenstemming met die bedoeling van die partye.

Wat die juridiese konstruksie van eiendomsvoorbehoud betref, wil dit dus voorkom of die konstruksie waarvolgens eiendomsreg onderworpe aan 'n opskortende voorwaarde oorgedra word vir al die betrokke partye die bevredigendste resultaat inhou.<sup>61</sup> □

*. . . customary rules are not law because they are declared to be so by the judges. On the contrary the judges enforce them because they are already antecedently to their decision binding law.*

*Bryce Studies in History and Jurisprudence*

<sup>60</sup>Behalwe in die geval van die oordraer, bv 'n huurkoopkoper, se insolvensie – sien vn 49 hierbo.

<sup>61</sup>Sien oor voorwaardelike eiendomsoordrag nou ook *Trust Bank van Afrika Bpk v Van Jaarsveldt*; *Trust Bank van Afrika Bpk v Bitzer* 1978 4 SA 115 (O) en die bespreking van hierdie saak in 1979 *THRHR* 108.



# Die rol van kennisgewing van sessie aan die skuldenaar

Susan Scott

BA LLD

Universiteit van Suid-Afrika

## SUMMARY

The requirement that a cessionary should notify the debtor of the cession is a controversial one in South African law. Although notice to the debtor is not a formal requirement for the validity of cession, the importance of this notice is stressed once the debtor pays the cedent in ignorance of the fact that he is no longer creditor. In the case of *Katz v Katzenellenbogen* 1955 3 SA 188 (T) it was decided that the principles of estoppel should be applied to determine the position of the parties. This viewpoint is favoured by some South African jurists. In *Brook v Jones* 1964 1 SA 765 (N), however, the court relied on Voet 18 4 15 and equitable considerations in determining the position of the parties. The present writer is of the opinion that proper regard has not been given to Voet 18 4 15 in the abovementioned cases and that the appellate division should reconsider the role of notice to the debtor in the South African law of cession. In this regard much can be learnt from European systems.

## I INLEIDING

In die Romeinse reg dien die denuntiatio 'n tweeledige doel. Eerstens verhoed dit dat die sedent na die sessie nog van die skuldenaar kan eis – sy actio directa is daarmee ongedaan gemaak – en tweedens verhoed die kennisgewing dat die skuldenaar bevrydend aan die sedent kan betaal.<sup>1</sup> Die Romaniste van die elfde tot die vyftiende eeu het die denuntiatio as 'n middel gesien waardeur bevrydende betaling aan die sedent verhinder kon word, terwyl die denuntiatio in Frankryk oor die algemeen as besitsaan-

---

<sup>1</sup>Wiarda *Cessie of Overdracht van Schuldvorderingen op Naam naar Nederlandsche Burgerlijk Recht* (1937) 22–24; Grosskopf *Die Geschiedenis van die Sessie van Vorderingsregte* (1960) 19–21; Pahl *Die Aanwending van Vorderingsregte ter Verzekering van Skulde* (proefskrif Stellenbosch 1972) 29 wys daarop dat die kennisgewing geen rol by die oordrag van die reg gespeel het nie, dog dat dit slegs die skuldenaar van die voltooide sessie in kennis gestel het. Uit die latere ontwikkeling blyk duidelik dat daar veel meer waarde aan die kennisgewing gegee is as wat Pahl daaraan wil toeken. Na my mening onderskat hy die waarde van C 8 41 3. Uit 'n bespreking van die ontwikkeling in die Middeleeue in Frankryk, Nederland en Duitsland blyk duidelik dat kennisgewing die juriste se aandag in beslag geneem het. Pahl vind dit vreemd dat die skuldenaar voor kennisgewing of deur die sedent of deur die sessionaris aangespreek kan word. Hy wys daarop dat die meeste skrywers geen verklaring vir hierdie posisie gee nie, maar wys nie self daarop watter belangrike rol die gedagte van die onoordraagbaarheid van die aksie tot in die negentiende eeu gespeel het nie. Vgl Scott *Sessie in die Suid-Afrikaanse Reg* (proefskrif Unisa 1978) 4 e.v.

vaarding beskou is.<sup>2</sup> In die *Code Civil* het die sessie nie teenoor derdes, insluitende die skuldenaar, werking voordat betekening of aanneming plaasgevind het nie.<sup>3</sup> Voor kennisgewing geld die oordrag dus slegs inter partes. Onder die oud-vaderlandse skrywers van Nederland bestaan daar verskil van mening oor die rol van kennisgewing. Diegene wat sterk deur die Romeinse reg beïnvloed is, hou vol dat kennisgewing aan die skuldenaar moet geskied,<sup>4</sup> terwyl andere aanneem dat kennisgewing aan die skuldenaar nie noodsaaklik is nie.<sup>5</sup> Voet se verklaring vir die bevrydende betaling is dat die skuldenaar betaal aan die persoon aan wie hy gebonde is. Die nadeel wat die sessionaris as gevolg hiervan gely het, is slegs aan sy eie nalatigheid te wyte aangesien hy versuim het om kennis van die sessie aan die skuldenaar te gee. Voet beskou die kennisgewing dus as 'n maatreël waardeur die sessionaris sy belange kan beskerm.<sup>6</sup> Artikel 668(2) van die *Nederlandse Burgerlijke Wetboek* bepaal dat die sessie ten aansien van die skuldenaar geen gevolg het voordat betekening of aanneming plaasgevind het nie.<sup>7</sup> Voor kennisgewing is die sakeregtelike oordrag dus voltooi, dog nie die verbintenisregtelike vervanging van skuldeisers nie: om dit te bereik, word kennisgewing of aanneming vereis.<sup>8</sup>

Oor die rol van betekening het die Duitsers heelwat bespiegel. Die vroeëre juriste van die *Usus Modernus Pandectarum* sien die *denuntiatio* as 'n beskermingsmaatreël, omdat hulle die reg as onoordraagbaar beskou met die gevolg dat die sedent sy reg behou en nog altyd kan eis.<sup>9</sup> Lauterbach<sup>10</sup> wys daarop dat aangesien die reg volgens Duitse gemene reg oordraagbaar is, die *denuntiatio* geen rol by die sessie speel nie. Wehrn en Anckelman<sup>11</sup> stel die *denuntiatio* aan *traditio* gelyk. Volgens Mühlenbruch<sup>12</sup> vervul *denuntiatio* en *litis contestatio* dieselfde rol, naamlik om 'n regsverhouding tussen die sessionaris en die skuldenaar te skep. Gevolglik verlang hy dat die sessionaris kennis moet gee. Vir Puchta<sup>13</sup> is die *denuntiatio* 'n wyse om die verdere invloed van die sedent op die reg uit te skakel, terwyl Thibaut<sup>14</sup> die *denuntiatio* as 'n kennisgewing aan die skuldenaar sien dat die sedent nie meer sy skuldeiser is nie. Delbrück<sup>15</sup> wat van mening

<sup>2</sup>Hierdie standpunt is met dié van Domat in ooreenstemming, vgl Wiarda *Schuld-vorderingen* 34.

<sup>3</sup>a 1690: "Le Cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur."

<sup>4</sup>Peckius, Gudelinus, Zozius, Perezius, Sande, Vinnius, die *Utrechtsche Consultation* en Van Bynkershoek. Vgl Scott *Sessie* 13 e v vir volle besonderhede van hulle standpunte.

<sup>5</sup>Christinaeus en J Voet. Vgl Scott *Sessie* 14 en 27.

<sup>6</sup>Voet J *Commentarius* 18 4 15 en die bespreking infra.

<sup>7</sup>a 668(2): "Die overdragt heeft ten aanzien van den schuldenaar geen gevolg dan van het oogeblik dat dezelve aan hem is beteeekend geworden, of dat hij de overdragt schriftelijk heeft aangenomen of erkend." Wiarda *Schuld-vorderingen* 166-175; 176-180.

<sup>8</sup>Pitlo *Het Zakenrecht naar het Nederlands Burgerlijke Wetboek* (6e druk 1972) 219 maak 'n onderskeid tussen eienaarskap en krediteurskap: eers na kennisgewing is die sessionaris krediteur van die skuldenaar.

<sup>9</sup>Luig *Zur Geschichte der Zessionslehre* (1966) 29.

<sup>10</sup>ibid.

<sup>11</sup>Luig *Geschiedte* 44.

<sup>12</sup>Luig *Geschiedte* 51.

<sup>13</sup>Luig *Geschiedte* 73.

<sup>14</sup>ibid.

<sup>15</sup>Luig *Geschiedte* 86.

is dat die reg deur die sessie oorgedra word, beskou die denuntiatio as noodsaaklik omdat die verbintenis daardeur beëindig word. Musset<sup>16</sup> plaas die denuntiatio op dieselfde voet as traditio en verduidelik dat dit 'n wyse is waarop die skuldenaar in kennis gestel word dat hy 'n nuwe skuldeiser het. Ihering<sup>17</sup> huldig die standpunt dat die denuntiatio die reg van die sedent vernietig – sy standpunt is natuurlik met die Romeinse reg in ooreenstemming. Windscheid<sup>18</sup> se teorie sluit in 'n mate hierby aan, aangesien hy meedeel dat die aksie van die sedent tot 'n einde kom wanneer die sessionaris 'n aksie verkry. Hierdie beëindiging geskied deur middel van die denuntiatio en moet gevolglik deur die sessionaris gegee word. Volgens Bähr<sup>19</sup> is die denuntiatio 'n beskermingsmaatreël en nie 'n verkrygingsmaatreël nie.

Die denuntiatio word deur al die lede van die Historiese Skool bespreek, terwyl die rol wat daaraan toegeken word, afhang van die teorie wat aangehang word. Die meerderheid skrywers is egter van mening dat die denuntiatio beslissend is.<sup>20</sup> Hierdie opvatting word ook in artikels 407(1) en (2), 408(1) en (2) en 409(1) van die *Bürgerliches Gesetzbuch* aangetref.<sup>21</sup> Artikel 410(1)<sup>22</sup> bepaal uitdruklik dat die skuldenaar nie verplig is om te presteer voordat die sedent kennis van die sessie aan hom gegee het nie, of die ses-

<sup>16</sup>Luig *Geschichte* 89.

<sup>17</sup>ibid.

<sup>18</sup>Wiarda *Schuldorderungen* 22.

<sup>19</sup>Luig *Geschichte* 97.

<sup>20</sup>Luig *Geschichte* 125.

<sup>21a</sup> 407: "(1) Der neue Gläubiger muss eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, es sei denn, dass der Schuldner die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt.

(2) Ist in einem nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger anhängig gewordenen Rechtsstreit ein rechtskräftiges Urteil über die Forderung ergangen, so muss der neue Gläubiger das Urteil gegen sich gelten lassen, es sei denn, dass der Schuldner die Abtretung bei dem Eintritte der Rechtshängigkeit gekannt hat."

A 408: "(1) Wird eine abgetretene Forderung von dem bisherigen Gläubiger nochmals an einem Dritten abgetreten, so finden, wenn der Schuldner an den Dritten leistet oder wenn zwischen dem Schuldner und dem Dritten ein Rechtsgeschäft vorgenommen oder ein Rechtsstreit anhängig wird, zugunsten des Schuldners die Vorschriften des § 407 dem früheren Erwerber gegenüber entsprechende Anwendung.

(2) Das gleiche gilt, wenn die bereits abgetretene Forderung durch gerichtlichen Beschluss einem Dritten überwiesen wird oder wenn der bisherige Gläubiger dem Dritten gegenüber anerkennt, dass die bereits abgetretene Forderung kraft Gesetzes auf den Dritten übergegangen sei."

A 409: "(1) Zeigt der Gläubiger dem Schuldner an, dass er die Forderung abgetreten habe, so muss er dem Schuldner gegenüber die angezeigte Abtretung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam ist. Der Anzeige steht es gleich, wenn der Gläubiger eine Urkunde über die Abtretung dem in der Urkunde bezeichneten neuen Gläubiger ausgestellt hat und dieser sie dem Schuldner vorlegt."

<sup>22a</sup> "Der Schuldner ist dem neuen Gläubiger gegenüber zur Leistung nur gegen Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger über die Abtretung ausgestellten Urkunde verpflichtet. Eine Kündigung oder eine Mahnung des neuen Gläubigers ist unwirksam, wenn sie ohne Vorlegung einer solchen Urkunde erfolgt und der Schuldner sie aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist."

sionaris 'n akte van oordrag wat deur die sedent opgestel is, aan hom voor-gelê het nie. Wanneer die sedent kennis gegee het, word hy daaraan gebonde gehou en kan hy hom nie later op die ongeldigheid of oneffektiwiteit van die sessie beroep nie.

Wat behoort die rol van kennisgewing te wees? Kennisgewing aan die skuldenaar behoort myns insiens 'n belangrike rol te speel. Aangesien die oordrag van die reg sonder die goedkeuring van die skuldenaar kan geskied, welke optrede 'n eensydige ingreep in sy regsfeer is,<sup>23</sup> behoort hy ten minste op hoogte van sake gestel te word sodat hy kan weet wie sy skuldeiser is, oftewel teenoor wie hy na die sessie gebonde is.<sup>24</sup>

In die *Code Civil* waar sessie as 'n sakeregtelike oordrag van besit behandel word, het die sessie geen gevolg teenoor derdes, insluitende die skuldenaar, voordat kennisgewing of aanneming geskied het nie. In die Franse reg moet die akte van oordrag en die betekening of aanneming beide in outentieke dokumente vervat wees. Die gevolg hiervan is dat 'n dubbele sessie in Frankryk onmoontlik is en dat die krediteure van die sedent by beslaglegging groter sekerheid het.<sup>25</sup>

Volgens die Nederlandse reg is sessie 'n sakeregtelike sowel as 'n verbintenisregtelike aangeleentheid: die sogenaamde dubbele karakter<sup>26</sup> van sessie

<sup>23</sup>'n Argument wat ten gunste van die onoordraagbaarheid van vorderingsregte deur Mühlenbruch aangevoer is, sien soos volg daaruit: omdat daar 'n wederkerige verhouding tussen meerdere persone teenoor mekaar bestaan, is enige eensydige optrede van een van die partye, wat 'n verandering in die partye by die verhouding meebring, 'n inbreuk op die regsfeer van die ander en dus onmoontlik, vgl Wiarda *Schuldvor-deringen* 76; Luig *Geschiede* 50.

<sup>24</sup>Fikentscher *Schuldrecht* (5e uitg 1975) 313: "Er weiss nicht, wer sein neuer Gläubiger ist." As gevolg hiervan word uitvoerige beskermingsmaatreëls ten gunste van die skuldenaar gemaak.

<sup>25</sup>Van Creveld *Cessie van Schuldvorderingen* (2e druk 1953) 43 e.v. Van Creveld meld dat a 708 van die wetboek van 1830 uitdruklik betekening as 'n geldigheidsvereiste vir die totstandkoming van die sessie gestel het. Die tekortkominge weens die gebrek aan kennisgewing is veral sterk gevoel by die oordrag van vorderingsregte wat met verband verseker is. Daar is gepoog om hierdie leemte in die wet met ministeriële voor-skrifte aan te vul, maar dit was nie genoegsaam nie en gevolglik word wetswysiging deur Van Creveld bepleit.

<sup>26</sup>'n Persoonlike reg kan van twee kante benader word: Aan die een kant is dit 'n bate in 'n persoon se boedel en as sodanig is dit 'n vermoënsobjek oftewel 'n saak, soos die Franse en Nederlanders dit verkeerdlik beskou. Aan die ander kant ontstaan die persoonlike reg uit 'n verbintenis wat 'n persoonlike band tussen skuldeiser en skuldenaar is. Aan die een kant vertoon die vorderingsreg dus 'n sakeregtelike karakter en aan die ander kant 'n verbintenisregtelike een. Namate klem op die een of die ander gelê word, is die oordrag makliker of moeiliker te verklaar. Die besware teen die oordrag van 'n persoonlike reg is hoofsaaklik verbintenisregtelik van aard, terwyl die weer-legging van die besware in hoofsaak sakeregtelik van aard is.

Vgl Eggens *Over de Verbouing van Eigendom en Verbintenis* Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Afd Letterkunde deel 23 no 7 (1960) 14 e.v op 15: "Dat spreekt te duidelijker wanneer we bedenken dat een schuldeiser - in beginsel - zijn vorderingsrecht mag vervreemden. Hieruit blijkt toch dat een vorderingsrecht niet alleen maar een vorderingsrecht is, immers niet slechts inhoudt de bevoegdheid de betrokken prestatie van de schuldenaar te vorderen. Dat de schuldeiser zijn recht vervreemden mag, betekent dat dit recht een zaak is, welke te zijner beschikking staat, welke hij van 'de mijne' tot 'de uwe' mag maken in de zakelijke over- enkomst van levering (art. 668 B.W.)."

kom hier duidelik na vore. Sakeregteklik word die reg deur die akte van oordrag oorgedra, met ander woorde wat die sedent en die sessionaris en ander derdes betref, word die reg deur lewering oorgedra van een vermoë op 'n ander. Verbintenisregteklik, dit wil sê die vervanging van skuldeiser teenoor skuldenaar, is die sessie eers na betekening<sup>27</sup> of aanneming<sup>28</sup> voltooid. In die ontwerp van die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* waar sessie suiwer as 'n verbintenisregtelike figuur behandel word, word kennisgewing of betekening deur die sedent aan die skuldenaar as geldigheidsvereiste vir die oordrag van die reg gestel.<sup>29</sup>

In die Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch* waar sessie as 'n vervanging van skuldeisers beskou word, dus 'n suiwer verbintenisregtelike aangeleentheid, is kennisgewing ook van deurslaggewende belang aangesien die skuldenaar nie verplig is om aan die sessionaris te betaal voordat kennis van die sessie deur die sedent aan hom gegee is nie, of voordat die sessionaris 'n akte van oordrag, deur die sedent opgestel, aan hom voorgelê het nie.<sup>30</sup> Alhoewel die Duitse wetboek bepaal dat die reg deur die ooreenkoms oorgedra word, is daar leemtes in die stelsel.<sup>31</sup>

Deur die objektivering van die verbintenis het die Duitsers tot die gevolgtrekking gekom dat die reg oordraagbaar is.<sup>32</sup> Die skuldeisers kon ver-

<sup>27</sup>Wiarda *Schuldorderungen* 166 toon aan dat betekening iets meer as kennisgewing is aangesien dit deur middel van 'n "deurwaardersexploit" moet geskied.

<sup>28</sup>Wiarda *Schuldorderungen* 176-180.

<sup>29</sup>a 3 4 7 2. Meijers in sy *Toelichting* tot hierdie artikel toon aan dat blote kennisgewing (ook mondelinge) voldoende is. Aanneming deur die skuldenaar verval in die nuwe artikel. Meijers (222) wys egter op die voordele van formele kennisgewing: "Maar met het oog op het bewijs zal het voor de verkrijger ten zeerste gewenst zijn een exploit van betekening of een geschrift, waaruit van de kennisgeving blijkt, in zijn bezit te hebben."

<sup>30</sup>Vgl vn 21 en 22 supra. Nienaber "The Inactive Cessionary" 1964 *AJ* 110 heg nie veel waarde aan hierdie artikel nie, en beskou dit slegs as 'n vorm van negatiewe beskerming wat aan die skuldenaar verleen word. Ook in sy bespreking van bevrydende betaling gee hy geen aandag aan die moontlike verklaring, nl dat die skuldenaar vóór kennisgewing nog aan die sedent verbind is nie. Hy negeer dus die waarde van die verbintenisregtelike aspek van sessie.

<sup>31</sup>Luig *Geschiede* 139 wys ook op bogenoemde gebrek in die Duitse sisteem.

<sup>32</sup>Na aanvanklike teenkanting in Duitsland verdwyn die idee dat die verbintenis 'n streng persoonlike verhouding is gedurende die tweede helfte van die negentiende eeu en veral die arbeid van die Germaniste is hier van belang. Hierdie gedagte word reeds by die natuurregskrywers aangetref, maar dis veral die arbeid van Delbrück en Bluntschli wat met hulle beklemtoning van die reg en verpligting as vermoënsbestanddele, 'n groot bydrae gelewer het tot die objektivering van die verbintenis. Vgl Wiarda *Schuldorderungen* 79; Luig *Geschiede* 85 e.v. Die uiteindelige gevolg van die Germaniste se arbeid is dat die reg as objek met ekonomiese waarde en dus as vermoënsbestanddeel van een persoon op 'n ander oorgedra kan word. Laasgenoemde argument verskil van dié van die natuurregskrywers daarin dat hierdie objektivering van die reg nie daartoe lei dat die reg as saak in eiendomsreg oorgedra word nie, maar eerder het dit die verklaring van die oordraagbaarheid van die reg ten doel. Die verbintenis word nou nie soseer as 'n persoonlike band tussen 'n skuldeiser en 'n skuldenaar gesien nie, maar eerder word klem op die reg en verpligting as objekte van die verbintenis gelê. Die verbintenis bly in wese dieselfde, solank as wat die objek daarvan dieselfde bly, selfs al verander die subjekte daarvan - die sogenaamde "ontpersoonliking" van die verbintenis.

Die waarde van hierdie argument is geleë in die feit dat dit die weg gebaan het vir die

wissel solank as wat daar 'n reg en 'n verpligting bestaan het. Die eerste inkonsekwensie van hierdie argument is die feit dat verpligtinge nie ook, soos regte, vryelik oorgedra kan word nie, en tweedens, dat die sessionaris deur die blote ooreenkoms nie op dieselfde wyse skuldeiser word as wat die sedent skuldeiser was nie. Met ander woorde deur die blote oordrag van die reg is die vervanging van die skuldeisers nie voltooi nie. Dit is wel so dat die vervanging voltooi is as die skuldenaar die oordrag sonder meer aanvaar, maar sodanige aanvaarding sou onverstandig wees aangesien die skuldenaar hom nie later teenoor die sedent daarop sou kon beroep dat die sessie nooit plaasgevind het of ongeldig was nie. Bykomende vereistes van kennisgewing en voorlegging van die akte van oordrag word gestel ten einde die skuldenaar te verplig om aan die sessionaris te betaal.

Dit is korrek om te sê dat 'n verbintenis 'n reg en 'n verpligting as objekte het en dat, solank as wat die objekte bestaan, die skuldeisers kan verwissel. Daar moet egter in gedagte gehou word dat hierdie reg en verpligting aan 'n skuldeiser en 'n skuldenaar kleef. 'n Skuldenaar weet hy is teenoor A verplig omdat hy byvoorbeeld met A 'n kontrak gesluit het of 'n onregmatige daad teenoor hom gepleeg het en daarom moet hy sy verpligting teenoor A nakom sodat die verbintenis uitgewis kan word. Die skuldenaar kan nie soos volg redeneer nie: Ek is aan iemand 'n prestasie verskuldig en daarom presteer ek aan B ten einde my verpligting uit te wis. As A sy reg aan B oorgedra het sonder dat die skuldenaar daarvan bewus is, word B nie sy skuldeiser soos A dit was nie want wat die skuldenaar aanbetref, is hy nog steeds aan A prestasie verskuldig en daarom kan hy ook nog steeds bevrydend aan A betaal. Die vervanging van skuldeisers is myns insiens eers dan voltooi wanneer die skuldenaar deur voorlegging van die akte of kennisgewing van die sedent *verplig* is om aan die sessionaris te betaal, met ander woorde eers wanneer die verpligting wat teenoor die sedent gegeld het deur die sessionaris afgedwing kan word. Anders gestel: die vervanging is eers voltooi wanneer die sessionaris die plek van die sedent as skuldeiser uit die verbintenis inneem.

Aangesien die Duitsers kennisgewing nie as geldigheidsvereiste vir die vervanging van skuldeisers stel nie, moet hulle addisionele beskermingsmaatreëls ten gunste van die skuldenaar maak,<sup>33</sup> in welke gevalle hulle bereid is om alleen die onkundige skuldenaar te beskerm.<sup>34</sup>

aanvaarbaarheid van 'n vorderingsoordrag deur die klem op die ekonomiese waarde van die reg te laat val. Die logiese konsekwensie van die argument sou natuurlik ook die oordraagbaarheid van die verpligting moes wees, veral as in ag geneem word dat die voorstanders van die objektiveringsteorie besonder klem op die behoud van die identiteit van die reg gelê het. 'n Mens sou dus kon sê dat die verpligting, net soos die reg, oorgedra kan word mits die identiteit daarvan behoue bly. Hierdie eindresultaat van die argument is egter nie in die Duitse reg deurgevoer nie en word ook nie in die Suid-Afrikaanse reg aangetref nie. Die objektiveringsteorie is dus nie tot sy logiese konsekwensie deurgevoer nie.

<sup>33</sup>As die skuldenaar dus verstandig is, sal hy ingevolge a 410(1) of (2) op 'n akte van oordrag of kennisgewing van die sedent aanspraak maak. Ingevolge a 407(1) en (2) word die onkundige skuldenaar beskerm.

<sup>34</sup>Fikentscher *Schuldrecht* 315 gee geen aanduiding waarom slegs die onkundige skuldenaar beskerm word nie. Waarom moet die skuldenaar enigsins 'n addisionele las op hom

Aangesien sessie die oordrag van 'n persoonlike reg is, met die gevolg dat 'n skuldenaar teenoor 'n nuwe skuldeiser in die plek van die oue, verbind word, behoort dit myns insiens, soos in die Duitse reg, as 'n suiwer verbintenisregtelike aangeleentheid hanteer te word. Hierdie vervanging van skuldeisers kan dan eers voltooi wees wanneer die skuldenaar verplig is om aan sy nuwe skuldeiser te presteer, dit wil sê wanneer kennisgewing van die sessie deur die sedent of voorlegging van die akte deur die sessionaris aan die skuldenaar plaasgevind het. Deur kennisgewing gaan die verpligting om aan die nuwe skuldeiser te presteer oor en is die skuldenaar voortaan aan die sessionaris as skuldeiser verbind.<sup>35</sup> Die kennisgewing moet deur die sedent op skrif gestel word asook gedateer wees. Dit is die plig van die sedent om kennis te gee, maar aangesien die sessionaris die persoon is wat belang daarby het dat dit gegee word ten einde hom in die plek van die sedent te stel, moet hy toesien dat die sedent sy plig nakom<sup>36</sup> aangesien die sessionaris eers na kennisgewing volkome in die plek van die sedent kom. Dit wil sê waar die verbintenis voor sessie tussen sedent en skuldenaar was, bestaan dieselfde verbintenis na die sessie tussen sessionaris en skuldenaar.

Die kennisgewing behoort as 'n geldigheidsvereiste en nie slegs as 'n beskermingsmaatreël gesien te word nie. Die vraag ontstaan natuurlik of sodanige formalistiese geldigheidsvereiste geregverdig is. Myns insiens is dit wel geregverdig aangesien die belang van die skuldenaar aan dié van die skuldeiser opgeoffer word, deurdat hy voortaan verbind sal word aan iemand anders as die persoon met wie hy byvoorbeeld wilsooreenstemming bereik het. In die eerste plek word sy belange beskerm deurdat geen addisionele plig om vas te stel wie sy skuldeiser is op hom geplaas word nie en deurdat verskeer word dat sy juridiese posisie,<sup>37</sup> sover as moontlik, na die sessie dieselfde as daarvoor is – alhoewel sy feitlike posisie natuurlik nie dieselfde sal wees nie.<sup>38</sup> Die inkonsekwensie van die Duitse reëling word

neem om vas te stel of daar inderdaad 'n sessie plaasgevind het? Sy kennis of onkunde behoort myns insiens geen rol te speel nie. Aan die een kant word die skuldenaar nie verplig om aan die sessionaris te betaal voordat kennis deur die sedent aan hom gegee is of 'n akte van oordrag deur die sessionaris aan hom voorgelê is nie, dog aan die ander kant word hy verplig om vas te stel wie nou werklik sy skuldeiser is, in gevalle waar hy bv toevallig van die sessie verneem! In *Wright v Colonial Government* 1891 8 SC 260 op 272 wys hr De Villiers op die onbillikheid hiervan: "The great difficulty which has weighed with me in this case is that there is a seeming unfairness in expecting a debtor to ascertain from loose agreements between his creditor and a third person, whether there has been an absolute assignment or not . . ."

<sup>35</sup>Voet *Commentarius* 18 4 15: "Quin imo, si venditionis atque cessionis ignarus non fuerit debitor, denunciatio tamen per cessionarium ei necdum factam sit, ipsum quidem cum cedente non efficaciter transigere in aperto est. sed quo minus ei bona fide solutionem faciat, atque ita liberetur, nulla juris ratio vetat; cum utique ei solvat, cui obligatus fuit, nec ipsi factum tertii obesse queat, quamdiu denunciatio haud intercessit." Luig *Geschiede* 139: "Der Neugläubiger werde erst dann der allein berechtigte Zahlungsempfänger, wenn dem Schuldner die Abtretung angezeigt worden sei oder er sie sonst kenne."

<sup>36</sup>As die sedent nie sy medewerking verleen nie kan voorlegging van die akte daardie rol vervul, soos dit dan ook in die Duitse reg gebeur, a 410(1) en (2).

<sup>37</sup>Van Creveld *Cessie* 14.

<sup>38</sup>bv die sessionaris kan 'n meer ongenaakbare krediteur as die sedent wees. Wiarda *Schuldovdringen* 85 wys op die volgende interessante feitlike verskil: "Bij cessie van eene vordering van A op Z aan B is de *feitelijke* verhouding A-Z aan de *feitelijke*

uitgeskakel met die gevolg dat die sessionaris volkome in die plek van die sedent kom, dubbele sessies onmoontlik word en die onkundigheid betreffende die sessie aan die kant van die skuldenaar geen rol speel in daardie gevalle waar die skuldenaar en sedent na die sessie regshandelinge aangegaan het nie. Die posisie van krediteure van sowel sedent as sessionaris word ook hierdeur verbeter. Deur die kennisgewing as geldigheidsvereiste te stel, word dus 'n dubbele doel gedien: Dit is sowel 'n beskermingsmaatreël vir die skuldenaar as 'n middel om bogenoemde probleme wat in die praktyk voorkom, uit te skakel – iets wat die Duitsers in elk geval deur addisionele artikels in die wetboek moet doen. Die Franse se vereistes vir sessie word dus verkies vanweë die duidelike voordele daaraan verbonde. Laasgenoemde aspek het waarskynlik 'n belangrike rol gespeel by die opstel van die *Nieuw Burgerlijke Wetboek* waarvolgens kennisgewing 'n geldigheidsvereiste is.<sup>39</sup>

## 2 DIE ROL VAN KENNISGEWING BY SESSIE<sup>40</sup>

Die benadering wat ten opsigte van sessie gevolg word, is hier van deurslaggewende belang. Daar is drie moontlike sienings, te wete:

(i) dat sessie 'n sakeregtelike instelling is wat op sigself die vervanging van skuldeisers meebring;<sup>41</sup>

(ii) dat sessie 'n suiwer verbintenisregtelike vervanging van skuldeisers is;<sup>42</sup>

(iii) dat 'n vorderingsreg 'n dubbele karakter het met die gevolg dat die sakeregtelike oordrag deur die sessie voltooi is, maar dat kennisgewing nodig is om die verbintenisregtelike vervanging te bewerkstellig.<sup>43</sup>

verhouding B-Z zeer zeker niet identiek. Immers, het begrip identiteit, uitgedrukt in de formule  $A = A$ , leidt tot de formule:  $A = A, B = B$ , dus  $A \neq B$ . Voor de sessie is logisch gevolg:  $A - Z = A - Z, B - Z = B - Z$ , dus  $A - Z \neq B - Z$ ." Van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* (3e druk 1948) 413: "Natuurlijk kan de eene schuldeischer moeilijker zijn dan de andere, meer geneigd tot dwangmaatregelen, minder aangenaam als wederpartij in de rechtsbetrekking en kan dus de overdracht de feitelijke positie van den schuldenaar verzwaren, maar zijn juridische situatie blijft toch dezelfde en al zou hij zich wellicht jegens den nieuwen schuldeischer niet verbonden hebben, hij heeft zich niet ernstig te beklagen."

<sup>39</sup>Volgens Meijers *Toelichting* 222 stel Italië, Griekeland, Japan en Egipte betekening as 'n geldigheidsvereiste, terwyl Duitsland, Switserland en China dit nie doen nie. Om doelmatigheidsredes verkies hy eg standpunt. In Engeland vereis a 136 van die *Law of Property Act* van 1925 skriftelike kennisgewing aan die skuldenaar vir die geldigheid van 'n *legal assignment*. By 'n *equitable assignment* is dit nie 'n vereiste nie dog dit is wenslik.

<sup>40</sup>Hier moet duidelik onderskei word tussen sessie, die regsverskynsel waarvolgens een skuldeiser sonder die skuldenaar se toestemming 'n ander skuldeiser vervang deurdat die reg van die een op die ander oorgedra word en sessie as oordragshandeling.

<sup>41</sup>Vgl die Franse reg, a 1607, 1689-1692 van die *CC*, waarvolgens die oordragshandeling ook die vervanging van skuldeisers tot gevolg het – kennisgewing is by hulle 'n geldigheidsvereiste vir die oordrag.

<sup>42</sup>Alhoewel die Duitsers hierdie benadering volg, is daar reeds op gewys dat daar leemtes is in hul benadering waarvolgens die vervanging van skuldeisers deur blote ooreenkoms geskied (a 398 van die *BGB*). Dit het hulle dan ook genoop om addisionele beskermingsmaatreëls in te voer (a 407(1) en (2), 408(1) en (2), 409(1) en 410(1) van die *BGB*).

<sup>43</sup>Soos in Nederland, vgl Asser en Beekhuis *Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijke Recht Zakenrecht* Algemeen Deel 3 I (1975) 196-199; Pitlo *Zakenrecht* 219.



Vanweë 'n gebrek om hierdie onderskeid te erken, is die uitsprake van ons howe oor die rol van kennisgewing verwarrend en gaan dit soms mank aan 'n gebrek aan insig. Hierdie tekortkominge het tot gevolg dat uiteenlopende uitsprake gegee word, dat 'n regter homself in dieselfde uitspraak weerspreek en dat slegs in uitsonderlike gevalle regsbeginsels nie oorboord gegooi word nie, ten einde lippediens te bewys aan tekste wat myns insiens nie korrek geïnterpreteer word nie. Vervolgens sal daar 'n poging aangewend word om aan te toon in welke uitsprake die korrekte standpunt myns insiens gevolg is. Daarteenoor sal die verkeerde gedagtegang met die gevolglike verwarrende uitsprake waartoe dit lei, bespreek word.

## 2.1 KORREKTE STANDPUNT

Die ideale benadering sou wees om sessie as 'n suiwer verbintenisregtelike vervanging te beskou wat deur die oordrag van die reg geskied.<sup>44</sup> In sodanige geval sal kennisgewing as geldigheidsvereiste vir die oordrag self beskou moet word. Aangesien ons howe tereg Romeins-Hollandse reg toepas, is dit nie moontlik nie en is die tweede beste benadering, waarvolgens klem op die dubbele karakter van die sessie gelê word, juridies verantwoord. In enkele uitsprake<sup>45</sup> is hierdie onderskeid ingesien en word die standpunt verkondig dat die sessie inter partes sonder kennisgewing voltooi is, met ander woorde die vermoënsverskuiwing vind voor kennisgewing aan die skuldenaar plaas.<sup>46</sup> Wat die skuldenaar aanbetref, is die sessie eers na kennisgewing voltooi, met ander woorde eers dan is die verbintenisregtelike vervanging voltooi.<sup>47</sup>

Indien hierdie standpunt aanvaar word, kan bevrydende betaling deur die skuldenaar aan die sedent verklaar word in ooreenstemming met Voet

<sup>44</sup>Alhoewel dit waarskynlik onbewustelik is, is die effek van *Jacobsohn's Trustee v Standard Bank* (1899) 16 SC 201 203 en *Hayward, Young & Co v Glendinning* 1933 EDL 288 297 waar kennisgewing as geldigheidsvereiste gestel word, in ooreenstemming hiermee. Hr De Villiers se verwysing na Pothier in *Heydenrych v Woolven* (1897) 14 SC 376 is in ooreenstemming hiermee, alhoewel die Franse sessie as 'n sakeregtelike oordrag behandel.

<sup>45</sup>*Morkel v Holm* (1883-84) 2 SC 57 65; *Cullinan v Pistorius* 1903 ORC 33 39; *Taylor and Ries v Cliff* 1935 GWL 1 11; *SA Vroue Federasie v Thackwray* 1968 1 SA 168 (T) 175B; *Agricultural & Industrial Mechanisation v Lombard* 1974 3 SA 485 (O) 494H, 495H; *Pillay v Harichand* 1976 2 SA 681 (D) 684F-G; *Prudential Shippers v Tempest Clothing* 1976 4 SA 75 (W) 80H. Die regters besef ongelukkig nie altyd self die waarde van hulle uitlatings nie.

<sup>46</sup>Die belang hiervan word in *Hanau & Wicke v Standard Bank* 1891 4 SAR 130 oor die hoof gesien. Hr Kotzé en r Jorissen beslis dat die sessionaris wat kennis gee by meerdere sessies voorkeur geniet. Dit is verkeerd aangesien die oordrag deur die sessie voltooi is en die kennisgewing slegs dien ter voltooiing van die verbintenisregtelike vervanging. Oor die effek van meerdere sessies vgl *Scott Sessie* 230. Met 'n beroep op Sande *De Cessione* 12 10 word in *Lucas v Stevens* 1925 EDL 228 op 237 beslis dat 'n sessie tesame met kennisgewing voorkeur geniet bo 'n latere beslaglegging. Sande se standpunt is dat 'n latere beslaglegging voorkeur bo 'n vroeëre sessie, waarvan kennis nog nie gegee is nie, geniet, omdat die sedent sy actio directa behou het. Dié standpunt is verkeerd want nadat die vermoënsverskuiwing plaasgevind het, was daar niks om beslag op te lê nie. In *Bloch v Universal Produce* 1934 NPD 324 330 is die korrekte standpunt ten aansien van sodanige beslaglegging ingeneem.

<sup>47</sup>Die belang van kennisgewing aan die skuldenaar en die, mi dogmaties korrekte, verklaring daarvoor is hierbo volledig bespreek.

en die algemene beginsels van die verbintenisreg. Alhoewel Voet 18 4 15<sup>48</sup> die teks is wat in hierdie verband die meeste in ons howe aangehaal word, word die verklaring wat Voet vir bevrydende betaling gee meestal oor die hoof gesien. Voet verduidelik dat die skuldenaar bevrydend kan betaal omdat daar geen regsreël is wat dit verbied nie, aangesien die skuldenaar betaal aan die persoon teenoor wie hy verbind is. Voor kennisgewing aan die skuldenaar is die verbintenisregtelike vervanging dus nog nie voltooi nie.

In *Goode, Durrant & Murray v Glen and Wright*<sup>49</sup> sit regter Diemont die posisie soos volg, myns insiens korrek, uiteen:

“Once the debtors were informed of the cession they would be obliged to pay the cessionary and not the cedent . . .”

en<sup>50</sup>

“If on the other hand, the debtor was not informed of the cession and made payment to the cedent the debt would be *lawfully discharged* and, since it was discharged, would no longer form part of the cessionary’s security . . .” (my kursivering).

Die regter som die posisie korrek op: na kennisgewing is die skuldenaar verplig om aan die sessionaris te betaal want dit is die persoon aan wie hy verbind is. Voor kennisgewing is hy nie verplig om aan hom te betaal nie maar kan hy aan sy skuldeiser (sedent) betaal, welke betaling die skuld regtens delg aangesien hy aan die sedent as skuldeiser verbind is. Alhoewel hierdie standpunt dogmaties korrek en met Voet 18 4 15 in ooreenstemming is, word dit soos uit onderstaande bespreking sal blyk nie algemeen aanvaar nie.

## 2.2 ONSUIWERE BENADERING

In die meerderheid uitsprake word die standpunt ingeneem dat kennisgewing nie ’n vereiste vir die sessie is nie. Hierdie houding is nie op sigself verkeerd nie mits dit duidelik is wat met sessie bedoel word. As daarmee die oordragshandeling (waardeur die vermoënsverskuiwing plaasvind) bedoel word, met ander woorde as daar klem op die sakeregtelike oordrag gelê word, is daar geen fout mee te vind nie.<sup>51</sup> In die meeste uitsprake word die dubbele karakter van sessie egter uit die oog verloor.<sup>52</sup> Die houding word

<sup>48</sup>supra vn 35.

<sup>49</sup>1961 4 SA 617 (K) 621G.

<sup>50</sup>supra 621H. In *Van der Byl v Findlay & Kihn* (1892) 9 SC 178 181 praat die regter ook van ’n *valid payment* aan die sedent voor kennisgewing.

<sup>51</sup>*Estate Van den Heever v Greyling* (1907) 24 SC 414 419 stel dit met verwysing na Pothier, duidelik dat kennisgewing nie by ons ’n geldigheidsvereiste vir die oordrag self is nie. Die saak is gevolg in *Van Aswegen v Pienaar* 1967 3 SA 677 (O) 680H.

<sup>52</sup>In *Eastern Rand Exploration v Nel* 1903 TS 42 53 gaan hr Innes van die verkeerde veronderstelling uit dat, omdat toestemming van die skuldenaar nie nodig is nie, kennisgewing ook nie nodig is nie. R Smith beweer op 64 dat afwesigheid van kennisgewing nie die geldigheid van die sessie beïnvloed nie. Laasgenoemde standpunt is slegs korrek as hy sessie slegs as ’n sakeregtelike oordrag beskou; *Rothschild v Lowndes* 1908 TS 493 499; *Schoeman v Thompson* 1927 WLD 298 300 waar r Barry ’n vreemde dubbele maatstaf toepas deur eers te beslis dat kennisgewing nie ’n vereiste vir die sessie is nie en dan later die kostebevel teen die sessionaris gee, vanweë sy versuim om kennis te gee; *Graaff-Reinet Board of Executors v Estate Erlank* 1933 CPD 41 46: “Nor is it necessary for the cessionary to give notice to the debtor in order to vest the right

ingeneem dat die sessionaris deur die blote sessie, sonder kennisgewing aan die skuldenaar, skuldeiser van die skuldenaar word,<sup>53</sup> met ander woorde dat ook die verbintenisregtelike vervanging deur die oordragsooreenkoms plaasvind.

## 2 2 1 Gevolge van onsuivere benadering

### 2 2 1 1 *Bevrydende betaling*

Aangesien die sessionaris deur die oordrag van die reg, volgens bogenoemde siening, skuldeiser word, ondervind die howe probleme om 'n bevredigende verklaring te gee vir die feit dat die skuldenaar voor kennisgewing bevrydend kan betaal. In hierdie verband word Voet 18 4 15 gebruik om dit te verklaar. Die interpretasies van die teks is dikwels ook uiteenlopend.

In *London & SA Bank v The Official Liquidator of the Natal Investment Co*<sup>54</sup> bevind regter Connor dat C 8 41 3 nie meer toepassing vind nie, met ander woorde dat die sedent na sessie geen aksie meer behou nie. Die rede waarom die skuldenaar nog bevrydend aan die sedent kan betaal, gee hy soos volg aan:

“And the protection given to the debtor paying the ceder before he has had notice of the cession . . . was given not because a right to the debt remained in the ceder, but simply because it would have been very unjust to the debtor not (to) have given that protection, and the cessionary had to blame himself for his neglect in not giving notice.”

Hieruit blyk dat die regter oorbewus is van die feit dat die sedent in die Romeins-Hollandse reg nie meer die *actio directa* behou het nie. Hy beskou dit as billik dat die bona fide-skuldenaar beskerm moet word. Hy aanvaar dat die skuldenaar aan sy verbintenis voldoen het, welke voldoening blykbaar spruit uit die billike beskermingsmaatreël.

Hoofregter Innes aanvaar dat die sessie die sessionaris reghebbende maak en dat kennisgewing slegs nodig is om bona fide bevrydende betaling te verhinder.<sup>55</sup> Hy bevind “. . . the cessionary is the only person who can compel the debtor to pay . . .”<sup>56</sup> Hierdie stelling is wel waar as die skulde-

ceded in the cessionary.” Alhoewel dit by die eerste oogopslag wil voorkom asof hy hier slegs die sakeregtelike oordrag in gedagte het, blyk dit later dat die verbintenisregtelike vervanging daarby inbegrepe is. Vgl verder *Lovell v Paxinos and Plotkin: in re Union Shopfitters v Hansen* 1937 WLD 84 86; *Katz v Katzenellenbogen* 1955 3 SA 188 (T) 190G; *Brook v Jones* 1964 1 SA 765 (N) 766H.

<sup>53</sup>*Rothschild v Lowndes* supra 499; *Katz v Katzenellenbogen* supra 190; *Brook v Jones* supra 766H.

<sup>54</sup>1871 NLR 1 3.

<sup>55</sup>*Rothschild v Lowndes* supra 499.

<sup>56</sup>Met verwysing na Sande *De Cessione* 9 1; Burge *Colonial Laws* 3 548 en Voet 18 4 15. In *McLachlan v Wienand* 1913 TPD 191 198 word hierdie standpunt bevestig met verwysing na 'n uitsondering: “One of the instances given in which the cedent might sue notwithstanding cession is the case where the cession is for the benefit of the cedent (see Voet 18.4.15).” Voet maak wel aan die einde van die betrokke passasie hierdie stelling. Hy steun op Antonius Faber vir gesag. Faber *Codex Fabrianus* 8 30 13 toon aan dat die skuldenaar bevrydend aan die sedent kan betaal, selfs nadat kennis gegee is, wanneer die sessionaris, wat in sy eie naam kan en behoort te ageer, verkies om in naam van die sedent en tot sy voordeel te ageer. Hierdie stelling is vanselfsprekend want

naar kennis van die sessie gekry het; as hy egter geen kennis daarvan dra nie en die sedent spreek hom aan, is hy verplig<sup>57</sup> om aan sy skuldeiser (sedent) te betaal omdat hy aan hom verbind is. Die regter gee toe dat sy stelling onderworpe is aan die beperking dat die skuldenaar wat bona fide betaal, bevry word.

Die verwarring wat oor sessie bestaan, blyk ook uit die volgende:

“. . . and that he can no longer compel an unwilling debtor to pay, although no notice not to pay to him has been given to the debtor . . .”<sup>58</sup>

Voet self is egter hier die sondaar;<sup>59</sup> myns insiens is hy so besig met die teorie waarvolgens die sedent geen reg meer behou nie dat hy die praktyk uit die oog verloor. Waarom sal die skuldenaar wat geen kennis van die sessie dra nie onwillig wees om aan sy skuldeiser (die sedent) te betaal: die sedent is immers die persoon aan wie hy, volgens sy wete, gebonde is. Die sedent aan wie die onkundige skuldenaar betaal, dwing hom tog deur middel van byvoorbeeld 'n hofprosedure om te betaal. Dit is reeds waarom die vraag na bevrydende betaling ontstaan.

In *Opperman v De Beer*<sup>60</sup> word die standpunt ingeneem dat die onkundige skuldenaar voor kennisgewing bevrydend kan betaal. Die billikheid word weer eens in *Lovell v Paxinos and Plotkin: in re Union Shopfitters v Hansen*<sup>61</sup> as grondslag vir die bevrydende betaling van die skuldenaar beskou:

“But this rule was laid down for the protection of debtors and is probably based on the equitable doctrine that as the cessionary could have protected himself by giving notice of the cession to the debtor it is right that he should suffer rather than that the innocent debtor . . . should have to pay twice.”

Regter Greenberg verwerp uitdruklik Pothier se standpunt omdat dit Franse reg is en die verwysing daarna in *Heydenrych v Woolven*<sup>62</sup> obiter is.

In *Katz v Katzenellenbogen*<sup>63</sup> verstaan regter Roper advokaat Kentridge se argument en die implikasie daarvan ongelukkig verkeerd. Die argument lui dat 'n krediteur, na sessie van sy reg, nie in alle opsigte ophou om skuld-

deur in naam van die sedent en tot sy voordeel te ageer, skep die sessionaris die indruk dat die sedent reghebbende is en dat hy verteenwoordiger is. Vanweë die verval van die onderskeid tussen die actio directa en die actio utilis behoort hierdie geval nie meer te geld nie. Voet se verwysing daarna toon hoe min waarde hulle in werklikheid aan die verval van die onderskeid geheg het.

<sup>57</sup>Die Duitse reg verplig die skuldenaar eers om te betaal nadat die sedent aan hom kennis gegee het of nadat die sessionaris aan hom die oordragdokument voorgelê het.

<sup>58</sup>Rp De Villiers in *Misnum v New Rietfontein GM Co* 1912 TPD 702 703, welke beslissing gevolg is in *Graaff-Reinet Board of Executors v Estate Erlank* supra 46 en *Brook v Jones* supra 766H.

<sup>59</sup>Voet 18 4 15: “. . . jus omne cedentis cessione extinctum esse, nec amplius cedentem sed solum cessionarium, compellere posse debitorem invitum ad solutionem, lice, necdum debitori denunciatio per cessionarium facta sit, ne solvat cedenti.” Hy gaan dan tog voort en verduidelik dat die onkundige wat bona fide betaal, bevry word.

<sup>60</sup>1915 TPD 92 96.

<sup>61</sup>supra 86.

<sup>62</sup>supra vn 44.

<sup>63</sup>supra 190G.

eiser te wees nie aangesien betaling aan hom, in die afwesigheid van kennisgewing, die skuldenaar van sy verpligting bevry. Die regter antwoord hierop soos volg:

“It is, however, clear that in our law the effect of an absolute cession such as that in this case is to transfer all the rights of the cedent to the cessionary, so that only the latter can sue upon the debt (see, e.g. *Sande Cession of Actions*, IX, 1,2,3; Voet 18.4.15; *Rothschild v Lowndes*, 1908 T.S. 493 at p. 499; cf. *Barclays Bank (D.C. & O.) and Another v Riverside Dried Fruit Co. (Pty.) Ltd.*, 1949 (1) SA 937 at p. 946 (C). This means that the cedent is no longer a creditor of the debtor; the cessionary becomes the creditor. The payment to the cedent by the debtor who has not received notice does not extinguish the debt, which is now owed the cessionary.”<sup>64</sup>

Die regter beskou die oordrag van die reg as sodanig as 'n verbintenis-regtelike vervanging van skuldeisers. Betaling voor kennisgewing bevry nie die skuldenaar nie omdat die verpligting van die skuldenaar na sessie teenoor die sessionaris geld.<sup>65</sup> Desnieteenstaande bevind die regter dat die sessionaris nie van die skuldenaar wat 'n bona fide-betaling aan die sedent gemaak het, kan eis nie.<sup>66</sup> As rede hiervoor gee hy Voet 18 4 15 se standpunt aan, naamlik dat die sessionaris homself moet blameer vir sy nalatigheid of versuim om kennis te gee. Wanneer die regter moet aantoon op welke verweer die skuldenaar hom teen die eis van die sessionaris kan beroep, bevind hy:

“The defence against him is not the extinction of the debt by payment, but what is usually called estoppel by negligence though *Spencer Bower* prefers to designate it as estoppel by silence or inaction . . .”<sup>67</sup>

Uit hierdie uitspraak blyk myns insiens dat sessie as regsverskynsel nie altyd reg verstaan word nie. Die antwoord van die regter op die advokaat se argument dui daarop dat hy die dubbele karakter van 'n vorderingsreg nie begryp nie. Die feit dat die Romeins-Hollandse skrywers sessie as 'n algehele oordrag van die reg beskou het, hou geen verband met die twee aspekte van sessie, naamlik die sakeregtelike oordrag en die verbintenisregtelike vervanging nie. Dit hou verband met die feit dat die reg nooit oordraagbaar was nie en dat die sessionaris gevolglik slegs 'n actio utilis verkry het,<sup>68</sup> terwyl die actio directa by die reghebbende gebly het. Wanneer hierdie skrywers dus verkondig dat die onderskeid tussen die actio directa en die actio utilis by hulle verval het en dat die reg in sy geheel oorgedra word, beteken dit dat die reg wel van een vermoë op 'n ander oorgedra kan word, maar dit wil nog nie sê dat die verbintenisregtelike vervanging voltooi is nie. Die implikasies is myns insiens nie altyd deur hulleself besef nie. Hulle was meer prakties ingestel en het dus nie soos die Duitsers<sup>69</sup> die dogmatiese implikasies van hulle standpunte ondersoek nie. Voet 18 4 15 gee egter duidelik aan waarom die skuldenaar bevrydend kan betaal: “. . . nulla juris ratio vetat; cum utique ei solvat, cui obligatus fuit, . . .” (my kursive-

<sup>64</sup>190H-191A.

<sup>65</sup>Die swakheid in hierdie argument is hierbo onder 1 bespreek.

<sup>66</sup>191A.

<sup>67</sup>191B.

<sup>68</sup>Hy was dus nie as reghebbende beskou nie.

<sup>69</sup>Vgl Luig *Geschiede* 23 ev.

ring).<sup>70</sup> Hy besef met ander woorde dat 'n verbintenis nie enkel deur die oordrag van die reg tussen die sessionaris en skuldenaar tot stand kan kom nie. Alhoewel regter Roper hom dus op Voet beroep vir sy standpunt, negeer hy twee fasette van Voet se benadering volkome. Eerstens beweer hy dat die skuldenaar se verweer teenoor die sessionaris se eis nie uitwissing van die skuld is nie, terwyl Voet dit uitdruklik sê: “sed quo minus ei bona fide solutionem faciat, *atque ita liberetur*, . . .” (my kursivering). Tweedens negeer die regter die rede wat Voet aangee waarom die skuldenaar bevry word, naamlik die feit dat hy betaal het aan 'n persoon aan wie hy tot betaling gebonde was.<sup>71</sup>

Regter Roper se verklaring dat die verweer van die skuldenaar estoppel is, is myns insiens ook verkeerd. In die eerste plek omdat dit in stryd is met wat Voet uitdruklik aantoon as die posisie in die Romeins-Hollandse reg, en tweedens omdat die hele konstruksie van estoppel nie hier toepassing vind nie. Regter Roper gaan self nie in op die toepaslikheid van die estoppelvereistes nie maar Nienaber,<sup>72</sup> wat hierdie benadering as die korrekte aanvaar, brei hierop uit. Die belangrikste punt van kritiek teen Nienaber se

<sup>70</sup>Hierdie teks van Voet verskaf by die vertaling daarvan probleme. Alhoewel ons Voet se 17e eeuse Latyn nie aan die hand van klassieke Latynse grammatika kan beoordeel nie, moet ons tog probeer vasstel of hy met die gebruik van 'n bepaalde woord 'n besondere betekenis aan die teks probeer gee. In hierdie verband lewer *obligatus fuit* probleme op. Daar is drie moontlike verklarings hiervoor:

(i) Dit is moontlik dat Voet hier die plusquamperfektum indikatief passief van *obligare* wou gebruik – dit sou dan *obligatus erat* moes lui.

(ii) Hy kon moontlik die perfektum indikatief passief van *obligare* in gedagte gehad het, maar dan moes dit *obligatus est* gewees het.

(iii) *Obligatus* kan moontlik hier as adjektief saam met *esse*, wat in die perfektum indikatief gebruik word, aangewend wees.

Laasgenoemde konstruksie is m i die mees aanvaarbare, aangesien dit mens in staat stel om 'n sinvolle uitleg aan die teks te gee. Dit beteken dus dat die skuldenaar, voor hy betaal het, gebonde was om te betaal en dat hy deur betaling van daardie gebondenheid bevry word (*atque ita liberetur*).

As aangevoer word dat Voet die plusquamperfektum indikatief van *obligare* in gedagte gehad het, doen dit aan bg argument nog geensins afbreek nie aangesien dit slegs beteken dat hy betaal aan iemand aan wie hy toe reeds verbind was. As Voet bedoel het om die perfektum indikatief van *obligare* te gebruik, dan kan dit soos volg vertaal word: “hy betaal aan hom aan wie hy hom in die verlede verbind het.” (Proff P Van Warmelo, HL Gonin, DM Kriel en TJ Scott word bedank vir hulle hulp by die ontleding van hierdie teks.)

<sup>71</sup>Uit Voet se grammatika is nouliks die afleiding te maak dat hy van mening is dat die skuldenaar gebonde was, maar dat die gebondenheid opgehou het om te bestaan voordat die skuldenaar betaal het. Afgesien daarvan dat hierdie argument nie deur die reëls van die Latynse grammatika gesteun word nie, is die belangrikste leemte daarin die feit dat die konteks van die teks negeer word. As mens sou aanvaar dat Voet se bedoeling was dat die verbintenis nie meer bestaan het toe die skuldenaar aan die sedent betaal het nie, ontstaan die vraag wat die betekenis van *atque ita liberetur* dan is. As hy nie verbind was nie kon hy tog nie bevry word nie. As geredeneer word dat die skuldenaar wel verbind is, nie teenoor die sedent nie, maar teenoor die sessionaris, ontstaan die vraag: hoe word A wat teenoor C (sessionaris) verbind is, bevry teenoor C deur 'n betaling wat hy aan B maak, sonder dat hy bewus is van C en terwyl hy weet dat hy teenoor B verbind is? Sodanige argument lees m i veel meer in die teks as wat daar staan en is in stryd met die hele uitgangspunt in die 17e en 18e eeu, nl dat die verbintenis self onoordraagbaar is, vgl Scott *Sessie* 13 ev.

<sup>72</sup>“The Inactive Cessionary” 1964 *AJ* 99 120 ev.

konstruksie is die feit dat hy die onregmatigheid van die sessionaris se skynverwekking in 'n verbrekking van 'n *duty to speak* sien. My vraag is: waar kom hierdie plig vandaan? Volgens Nienaber se standpunt word eers aan die sessionaris gesê: "daar rus geen plig op jou om die skuldenaar kennis te gee nie, want kennisgewing is geen vereiste vir die vervanging van skuldeisers nie." Wanneer die sessionaris, menende dat hy deur die sessie skuldeiser geword het, van die skuldenaar eis, beroep laasgenoemde hom op estoppel omdat die sessionaris nalatiglik sy *duty to speak*<sup>73</sup> verbreek het. Die effek hiervan is dat die reg aan die eenkant bepaal dat die sessionaris nie kennis hoef te gee nie, en terselfdertyd hom dit verwyrt dat hy nie kennis gee het nie. Daar kan met Nienaber saamgestem word as hy kritiek uit teen die houe se verklaring van bevrydende betaling deur 'n bona fide-skuldenaar. Sy redes is egter aanvegbaar. Hy maak om dogmatiese en praktiese redes daarteen beswaar: Dogmaties omdat die reël dat die skuldenaar voor kennisgewing bevrydend kan betaal in stryd met twee basiese reëls is, naamlik die reël dat sessie die effek het dat die sessionaris in alle opsigte die sedent as skuldeiser vervang, en die reël dat 'n skuldenaar nie deur betaling aan 'n vreemdeling bevry kan word nie, dit wil sê betaling aan iemand anders as sy ware skuldeiser. Hieruit is dit duidelik dat hy nie die verbintenisregtelike aspek van sessie in ag neem nie, of dat hy die oordrag van die reg as genoegsaam ag om die verbintenisregtelike vervanging te voltooi – 'n situasie wat uniek aan die Suid-Afrikaanse reg sou wees, aangesien nóg die Romeins-Hollandse, nóg die Franse, nóg die Nederlandse, nóg die Duitse reg hierdie moontlikheid aanvaar. Bogenoemde benaderingswyse lei daartoe dat hy van mening is dat die sedent na die sessie in alle opsigte deur die sessionaris as skuldeiser vervang word. Laasgenoemde is korrek as hy daarmee bedoel dat die vermoënsverskuiwing plaasgevind het, of dat die *actio directa* nie meer by die sedent is nie – 'n aangeleentheid wat in elk geval niks met die bevrydende betaling van die skuldenaar te make het nie.<sup>74</sup> As gesag vir hierdie stelling betrek hy 'n uitspraak<sup>75</sup> wat geensins met die betrokke kwessie verband hou nie. Daar maak die regter 'n onderskeid tussen 'n sekerheidsessie en 'n algehele sessie. By eersgenoemde bly die *dominium* by die sedent terwyl die reg in sy geheel in laasgenoemde geval oorgedra word. Die onderskeid wat hier getref word, is dat die vermoënsverskuiwing in eersgenoemde geval nie plaasgevind het nie, maar by 'n algehele sessie wel. Die tweede basiese reël wat volgens Nienaber verbreek word indien toegelaat word dat die skuldenaar bevrydend aan die sedent betaal, is dat 'n skuldenaar toegelaat word om bevrydend aan iemand anders as sy skuldeiser te betaal. Die punt is natuurlik, soos Voet uitdruklik sê, dat hy wél aan sy skuldeiser betaal – die persoon aan wie hy verbind is.

<sup>73</sup>As gesag vir die bestaan van die *duty to speak* beroep Nienaber hom op *Opperman v De Beer* supra 96: "It would be due entirely to the negligence of the cessionary that the money was paid to the cedent, for it was his duty to give notice to the debtor." Die regter maak nêrens melding van estoppel nie en in elk geval dui hierdie stelling, myns insiens, op die teendeel van wat Nienaber beweert. Hierdie aanhaling dui daarop dat dit 'n vereiste is dat kennisgewing aan die skuldenaar plaasvind voordat die verbintenisregtelike vervanging voltooi is.

<sup>74</sup>supra bespreking by vn 68 in teks.

<sup>75</sup>*Moola v Estate Moola* 1957 2 SA 463 (N) op 463H: "In the case of an out and out cession the position is clear: no right whatever remains in the cedent."

Nienaber noem slegs een voorbeeld van 'n praktiese beswaar teen die vereiste dat die sessionaris kennis moet gee, naamlik die moontlikheid dat kennisgewing om een of ander rede nie die skuldenaar bereik nie, ten spyte daarvan dat die sessionaris moeite gedoen het.<sup>76</sup> Die antwoord hierop is dat dit in die sessionaris se belang is dat die skuldenaar kennis kry en dat hy dus maar moet toesien dat dit inderdaad gebeur. Die verdere argument dat die skade moet rus waar dit val as die sessionaris nie nalatig was nie, is ook onaanvaarbaar. Voet verklaar uitdruklik dat 'n sessionaris wat nie kennis gee nie nalatig is en dat hy homself vir sy skade moet verwyf. In *Lovell v Paxinos and Plotkin: in re Union Shopfitters v Hansen* en *Katz v Katzenellenbogen* word die sessionaris se skade aan homself gewyf omdat hy volgens eersgenoemde saak homself kan beskerm deur kennis te gee en volgens laasgenoemde saak omdat Voet van mening is dat die sessionaris se skade aan sy eie nalatigheid of versuim om kennis te gee, toe te skryf is.

Afgesien van die feit dat dit juridies onverantwoordbaar is, ontstaan die vraag waarom die skuldenaar skade moet ly omdat sy skuldeiser, sonder sy toestemming of medewete, sy reg sedgeer het aan die sessionaris wat op hoogte van die omstandighede is en homself kon beskerm het deur kennisgewing aan die skuldenaar te gee. As Nienaber meer aandag aan die verbintenisregtelike vervanging van skuldeisers gegee het, sou dit nie vir hom nodig gewees het om die hele aangeleentheid tot die volgende stelling<sup>77</sup> te reduseer nie:

“. . . if a choice is to be made between the positive protection of the debtor and the sanctioning of the cessionary, the latter approach would certainly seem to be favoured.”<sup>78</sup>

In *Brook v Jones*<sup>79</sup> beslis regter James dat 'n skuldenaar wat bona fide betaal, al het hy kennis van een of ander aard, bevry word. Die rede waarom hy bevry word, is op *equitable considerations* gebaseer.<sup>80</sup> Hy versuim dus ook om die implikasie van Voet 18 4 15 te waardeer en om die dubbele karakter van die vorderingsreg te erken.<sup>81</sup> Die regter volg gelukkig nie die benadering in *Katz* se saak nie en bevind dat die skuld deur betaling uitgewis word.<sup>82</sup> Die afleiding is dus dat dit die basis van die skuldenaar se verweer sal wees, en nie estoppel nie.

Regter Hofmeyr<sup>83</sup> beskou die feit dat die skuldenaar toegelaat word om bevrydend aan die sedent te betaal as onlogies, maar beskou dit billik dat die sessionaris wat versuim het om kennis te gee die skade moet dra.<sup>84</sup> Hy

<sup>76</sup>In ons howe is al beslis dat dit beskou word asof die skuldenaar in so 'n geval nie kennis gekry het nie – vgl *Pillay v Harichand* supra 681 ev.

<sup>77</sup>1964 *AJ* 119.

<sup>78</sup>Die sanksionering van die sessionaris is nie 'n probleem nie, mits hy inderdaad skuldeiser geword het.

<sup>79</sup>supra.

<sup>80</sup>767C.

<sup>81</sup>Op 767C sê die regter bv: “The question whether a debtor has had notice of the cession *only* becomes of importance if the debtor pays the debt to the cedent.”

<sup>82</sup>767C: “If he pays the cedent without knowledge of the cession he is discharged.”

<sup>83</sup>In *Clark v Van Rensburg* 1964 4 SA 153 (O).

<sup>84</sup>161.



huldig dus ook die standpunt dat die verbintenisregtelike vervanging deur die oordrag van die reg voltooi is.

In *Jerome Investments v Gluckman*<sup>85</sup> verwys die regter slegs na Voet 18 4 15, sonder enige kommentaar.

Alhoewel regter Smuts in *Agricultural & Industrial Mechanisation v Lombard*<sup>86</sup> duidelik die onderskeid tussen die sakeregtelike oordrag en die verbintenisregtelike vervanging aanvaar, versuim hy om die implikasies daarvan te erken wanneer hy sê dat betaling deur die skuldenaar aan die sedent 'n solutio indebiti is.<sup>87</sup> Laasgenoemde wanopvatting is 'n gevolg van die oorbeklemtoning van die verval van die actio directa en die feit dat sessie daarna 'n algehele oordrag van die reg ingehou het.

## 2 2 2 Skuldvergeliking

Met 'n beroep op Voet 16 2 4<sup>88</sup> word algemeen aanvaar dat 'n skuldenaar hom teenoor die sessionaris op skuldvergeliking kan beroep indien skuldvergeliking<sup>89</sup> voor kennisgewing plaasgevind het.<sup>90</sup>

Voordat die meriete van bogenoemde houding bespreek word, kan daar na enkele afwykende menings<sup>91</sup> in hierdie verband verwys word. Die belangrikste uitspraak is dié van regter Erasmus in *Van Aswegen v Pienaar*. Die regter verwerp die argument dat compensatio gelykstaande is aan betaling en dat Voet 18 4 15 dus toepassing vind. Omdat die skuldenaar by betaling handelend optree maar by skuldvergeliking passief bly, is skuldvergeliking volgens hom nie dieselfde as betaling nie en kan 'n skuldenaar

<sup>85</sup>1970 3 SA 67 (W) 69.

<sup>86</sup>supra 494 in fin: "Die gevolgtrekking wat die gesaghebbendes waarna ek verwys het, regverdig, is, myns insiens, dat 'n sessie van regte sonder effek is teen 'n skuldenaar tot tyd en wyl hy kennis dra daarvan."

<sup>87</sup>491C-D.

<sup>88</sup>"Cessionariis quoque actione cessa agentibus, tum ratione ejus, quod ipsi suo nomine debent ei, contra quem actione cessa experiuntur; tum etiam respectu ejus, quod ipse cedens vicissim debet, si modo debuerit ante cessionem, atque ita ei compensatio objici poterit. Cum enim ipso jure ad concurrentem utrimque equitatem debitum evanuerit ipso illo momento, quo quid inceptum utrimque deberi secundum ante dicta, cedi non potuit adversus debitorem actio, nisi ea pro parte, quae post confusum debitum & creditum atque ita extinctum restabat exigenda."

<sup>89</sup>Daar moet natuurlik aan al die vereistes vir skuldvergeliking voldoen word, bv wederkerige skulde. Vgl *Richter v Riverside Estates* 1946 OPD 209 224: "It is trite law that set-off can only operate in respect of reciprocal claims which are both liquid and due." Oor likiditeit vgl *Baskin and Barnett v Barnard* 1928 OPD 58; *Barnabas v Govender* (1928) 49 NLR 260. Vgl Scott *Sessie* 273 oor die geval waar sessie gemaak word met die doel om die skuldenaar sy reg op skuldvergeliking te ontnem.

<sup>90</sup>*Smith v Howse* (1834) 2 Menz 163; *London & South African Bank v The Official Liquidator of the Natal Investment Co* supra; *Heydenrych v Woolven* supra; *Symon v Brecker* 1904 TS 745; *Keeler v Butcher & Sons* (1907) 28 NLR 43; *Walker v Syfret* 1911 AD 141; *Consolidated Finance v Reuid* 1912 TPD 1019; *Hardy and Mostert v Harsant* 1913 TPD 433; *Clark v Van Rensburg* supra; *Union Trust Maatskappy v Thirion* 1965 3 SA 648 (GW); *Joint Municipal Pension Fund v Pretoria Municipal Pension Fund* 1969 2 SA 78 (T); *Agricultural & Industrial Mechanisation v Lombard* supra.

<sup>91</sup>*Oudtsboorn Town Council v Smith* 1911 CPD 558; in *Schoeman v Thompson* supra 300 word beslis dat die reëling ivm bevrydende betaling nie by skuldvergeliking toepassing vind nie; *Schreuder v Steenkamp* 1962 4 SA 74 (O) 75H; *Van Aswegen v Pienaar* supra.

sonder kennisgewing in laasgenoemde geval benadeel word, maar in eersgenoemde geval nie:

“Derhalwe, vir doeleindes van betaling, meen Voet tereg dat die skuldenaar kennis behoort te kry van die sessie *as skuldvergelyking nie in sy guns moet intree nie*, maar dit is ’n perd van ’n ander kleur om te konstateer dat die sessie ongeldig is sonder kennisgewing, of dat skuldvergelyking as die ekwivalent van betaling moet intree omdat die skuldenaar nie vooraf kennis daarvan gekry of gehad het nie. Skuldvergelyking is glad nie afhanklik van kennisgewing nie, hoewel betaling mag wees”<sup>92</sup> (my kursivering).

Dit is moeilik om die gekursiveerde gedeelte sinvol te interpreteer aangesien dit geensins duidelik is wat die regter probeer sê nie. Hoe dit ook al sy, die res van die gedeelte is myns insiens op verskeie gronde aanvegbaar. Hierdie aanhaling is ’n goeie voorbeeld van die verwarring wat kan ontstaan indien die dubbele karakter van sessie misken word. Die regter sien kennisgewing nie as ’n geldigheidsvereiste vir sessie nie – ’n standpunt wat korrek is mits in gedagte gehou word dat die verbintenisregtelike vervanging nie deur die oordragshandeling voltooi is nie. Afwesigheid van kennisgewing maak nie die sessie ongeldig soos die regter blykbaar vrees nie, maar het slegs tot gevolg dat die skuldenaar nog teenoor die sedent, as sy skuldeiser, gebonde is net soos by betaling. Gevolglik kan die skulde van die sedent en die skuldenaar deur *compensatio ipso iure* uitgewis word.

Alhoewel die meerderheid uitsprake ten gunste daarvan is dat skuldvergelyking voor kennisgewing kan plaasvind, is daar nie altyd helderheid oor die oorsprong van die reël nie.

Voet 16 2 4 praat uitdruklik net van die geval waar skuldvergelyking voor sessie plaasgevind het. Hierdie stelling is vir meerdere interpretasies vatbaar daar dit nie duidelik is wat Voet met sessie bedoel nie, aangesien dit ’n ope vraag is of hy kennisgewing as geldigheidsvereiste vir sessie beskou of nie. In die vroegste uitspraak<sup>93</sup> oor hierdie aspek het sessie met kennisgewing gepaard gegaan en is dit dus moeilik om vas te stel welke interpretasie aan die woord sessie, soos deur Voet gebruik, gegee moet word. Watter interpretasie ook al daaraan gegee word, dit is duidelik dat Voet hom hier met die oordragshandeling besig hou – met ander woorde Voet bepaal dat as die skuldenaar hom op skuldvergelyking teenoor die sedent kon beroep voordat sessie plaasgevind het, hy hom ook teenoor die sessionaris daarop kan beroep nadat sessie plaasgevind het. Dit wil dus voorkom asof die skuldenaar se verweer teen die sessionaris een van skuldvergelyking sal wees. As mens egter na sy motivering kyk, blyk dit dat die skuldenaar hom eerder daarop moet beroep dat die sessionaris nie reghebbende geword het nie omdat die sedent tydens die sessie nie meer regte gehad het om oor te dra nie, behalwe die reg om die restant, indien enige, te eis.<sup>94</sup> Voet 16 2 4 het myns insiens slegs betrekking op die geval waar skuldvergelyking reeds

<sup>92</sup>681H.

<sup>93</sup>*Smith v House* supra.

<sup>94</sup>Korrek toegepas in *London & South African Bank v The Official Liquidator of the Natal Investment Co* supra 4: “Voet, with reference to *compensatio*, having laid it down that the debt can only be effectually ceded so far as the debtor cannot, at the time of the cession, claim *compensatio* against the ceder, says: ‘for as *ipso iure* the debt vanished for the con-

voor die oordrag plaasgevind het, in welke geval die skuldenaar hom daarop kan beroep dat die sessionaris nie reghebbende geword het nie.

Volgens my interpretasie van Voet 16 2 4 kom skuldvergelyking as 'n verweer nie daar ter sprake nie, maar eerder in gevalle waar skuldvergelyking plaasvind *nadat* die reg oorgedra is, dog voor kennisgewing. Hierdie onderskeid word nie algemeen ingesien nie en daar word bloot met 'n beroep op Voet 16 2 4 verklaar dat:

"The rule that compensation may be pleaded by the debtor to a claim on a debt made by the cessionary is well established in the courts of South Africa."<sup>95</sup>

"The general rule that a garnishee can only set-off as against the cessionary claims that arose *before the notice of cession* is quite clear, and there is no restriction of this rule to cases in which the right ceded is a vested right as distinguished from an expectation (*Voet*, 16, 2, 4)"<sup>96</sup> (my kursivering).

Hier word dus uitdruklik van kennisgewing melding gemaak.

In *Hardy and Mostert v Harsant*<sup>97</sup> word skuldvergelyking en betaling op een voet<sup>98</sup> geplaas met die gevolg dat skuldvergelyking voor kennisgewing kan plaasvind om dieselfde rede as wat betaling kan plaasvind.<sup>99</sup>

In *Agricultural & Industrial Mechanisation v Lombard*<sup>100</sup> bevestig regter Smuts dat compensatio deur ons Romeins-Hollandse skrywers as 'n vorm van betaling beskou word.<sup>101</sup> Hy verwerp die standpunt van die afwykende beslissings en bevestig die houding wat in die meerderheid beslissings voorkom. As addisionele gesag word 'n beroep gedoen op 'n uitspraak wat Van Bynkershoek<sup>102</sup> aanhaal waarvolgens die sedent en die skuldenaar voor kennisgewing 'n skikking kan aangaan. Die rede wat aangevoer word, is weer eens die billikheid:

curing quantity on each side in the very moment when something began to be owed on both sides, as has been said, the action could not be ceded against the debtor except for that part which remained to be demanded after the confusion, and thus the extinction of the debit and credit."

<sup>95</sup>*Walker v Syfret* 1911 AD 141 159. Sy verdere argument berus daarop dat skuldvergelyking 'n verweer in rem is en dat dit daarom teen die sessionaris opgewerp kan word. Hierdie standpunt is myns insiens nie heeltemal korrek nie. As dit as verweer in rem afgedwing kan word, behoort die skuldenaar hom na kennisgewing ook op skuldvergelyking te kan beroep want alle verwerre in rem geld teen die sessionaris.

<sup>96</sup>*Consolidated Finance Co v Reuid* supra 1025. Alhoewel hierdie standpunt reeds in *Keeler v Butcher & Sons* supra 49, met verwysing na Voet 18 4 15; *Smith v Howse en London & South African Bank v The Official Liquidator of the Natal Investment Co* ingeneem is.

<sup>97</sup>supra 445.

<sup>98</sup>Vgl ook *Joint Municipal Pension Fund v Pretoria Municipal Pension Fund* 1969 2 SA 78 (T) 85-86. De Wet en Yeats *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* (4e uitg 1978) 230.

<sup>99</sup>Bespreking hiervan supra 2 2 1 1. Hierdie standpunt word, met verwysing na *Consolidated Finance Co v Reuid*, gevolg in *Clark v Van Rensburg* supra en *Union Trust Maatskappy v Thirion* 1965 3 SA 648 (GW) 653H.

<sup>100</sup>supra

<sup>101</sup>490C e.v.

<sup>102</sup>*Obs Tum* 51: "Nec obstare, quod transactio esset generalis ob 1.29 C de Transact. (C.2, 4). Nec etiam, quod Titius creditor dici non possit transegisse de jure quod non habebat, utpote quo cesserat 29 Oct. 1695 nam Maevio debitore id denunciatum non esse, eumque, ejus rei ignarum, ut solvere Maevio, ita cum eo transigere potuisse . . ."  
Hierdie aanhaling van Van Bynkershoek moet met omsigtigheid benader word. Die

“Om redes reeds genoem is ek van mening dat ontseggings van die reg om hom op skuldvergelyking te beroep ewe onregverdig en onbillik teenoor die skuldenaar is as wat ’n regsreël dat hy weer die sessionaris moet betaal nadat hy reeds die sedent betaal het, sou wees.”<sup>103</sup>

Waar die skuldenaar hom by betaling op uitwissing van die skuld deur betaling kan beroep, kan hy hom by skuldvergelyking voor kennisgewing op uitwissing van die skuld weens skuldvergelyking beroep. Estoppel as verwer is glad nie van toepassing nie en myns insiens behoort die bona fides van die skuldenaar ook nie as motivering vir die skuldenaar se bevryding te geld nie. Die ware motivering is daarin geleë dat die skuldenaar voor kennisgewing nog aan die sedent verbind is – gevolglik kan skuldvergelyking ipso iure plaasvind. Die vervanging van skuldeisers was voor kennisgewing nog nie voltooi nie.

### 2 2 3 Onderhandelinge tussen sedent en skuldenaar

Regter Maasdorp bevind in *African Banking Corporation v Blauwklip Garden Co*<sup>104</sup> dat die sedent en die skuldenaar voor kennisgewing onderhandelinge kan aangaan om die kontrak waaruit die reg spruit, te wysig.<sup>105</sup> Die enigste manier waarop dit geregverdig kan word, is deur te wys op die feit dat die verbintenisregtelike vervanging van skuldeisers nog nie voltooi is nie. Die moontlikheid vir die skuldenaar om ’n skikking<sup>106</sup> met die sedent aan te gaan, is ook in die lig hiervan te verklaar.

### 2 3 GEVOLGTREKKING

Uit bogenoemde blyk dat die houe vanweë ’n miskenning van die sake-regtelike en verbintenisregtelike aspekte van ’n vorderingsreg, daartoe geroep word om allerhande gekunstelde verklarings aan sekere verskynsels te gee.<sup>107</sup> Gelukkig het die appèlhof hom nog nie onomwonde oor die rol van kennisgewing uitgelaat nie en daar kan aan die hand gedoen word dat daardie hof by so ’n beslissing die dubbele karakter van sessie deeglik in

interessante van die teks is dat hy van die sedent praat as *creditor* en dat hy beweer daar kan nie gesê word dat hy onderhandel het oor ’n reg wat hy nie gehad het nie. Daar kan hiervoor myns insiens twee moontlike interpretasies wees. Die waarskynlikste is dat Van Bynkershoek van mening is dat die reg voor kennisgewing nie oorgedra is nie – ’n standpunt wat ook na vore kom in ander uitsprake deur hom aangehaal, bv *Obs Tum* 512.

’n Ander moontlike interpretasie is dat hy hier wil aantoon dat die verbintenisregtelike vervanging nie voltooi is nie en dat die sedent daarom nog die skuldenaar se skuldeiser is met wie hy ’n skikking kon aangaan. Die mala fides van die sedent in so ’n geval sou hom waarskynlik op grond van bedrog teenoor die sessionaris aanspreeklik maak.

<sup>103</sup>496C.

<sup>104</sup>(1908) 24 SC 946 949–950.

<sup>105</sup>Sonder verwysing na gesag.

<sup>106</sup>Soos hierbo bespreek na v *Van Bynkershoek Obs Tum* 51. De Wet en Yeats *Kontraktereg* 230.

<sup>107</sup>Die verwysing na onkundige of kundige, maar bona fide-betaling deur die skuldenaar, moet myns insiens verwerp word. Daar behoort geen addisionele plig op die skuldenaar te rus om vas te stel of daar wel of nie ’n sessie plaasgevind het nie. Dit gaan om die regsposisie van die skuldenaar, nie om sy feitlike omstandighede nie. Indien die skuldenaar mala fide handel deur aan die sedent te betaal, word hy bevry deur sy betaling maar die sessionaris sal agv bedrog teen hom ’n eis kan instel, afgesien van die eis wat die sessionaris teen die sedent het vanweë kontrakbreuk.

oorweging neem. Daar word nie bepleit dat kennisgewing as geldigheidsvereiste<sup>108</sup> vir die sakeregtelike oordrag gestel moet word nie, aangesien dit nie in ooreenstemming met gevestigde regspraak oor die aangeleentheid sal wees nie. Daar kan egter gehoop word dat die belang van die verbintenis-regtelike vervanging<sup>109</sup> beklemtoon sal word, welke vervanging slegs deur kennisgewing voltooi kan wees.<sup>110</sup>

## 2 4 DIVERSE AANGELEENTHEDE

Die sessionaris moet sorg dra dat die skuldenaar inderdaad kennis gekry het,<sup>111</sup> maar as die skuldenaar hom op afwesigheid van kennisgewing beroep, moet hy dit bewys.<sup>112</sup> As die skuldenaar met kennis van die sessie aan 'n derde betaal, kan die sessionaris van die skuldenaar en nie van die sedent of derde eis nie.<sup>113</sup>

## 2 5 DIE VERHOUDING TUSSEN DIE SKULDENAAR EN DIE SESSIONARIS

Weinig aandag word in ons howe aan hierdie aspek gegee. Enkele sydelingse opmerkings<sup>114</sup> dui daarop dat die regters bewus is van die feit dat daar een of ander verband tussen die skuldenaar en sessionaris moet wees.

Aangesien sessie die oordrag van 'n reg beoog, welke oordrag sodanig moet wees dat die sessionaris skuldeiser van die skuldenaar word, moet daar uiteindelik 'n verbintenis tussen hulle bestaan. Hierdie verbintenis is dieselfde as die een wat voorheen tussen sedent en skuldenaar bestaan het. Die sessie beoog dus 'n vervanging van skuldeisers wat, myns insiens, deur kennisgewing van die sessie aan die skuldenaar bereik word.<sup>115</sup>

<sup>108</sup>Alhoewel kennisgewing as geldigheidsvereiste vir die oordrag self te verkies is.

<sup>109</sup>In Duitsland waar die oordrag van die reg deur ooreenkoms bewerkstellig word, soos in Suid-Afrika, word uitvoerige reëlings getref om die skuldenaar te beskerm – vgl a 406-410 van die Duitse *BGB*. Die skuldenaar in Suid-Afrika geniet nie hierdie uitvoerig omskrewe beskerming nie, 'n posisie waaraan aandag gegee moet word.

<sup>110</sup>Hierdie standpunt is in ooreenstemming met die Franse, Nederlandse, Duitse en Engelse reg en verskaf 'n dogmaties bevredigende oplossing vir die posisie van die skuldenaar by bevrydende betaling, skuldvergyking en onderhandelinge met die sedent voor kennisgewing. Die verwarring wat oor die rol van kennisgewing bestaan, blyk uit kontrakte waarin bepaal word dat die sessionaris aan die skuldenaar kennis mag gee, asof hy andersins nie daarop geregtig is nie – vgl *Randbank v Morris* 1972 2 SA 21 (OK) 23F.

<sup>111</sup>*Pillay v Harichand* supra. Betekening van die kennisgewing deur 'n balju is dus gewens. 'n Dagvaarding uitgereik deur die sessionaris kan as kennisgewing geld.

<sup>112</sup>*Trust Bank van Afrika v Oosthuizen* 1962 2 SA 307 (T). Die regter behoort nooit kennis by die skuldenaar te veronderstel nie, soos in *Lucas v Stevens* 1925 EDL 228 236.

<sup>113</sup>*Gillett v Pickard* 1927 AD 155 158.

<sup>114</sup>In *Milner v Union Dominions Corp* 1959 3 SA 674 (K) 677H voer die advokaat soos volg aan: “. . . in the absence of any contractual nexus between plaintiff [skuldenaar] and first defendant [sessionaris], there was no ground for claiming this relief . . .” Die regter gaan nie hierop in nie en daar moet op gewys word dat daar wel 'n nexus tussen skuldenaar en sessionaris bestaan, maar slegs ten aansien van die spesifieke reg, met sy gepaardgaande verpligting, wat oorgedra is.

<sup>115</sup>In hierdie opsig is die reëlings van a 409(1) en (2) van die Duitse *BGB* besonder bevredigend aangesien hulle die skuldenaar die maksimum beskerming verleen. Daarvolgens moet die sedent kennis aan die skuldenaar gee, of die sessionaris moet 'n akte van oordrag, deur die sedent onderteken, aan hom toon.

In *Van Zyl v Credit Corporation*<sup>116</sup> laat hoofregter Steyn hom soos volg uit:

“Hoewel die sessionaris die plek inneem van die kontraktuele skuldeiser, en in dié sin deel het aan die kontrak, ontstaan daardie posisie nie as gevolg van ’n ooreenkoms tussen die sessionaris en die skuldeiser nie, maar uit hoofde van regswerking, van ’n besondere regsmiddel wat aan die sessionaris verleen word, onverskillig of die sessie al dan nie teen die skuldenaar se wil plaasgevind het. Die sessie bring die sessionaris nie binne die kontraktuele verband wat tussen die skuldenaar en die sedent bestaan nie.”

Die regter het gelyk as hy sê dat die sessionaris die plek inneem van die kontraktuele skuldeiser,<sup>117</sup> mits hy verwys na die enkele reg wat oorgedra is tesame met sy gepaardgaande verpligting.<sup>118</sup> Hy is ook korrek as hy sê dat hierdie posisie nie as gevolg van die ooreenkoms tussen die sessionaris en die sedent ontstaan het nie. Die regter fouteer egter waar hy te kenne gee dat die vervanging deur regswerking<sup>119</sup> plaasvind. Daar word nie ’n besondere regsmiddel<sup>120</sup> aan die sessionaris gegee nie; hy eis met die aksie wat die sedent gehad het omdat hy reghebbende geword het. Die handeling wat die vervanging van skuldeisers bewerkstellig en die sessionaris met die skuldenaar verbind, is die kennisgewing aan die skuldenaar en nie die ooreenkoms tussen die sessionaris en die sedent nie soos die regter tereg aantoon.

## 26 DIE REGTE VAN DIE SKULDENAAR

In *Estate Van den Heever v Greyling*<sup>121</sup> word, met ’n beroep op Sande,<sup>122</sup> beslis dat die sessionaris slegs kennis aan die skuldenaar hoef te gee. Hy hoef nie ’n skriftelike sessie voor te lê nie behalwe as die skuldenaar dit verlang.<sup>123</sup>

In *National Bank v Marks and Aaronson*<sup>124</sup> word slegs na Voet 18 4 13<sup>125</sup> verwys sonder om dit toe te pas. Dit is duidelik dat hierdie vereiste verband hou met die prosesreg, met ander woorde dat die skuldenaar verdere be-

<sup>116</sup>1960 4 SA 582 (A) 589A.

<sup>117</sup>Maw die verbintenisregtelike vervanging het plaasgevind en die verbintenis bestaan voortaan tussen sessionaris en skuldenaar. Sy latere uitlating dat die sessie nie die sessionaris binne die kontraktuele verband tussen sedent en skuldenaar bring nie is in stryd hiermee.

<sup>118</sup>Uit een kontrak kan meerdere verbintenisse ontstaan. Sy latere uitlating dat die sessie nie die sessionaris binne die kontraktuele verband tussen die sedent en skuldenaar bring nie, is waarskynlik die gevolg van ’n versuim om te erken dat daar meerdere verbintenisse uit die kontrak ontstaan. Die sessionaris word nie in alle opsigte party by die kontrak nie; hy word slegs skuldeiser wat een van die verbintenisse aanbetref.

<sup>119</sup>In ooreenstemming met Cujacius se siening, Wiarda *Schuldorderungen* 26; Grosskopf *Geschiedenis* 91.

<sup>120</sup>Hierdie uitspraak laat mens onwillekeurig aan die actio utilis van die praetor dink, wat ’n produk was van die posisie toe regsoordrag nie moontlik was nie.

<sup>121</sup>supra 419.

<sup>122</sup>*De Cessione* 12 18. Hierdie gedeelte handel slegs oor die vraag of blote kennis genoegsaam is om bevrydende betaling te verhinder.

<sup>123</sup>In die Duitse reg hoef die skuldenaar nie aan die sessionaris te betaal voordat die akte van oordrag aan hom voorgelê is nie, a 410(1) van die *BGB*.

<sup>124</sup>1923 TPD 69 71.

<sup>125</sup>“Ac cessionarius tenetur ad edenda illa omnia, sive instrumenta, sive rationes, sive calendaria, aliaque similia, ad quae cedens obstrictus fuit; acturus scilicet adversus cedentem, ut is ea exhibeat, quod edi possint.” As gesag hiervoor verwys Voet na *Commentarius* 2 13 16: “Quod si actione sibi cessa experietur actor, ad omnia illa reo

sonderhede kan vra. Regter Krause bevind dat die skuldenaar kan eis dat die dokument aan hom voorgelê word sodat hy kan weet in watter mate die sessionaris reghebbende is en hom kan kwytsteld.<sup>126</sup> Die skuldenaar kan ook op afskrifte van die sessie aandrang<sup>127</sup> alhoewel dit aan die ander kant wil voorkom asof die sessionaris ook kan weier om dit te verskaf.<sup>128</sup>

Die vraag ontstaan wat die skuldenaar se regte teenoor die sessionaris is, afgesien van die prosessuele reg wat 'n eiser of verweerder het om nadere besonderhede te vra. In die Duitse en Nederlandse reg, waar die skuldenaar geregtig is op 'n gewaarmerkte afskrif van die sessie of op die oorspronklike sessie-dokument self, kan die skuldenaar weier om te presteer as dit nie aan hom verskaf word nie.<sup>129</sup> Deur weiering om die gevraagde inligting te verskaf, maak die sessionaris sy reg oneffektief. In Nederland en Duitsland verskaf die wet dus aan die skuldenaar 'n reg om nakoming te weier. In ons reg is dit nie duidelik of sodanige reg bestaan nie, en, indien wel, wat die bron daarvan is nie. In beginsel behoort die skuldenaar myns insiens te kan weier om te presteer tensy 'n afskrif van die sessie-dokument of die akte van oordrag self aan hom voorgelê word. As die sessionaris hom dan wil dwing, moet hy die hof nader – in welke geval die skuldenaar in elk geval op verdere besonderhede geregtig sal wees. Hierdie maatreëls is nodig om die skuldenaar te beskerm. Hy kan hom nie sommer op 'n kennisgewing van sessie verlaat nie; dit mag agterna blyk dat sodanige sessie nooit plaasgevind het nie, in welke geval hy steeds teenoor die sedent aanspreeklik is.<sup>130</sup> □

---

edenda obstrictus est, quae per cedentem, si ipse egisset, fuissent edenda; sive sit liber rationum mercaturae cedentis, sive aliud quid, quod actionis intentandae fundamentum est; tum, ne alioquin per actionis cessionem deterior reddita videretur rei conventi causa.”

<sup>126</sup>*Kuranda v Boustred* 1933 WLD 49.

<sup>127</sup>*Barclays Bank v Riverside Dried Fruit* 1949 1 SA 937 (K) 951.

<sup>128</sup>*Mannesmann Engineering and Tubes v LTA Construction* 1972 3 SA 773 (W) 776C.

<sup>129</sup>Alhoewel die Duitse wetboek dit nie as 'n vereiste vir die oordrag stel nie word die sedent daartoe verplig in a 402. Die vraag ontstaan natuurlik hoe hierdie verpligting en ook die verpligting tot opstel van 'n akte in a 403 ontstaan. Beter gestel, wat is die effek van nie-nakoming van hierdie vereistes? Fikentscher *Schuldrecht* 313 stel dit soos volg: “§ 402 ist ein Beispiel dafür, dass auch ein abstraktes Verfügungsgeschäft von Pflichten nach Treu und Glauben (242) begleitet sein kann. Doch ist es wirklich nur eine ‘Begleitung’. Man kann die Pflichten aus § 402 schlecht erfüllen oder nicht erfüllen, es gibt aber keine Leistungsstörung des Verfügungsgeschäftes (‘Zession’) str.” Hieruit kan afgelei word dat die goeie trou dit van die sedent vereis om sy verpligtinge ingevolge die oordragsooreenkoms na te kom, maar as hy dit nie doen nie kan hy nie op grond van “ooreenkomsbreuk” aangespreek word nie, maar sal hy waarskynlik op grond van nie-nakoming van die verbintenisskeppende ooreenkoms moet ageer. Volgens a 3 4 2 7 word die sedent in die *Ontwerp BW* verplig om 'n gewaarmerkte afskrif van die akte en van die dokument waarin die reg beliggaam is, te verskaf. In Meijers se *Toelichting* verduidelik hy die rede hiervoor: Aangesien die skuldenaar belang by die geldigheid van die causa het, moet hy 'n afskrif van die dokument kry. Hierdie verpligtings is egter nie geldigheidsvereistes nie, maar indien dit nie nagekom word nie, kan die skuldenaar nakoming weier. In effek kom nie-nakoming daarvan daarop neer dat die sessionaris nie werklik skuldeiser geword het nie want hy kan nie sy reg uitoefen nie.

<sup>130</sup>Wat dit aanbetref, maak die Duitse reg daarvoor voorsiening dat die sedent, nadat hy self kennis gegee het, of die sessionaris die akte van oordrag aan die skuldenaar voorgelê het, hom nie op die oneffektiwiteit of nie-plaasvind van die sessie mag beroep nie – vgl a 409(1) en (2) van die *BGB*.

# Kinders en die toets vir nalatigheid in die privaatreë

CR de W de Bruin

BCom LLB

Universiteit van Suid-Afrika

## SUMMARY

When in *Jones NO v SANTAM Bpk* 1965 2 SA 542 (A) the court held that the test for negligence is the same for everybody under the same circumstances, including children, it was criticized as not being in line with the decisions of our courts before 1965. The critics maintained that a child should not be measured against the standard of the "reasonable man" but against the standard of the "reasonable child".

Infantes are always culpae incapax. Children above the age of fourteen years are presumed to be culpae capax. It would seem that there is no presumption as to whether a child between the ages of seven and fourteen years is culpae capax or not and the court has an unfettered discretion in this regard. When the court investigates the question whether the child was culpae capax when the wrong was committed, it has to consider subjective factors. A child is culpae capax when it is able to appreciate the existence of danger and if it is able to act in such a way that the danger is avoided.

An investigation of the decisions reported before 1965 confirms the view of the court in *Jones'* case, viz that the test for the negligence of children has always been the "reasonable man" test. In those cases where the courts were prepared to investigate subjective factors, such as the child's age, it was usually done to decide whether the child was culpae capax or not. The conclusion is that *Jones'* case in no way deviated from the legal position that existed before 1965.

## INLEIDING

Daar kan geen twyfel bestaan dat die toets vir nalatigheid in ons reg die "redelike man"-toets is nie.<sup>1</sup> Oor presies hoe die toets daar uitsien, is daar nie algehele eenstemmigheid nie,<sup>2</sup> maar gewoonlik word gevra of die redelike man die gevolg wat die dader veroorsaak het, sou voorsien en voorkom het.<sup>3</sup> Indien dit wel die geval is, word gesê dat die dader nalatig was. Vir die doeleindes van die toets word die redelike man in die posisie van die dader gestel.<sup>4</sup> Tot watter mate moet die redelike man in die posisie van die dader ge-

<sup>1</sup>*Cape Town Municipality v Paine* 1923 AD 207 216.

<sup>2</sup>Vgl die woorde van r Rosenberry in *Osborne v Montgomery* (1931) 203 Wis 223 234 NW 372: "It is doubtful whether an accurate, inclusive, exclusive, universal definition of negligence can be framed. If it were framed, no doubt it would be so abstract and refined as to be beyond the understanding of jurors."

<sup>3</sup>*Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A) 430-431. Vgl Burchell en Hunt *South African Criminal Law and Procedure* vol 1 (1970) 152; Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1976) 127-128.

<sup>4</sup>McKerron *The Law of Delict* (1971) 35.



stel word? Gewoonlik word gesê dat slegs die eksterne omstandigheds-faktore in ag geneem word en nie die persoonlike eienskappe van die dader nie.<sup>5</sup> Word slegs die omstandighede in ag geneem, word gesê dat die toets objektief is, terwyl die toets subjektief is as die persoonlike eienskappe van die dader in ag geneem word.

In 'n onlangse saak<sup>6</sup> het die appèlhof die volgende belangrike uiteensetting van die "redelike man"-toets gegee:

"In die deliktereg gaan dit in die algemeen wat *culpa* betref oor 'n versuim om te voorsien en om versigtig te wees. In ons reg gebruik ons sedert die gryse verlede die *diligens paterfamilias* as iemand wat in bepaalde omstandighede op 'n sekere manier sou optree. Wat hy sou doen word as redelik beskou . . . Hy word 'objektief' beskou by die toepassing van die reg, maar skyn wesenlik sowel 'objektief' as 'subjektief' beoordeel te word omdat hy 'n bepaalde groep of soort persone verteenwoordig wat in dieselfde omstandighede verkeer as hy, met dieselfde kennisvermoë."

Wanneer die kennisvermoë van die dader in ag geneem word, word daar natuurlik subjektiewe faktore bygesleep wat die objektiwiteit van die "redelike man"-toets afwater in die rigting van die subjektiewe pool.<sup>7</sup> Daar word lank reeds erken dat die "redelike man"-toets verhoog kan word in die geval van deskundiges.<sup>8</sup> So word 'n geneesheer getoets aan die standaard van die "redelike geneesheer"<sup>9</sup> en 'n prokureur aan die standaard van 'n "redelike prokureur".<sup>10</sup> Ontmoet verder die "redelike pleisterman",<sup>11</sup> die "redelike hyskraanoperateur",<sup>12</sup> die "redelike bestuurder"<sup>13</sup> en die "redelike voetganger".<sup>14</sup>

Word die "redelike man"-toets nie ook verlaag om voorsiening te maak vir "redelike kinders" nie? Dit is die kernvraag wat in hierdie artikel ondersoek word. Die dictum wat hierbo aangehaal is, naamlik dat die redelike man 'n "bepaalde groep of soort persone verteenwoordig wat in dieselfde omstandighede verkeer as hy, met dieselfde kennisvermoë", kan beskou word as 'n erkenning van die "redelike kind"-toets of slegs 'n bevestiging van die "redelike deskundige"-toets.<sup>15</sup>

In die lig van die uitspraak van appèlregter Williamson in *Jones NO v SANTAM Bpk*<sup>16</sup> waarin die bestaan van die "redelike kind"-toets onomwonde misken is,<sup>17</sup> sal die dictum slegs as 'n bevestiging van die "redelike deskundige"-toets beskou moet word en niks meer nie.

<sup>5</sup>Hunt *South African Criminal Law and Procedure* vol II (1970) 376; *Jones NO v SANTAM Bpk* 1965 2 SA 542 (A) 551.

<sup>6</sup>*S v Van As* 1976 2 SA 921 (A) 928.

<sup>7</sup>Vgl Schäfer 1978 *THRHR* 201.

<sup>8</sup>Hunt 377; Prosser *Handbook of the Law of Torts* (1971) 161.

<sup>9</sup>*Mitchell v Dixon* 1914 AD 519 525; *Van Wyk v Lewis* 1924 AD 438 444; *Esterhuizen v Administrator Transvaal* 1957 3 SA 710 (T).

<sup>10</sup>*Honey and Blackenberg v Law* 1966 2 SA 43 (R) 46.

<sup>11</sup>*Dube v Administrator Transvaal* 1963 4 SA 260 (T) 266.

<sup>12</sup>*Roelofze v M Ranchod and Sons (Pvt) Ltd* 1972 4 SA 80 (RA) 85.

<sup>13</sup>*Marine and Trade Insurance Co Ltd v Van der Schyff* 1972 1 SA 26 (A).

<sup>14</sup>*Mashigo v Santam Assuransie Maatskappy Bpk* 1973 1 SA 156 (A).

<sup>15</sup>Vgl Burchell 1976 *Annual Survey of SA Law* 163.

<sup>16</sup>1965 2 SA 542 (A).

<sup>17</sup>Boberg 1968 *SALJ* 127-128.

Daar is egter dikwels beweer dat die uitspraak in die *Jones*-saak<sup>18</sup> 'n nuwe benadering tot die vasstelling van nalatigheid by kinders daarstel. Die algemene houding is dat die nalatigheidstoets by kinders voor 1965 subjektief was en daarna objektief.<sup>19</sup> McKerron meen dat die toets voor 1965 subjektief was, "subjective, that is, in the sense that the degree of care required is no more than that to be expected of a child of like age, maturity and experience, placed in the same situation."<sup>20</sup> Hierdie subjektiewe toets word in die meeste ander Westerse regstelsels toegepas.<sup>21</sup>

Om vas te stel of die *Jones*-saak inderdaad afgewyk het van die posisie wat voor 1965 gegeld het, is dit nodig om na te gaan presies hoe die houe die aangeleentheid voor 1965 hanteer het. Voor 1965 was daar basies twee strome. Eerstens is daar die opvatting wat gespruit het uit 'n verkeerde interpretasie van die *Bellstedt*-saak. Dit is die stroom wat gewoonlik beskou word as gesag vir die standpunt dat die nalatigheidstoets by kinders suiwer subjektief is. Dit beteken dat die kind aan homself gemeet word. Die ander stroom kan genoem word 'n "redelike kind"-toets? Dit is die stroom wat as gesag beskou word vir die bestaan van 'n "redelike kind"-toets. Dit beteken dat die kind getoets word aan die standaard van 'n redelike kind van sy ouderdomsgroep.

Voordat hierdie twee strome ondersoek word, moet eers aandag geskenk word aan die vraag na toerekeningsvatbaarheid.

### TOEREKENINGSVATBAARHEID

Voordat die verwyd van nalatigheid 'n dader tref, moet dit eers vasstaan dat hy toerekeningsvatbaar was ten tyde van die handeling.<sup>22</sup> 'n Dader is toerekeningsvatbaar "indien hy oor die nodige geestesvermoëns beskik om te onderskei tussen reg en verkeerd en indien hy verder ooreenkomstig daardie insig kan handel."<sup>23</sup> Die toets na die dader se toerekeningsvatbaarheid is suiwer subjektief. Daar word nie gewerk met objektiewe maatstawwe nie. Die eienskappe en kwaliteite van die dader self word nagegaan: het hy die nodige intelligensie, ondervinding, insig, ensovoorts om die gevolge van sy dade te voorsien en sy optrede daarvolgens in te rig? Dit is dus op hierdie stadium dat die ouderdom van 'n kind volgens die benadering in die *Jones*-saak<sup>24</sup> in ag geneem word.

Onderskei van bogenoemde die vraag of die dader se gedrag afgewyk het van die standaard van die diligens paterfamilias. Dit is die objektiewe been van die toets na skuld. Teoreties word geen subjektiewe faktor op hierdie stadium oorweeg nie.<sup>25</sup>

<sup>18</sup>supra.

<sup>19</sup>Hunt 377; Boberg 127; Van der Merwe en Olivier 124.

<sup>20</sup>59. Macintosh en Norman-Scoble *Negligence in Delict* (1970) 25 en 38 ignoreer die *Jones*-beslissing en volstaan selfs na 1965 met die "redelike kind"-toets.

<sup>21</sup>Vgl Prosser 155; *Charbonneau v MacRury* (1931) 84 NH 501, 153 A 457; Salmond *The Law of Torts* (1977) 222.

<sup>22</sup>Van der Merwe en Olivier 111-112; De Wet en Swancpoel *Strafreg* (1975) 99.

<sup>23</sup>Van der Merwe en Olivier 112. Vgl ook Schmidt *Bewysreg* (1972) 112.

<sup>24</sup>supra 554.

<sup>25</sup>Boberg 1965 *Annual Survey of SA Law* 206 stel dit so: "It will be seen that the above passage distinguishes two stages in the inquiry: first, whether the child's conduct

In ons reg bestaan daar geen twyfel oor die feit dat 'n kind onder die ouderdom van sewe jaar onweerlegbaar ontoerekeningsvatbaar is nie.<sup>26</sup> Oor die posisie van 'n kind oor die ouderdom van sewe jaar en onder die ouderdom van veertien in die geval van seuns en twaalf in die geval van dogters is daar onsekerheid. In die strafreg bestaan daar 'n weerlegbare vermoede dat hierdie kinders ontoerekeningsvatbaar is.<sup>27</sup> Daar is skrywers wat van mening is dat dit ook die posisie in die privaatreë is.<sup>28</sup>

Van den Heever<sup>29</sup> meen dat daar 'n weerlegbare vermoede is dat 'n kind van net oor sewe jaar ontoerekeningsvatbaar is en dat 'n kind van net onder die puberteitsleefyd toerekeningsvatbaar is. Hy vervolg dan:

“During the interval, say from 8 to 13 (or 11 in the case of girls) the Court judges the question whether the child was *imuriae* or *culpa capax* without being fettered by any presumption.”

Die standpunt wat tans die meeste aanhang geniet, is dat daar geen vermoede rakende toerekeningsvatbaarheid bestaan by impubes (kinders bo 7 en onder 14 (seuns) of 12 (dogters) nie en dat die hof elke geval op sy eie meriete moet oorweeg.<sup>30</sup>

Daders bo die puberteitsleefyd word natuurlik weerlegbaar vermoed toerekeningsvatbaar te wees.<sup>31</sup>

## DIE VERKEERDE INTERPRETASIE VAN DIE BELLSTEDT-SAAK

In *Bellstedt v SA Railways & Harbours*<sup>32</sup> was die feite kortliks die volgende: 'n Agtjarige seun (Arnulf) is ernstig beseer toe hy, in 'n poging om op 'n bewegende trein waarvan die deure nog oop was, te klim, geval en tussen die trein en die platvorm beland het. Daar word nou skadevergoeding en genoegdoening van die Spoorweë geëis. Daar word aangevoer dat die Spoorweë nalatig was deurdat versuim is om die treindeur toe te maak.

Die vraag voor die hof was of die Spoorweë wel nalatig was. Omdat daar beslis is dat die Spoorweë nie nalatig was nie, was dit nie vir die hof

amounted to negligence (determined objectively by the standard of the *diligens paterfamilias*); and secondly, whether the child was capable of negligence (determined subjectively, taking the age and personal attributes of the particular child into consideration).”

<sup>26</sup>Van der Merwe en Olivier 112; Voet 9 2 29; D 9 2 5 2; Van den Heever *Aquilian Damages in South African Law* vol I 52; *South British Insurance Co Ltd v Smit* 1962 3 SA 826 (A) 836; Macintosh en Norman-Scoble 39; *R v Lourie* 9 SC 432; *De Bruyn NO v Minister van Vervoer* 1960 3 SA 820 (O) 825; *Van Oudtsboorn v Northern Assurance Co Ltd* 1963 2 SA 642 (A) 648.

<sup>27</sup>Burchell en Hunt 186; *S v Van Dyk* 1969 1 SA 601 (K); *R v K* 1956 3 SA 353 (A) 356.

<sup>28</sup>Van der Vyver 1968 *THRHR* 393 394.

<sup>29</sup>52. As gesag verwys hy na Savigny *System* vol 3 27 ev.

<sup>30</sup>Van der Merwe en Olivier 113; Schmidt 113; Macintosh en Norman-Scoble 39: “. . . it is a matter for the decision of the court whether the exercise of care could reasonably be expected from them (Pothier, Oblig, sec 118; Groenewegen's note to Grot., 3.32.19).”

<sup>31</sup>Van der Vyver 394.

<sup>32</sup>1936 CPD 399.

nodig om vas te stel of daar bydraende nalatigheid aan die kant van die kind was nie.

Die hof bevind dat Arnulf wel toerekeningsvatbaar is en dat daar dus wel die moontlikheid van bydraende nalatigheid aan sy kant kan bestaan<sup>33</sup> maar op geen stadium ondersoek die hof die vraag of die kind wel nalatig was nie.

Die volgende dictum<sup>34</sup> van die hof moet in die regte perspektief gesien word:

“But this is not the case of an adult: it is the case of a boy of just over eight years of age, and the enquiry is not, as in the case of an adult, what should be the action of that hypothetical being, the reasonable man, or *diligens paterfamilias*, but what in all the circumstances of this particular case can be expected from this particular boy.”

Op die oog af lyk dit asof die hof so pas die toets gestel het waarvolgens daar vir ’n kind se nalatigheid getoets moet word. Dat dit glad nie die geval is nie, behoort te blyk uit die volgende ontleding.

Die aangehaalde dictum moet in perspektief gesien word. Die “enquiry” waaroor dit in die dictum gaan, dui nie op die vraag na die nalatigheid van die kind nie, maar is ’n ondersoek na die vraag watter optrede die Spoorweë kan verwag van persone wat met ’n oop deur gekonfronteer word. Die gedagtegang van die hof was as volg:

1 Was die Spoorweë nalatig?

2 Om hierdie vraag te kan beantwoord, moet eers vasgestel word of daar ’n “duty of care” bestaan het wat deur die verweerder (Spoorweë) teenoor die eiser nagekom moes word.<sup>35</sup> Volgens die hof ontstaan daar so ’n plig “whenever the defendant whose act is complained of should reasonably have foreseen the probability of harm being caused by his act to another person.”<sup>35</sup>

3 Die volgende vraag volg logies: Moes die Spoorweë redelikerwys die waarskynlikheid van nadeel voorsien het? Die hof stel dit so: “Could the Administration fairly be taken to have known that if they started a train with a door open anyone – I speak of adults for the moment – would be imprudent enough to attempt to get into it?”<sup>36</sup>

4 Hierdie vraag word ontkenkend beantwoord<sup>37</sup> en as rede word aanvoer: “This was no trap for the unwary: this is not even a case where a person is thrown off his guard or misled by some act or omission on the part of the Railway authorities.”<sup>37</sup>

5 Bogenoemde was die geval by volwassenes. Wat is nou die geval by kinders? Moes die Spoorweë redelikerwys die waarskynlikheid van nadeel

<sup>33</sup>406.

<sup>34</sup>409.

<sup>35</sup>408.

<sup>36</sup>408–409.

<sup>37</sup>409.

teenoor hierdie spesifieke kind voorsien het? Die "enquiry" waaroor dit nou gaan, is "what in all the circumstances of this particular case can be expected from this particular boy."<sup>38</sup>

6 Net soos in die geval van volwassenes word bevind dat hier nie 'n "trap" vir hierdie bepaalde kind gestel is nie. Die kind was boonop intelligent en die Spoorweë kon dus nie redelikerwys voorsien het dat hulle versuim om die deur toe te maak nadeel aan hierdie spesifieke kind sou berokken nie.<sup>39</sup>

Volkome in ooreenstemming met hierdie uiteensetting van die gedagtegang van die hof is die volgende gevolgtrekking: ". . . we say simply that a reasonable man would not have anticipated that, as a result of an open door, Arnulf would try to board the train after it had started."<sup>40</sup>

Nêrens in die hofverslag word ondersoek ingestel na die vraag of die kind se optrede nalatig was nie. Die rede is voor-die-hand-liggend: Dit sou geen doel dien om vas te stel of die kind nalatig was nie, want die eis teen die Spoorweë het reeds misluk op die stadium toe die hof bevind het dat die optrede van die Spoorweë nie nalatig was nie.<sup>41</sup>

Teen die beslissing van die *Bellstedt*-saak as sodanig kan nie beswaar aangeteken word nie. Waarteen wel beswaar aangeteken kan word, is 'n verkeerde interpretasie van die beslissing, soos dié deur regter Sutton in *Adams v Sunshine Bakeries (Pty) Ltd*.<sup>42</sup> 'n Seuntjie van ses en 'n half jaar is deur 'n vragmotor raakgery. Daar word ondersoek ingestel na die nalatigheid van die kind en die toets word as volg gestel:<sup>43</sup>

"The enquiry is not as in the case of an adult, what would be the action of the reasonable man, but what, in the circumstances of the case, could be expected of this tiny child. *Bellstedt v. S.A. Railways & Harbours* (1936, C.P.D. 397,<sup>44</sup> at p.409)."

Die dictum van die *Bellstedt*-saak word nou skielik as nalatigheidstoets vir kinders aangewend. Soos hierbo aangetoon is, was dit glad nie die rol wat die dictum in die *Bellstedt*-saak gespeel het nie. In die *Bellstedt*-saak was die "enquiry" die ondersoek na die nalatigheid van die volwassene.

Die standaard waaraan die kind in die *Adams*-saak moes voldoen, was begryplikerwys baie laag. Dit is dus te verstane dat die hof bevind dat die kind nie nalatig was nie, ten spyte van die feit dat bevind is dat die "precautions" van die kind nie "adequate" was nie.<sup>45</sup>

<sup>38</sup>409. Dit is deel van die dictum wat deur sommige skrywers gesien word as 'n formulering van 'n nalatigheidstoets vir kinders. Sien bv Van der Merwe en Olivier 134.

<sup>39</sup>409.

<sup>40</sup>410.

<sup>41</sup>Vgl ook *Jemeker NO v Marine and Trade Insurance Co Ltd* 1978 2 SA 145 (OK) en *Santam Insurance Co Ltd v Nkosi* 1978 2 SA 784 (A) waar ook ondersoek ingestel is na die nalatigheid van 'n volwasse persoon wat 'n kind met 'n motor raakgery het. In albei sake is beslis dat die kind culpae incapax was en het die ondersoek gedraai om die vraag watter optrede die volwassene redelikerwys van die kind moes verwag het.

<sup>42</sup>1939 CPD 72.

<sup>43</sup>77.

<sup>44</sup>Dit moet wees 399 en nie 397 nie.

<sup>45</sup>78.

Soos reeds genoem, was die seuntjie slegs ses en 'n half jaar oud. Die hof is totaal onbewus van die feit dat daar 'n onweerlegbare vermoede bestaan dat 'n infans (kind onder 7 jaar) ontoerekeningsvatbaar is. Die hof bevind in werklikheid dat die kind wel toerekeningsvatbaar was.<sup>46</sup>

Die *Adams*-saak is dus om twee redes verkeerd beslis. Die dictum van die *Bellstedt*-saak is heeltmaal verkeerd vertolk en boonop is 'n infans as toerekeningsvatbaar bevind. Hierdie saak kan nie veel gesag bied vir die standpunt dat die toets vir nalatigheid by kinders suiwer subjektief is nie.<sup>47</sup> Buiten die *Adams*-saak is daar geen ander saak waarin die nalatigheidstoets by kinders suiwer subjektief was nie.

Die kritiek van Boberg<sup>48</sup> teen die *Jones*-saak<sup>49</sup> moet dus versigtig benader word, veral die volgende stelling: "It has been said that the negligence of a child is determined on a subjective basis, and that the inquiry is what standard of care could, in all the circumstances, reasonably have been expected of the particular child." Hy bied geen gesag vir hierdie stelling aan nie en die korrektheid daarvan moet ernstig betwyfel word.

### 'N "REDELIKE KIND"-TOETS?

Hier is die toets nie suiwer subjektief of suiwer objektief nie. Subjektiewe faktore, soos die kind se ouderdom, word in ag geneem om te bepaal in welke kategorie van persone die dader val. Sodra die dader geklassifiseer is, is die toets hoofsaaklik objektief: dan word gekyk of die dader se gedrag afgewyk het van die gedrag wat 'n redelike lid van die kind se ouderdomsgroep sou openbaar.

Soos hierbo aangetoon is, word die vraag of 'n persoon toerekeningsvatbaar is, beantwoord aan die hand van suiwer subjektiewe faktore. Dit moet onderskei word van die geval waar subjektiewe faktore in ag geneem word om die dader in 'n sekere kategorie van persone te plaas met die oog op die nalatigheidstoets. Hierdie onderskeid sal hieronder verder uitgelig word.

Die vroegste saak in Suid-Afrika waarin die nalatigheid van 'n kind ter sprake was, was dié van *Eagleson v The Argus Printing and Publishing Company*.<sup>50</sup> 'n Twaalfjarige seun was in diens van die verweerders. Hy moes 'n taak verrig wat buite sy diensverpligtinge gelê het en in die proses het hy beserings opgedoen. Regter Kotzé het die regsposisie grondig ontleed aangesien die saak "some novel features" gebied het.<sup>51</sup> Daar is veral twee sinne in die verslag wat vir ons van belang is. Hulle is die volgende:<sup>52</sup>

"It must be conceded that a combination of circumstances which could not be said to constitute negligence where adults are concerned may do so where children are

<sup>46</sup>77 en 78.

<sup>47</sup>McKerron 59 haal dit as gesag aan.

<sup>48</sup>*Law of Delict* 206.

<sup>49</sup>supra.

<sup>50</sup>1894 1 OR 259.

<sup>51</sup>263.

<sup>52</sup>264.

concerned. It may be true that the doctrine of contributory negligence also extends to young persons, but then its applicability must depend upon the particular circumstances of each case, and also upon the age and intelligence of the child."

Die eerste sin herinner sterk aan die dictum uit die *Bellstedt*-saak<sup>53</sup> wat ons hierbo ontleed het. Dit beteken dat die optrede van 'n verweerder in sekere omstandighede waar volwassenes betrokke is nie nalatig sal wees nie, terwyl sy optrede wel nalatig sal wees as kinders betrokke is. As die verweerder byvoorbeeld 'n opdrag aan 'n volwassene sou gee om met 'n sekere masjien te werk, sou die verweerder nie nalatig optree nie, maar sou hy dieselfde opdrag aan 'n kind gee, kan dit nalatig wees.

Selfs al is hierdie vertolking van die eerste sin nie korrek nie, is die eerste sin nogtans nie die formulering van 'n "redelike kind"-toets nie. Mens moet aanvaar dat die standaard van die "redelike kind" laer is as die standaard wat gestel word deur die "redelike man".

Ons kan dit so voorstel: Optrede bo die "redelike man"-standaard noem ons gebied X. Optrede benede die "redelike man"-standaard maar bo die "redelike kind"-standaard is gebied Y en optrede benede die "redelike kind"-standaard gebied Z.

Veronderstel die bestaan van die "redelike kind"-toets word erken, dan sal beide die volwassene en die kind wat hoër as die "redelike man"-standaard opgetree het (gebied X) nie nalatig wees nie. In gebied Y sal 'n volwassene aan die hoër standaard gemeet word en dus wel nalatig wees terwyl 'n kind aan die laer standaard gemeet word en dus nie nalatig is nie. In gebied Z sal beide die volwassene en die kind nalatig wees. Hoe is dit dus moontlik dat die volwassene nie nalatig kan wees nie as hy die dader is, terwyl die kind wel nalatig sal wees as hy die dader is? Die kind is slegs in gebied Z nalatig en daar is die volwassene ook nalatig.

Die eerste sin in die dictum uit die *Eagleson*-saak<sup>54</sup> kan dus onmoontlik die bestaan van 'n "redelike kind"-toets staaf.

Die tweede sin bring mens eweneens niks nader aan 'n "redelike kind"-toets nie. Volgens die tweede sin is die leerstuk van bydraende nalatigheid moontlik ook van toepassing by kinders, maar dan hang die aanwendbaarheid<sup>55</sup> daarvan af van die omstandighede en van die ouderdom en intelligensie van die kind. Eers as daar na die ouderdom en intelligensie van die kind gekyk is, en die antwoord is positief, is die beginsel van bydraende nalatigheid aanwendbaar. Dit stem ooreen met die twee bene van die toets wat ons reeds hierbo bespreek het. Eers moet vasgestel word of die dader toerekeningsvatbaar is (en hier speel die kind se ouderdom en sy intelligensie 'n deurslaggewende rol). As die dader wel toerekeningsvatbaar is, is die toets van nalatigheid aanwendbaar en kan voortgegaan word om dit aan te wend. Nêrens word die bestaan van 'n "redelike kind"-toets vir nalatigheid erken nie.

<sup>53</sup>supra.

<sup>54</sup>supra.

<sup>55</sup>Die hof gebruik die woord "applicability".

In die *Eagleson*-saak<sup>56</sup> word ook verwys na die leidende saak van *Lynch v Nurdin*<sup>57</sup> waar 'n kind onder die ouderdom van sewe jaar op 'n perdekar geklim het en beseer is. Die volgende word aangehaal uit laasgenoemde saak:

“. . . the child, acting without prudence or thought, has, however, shown these qualities<sup>58</sup> (sic) in as great a degree as he could be expected to possess them.”<sup>59</sup>

Aangesien die kind jonger as sewe jaar is, sal hy in die Suid-Afrikaanse reg ontoerekeningsvatbaar wees. Die hof in die *Lynch*-saak<sup>60</sup> werk egter nie met hierdie regsreël nie en gevolglik moet daar vasgestel word of die kind toerekeningsvatbaar is of nie. Die sinsnede wat so pas aangehaal is, is die antwoord op die vraag of die kind toerekeningsvatbaar is. Daar word gesê dat die kind sonder “prudence or thought” opgetree het, maar dat sy optrede tog nog ooreenkom met die graad waarin hy verwag kan word om hierdie “prudence or thought” te hê. As 'n persoon sonder wysheid optree, maar dit is presies wat van hom verwag is, volg dit logies dat daar niks van hom verwag is nie. In bogenoemde geval is daar geen “prudence or thought” van die kind verwag nie – die kind was dus ontoerekeningsvatbaar.

'n Laaste dictum uit die *Eagleson*-saak<sup>61</sup> wat aandag verdien, is die volgende:

“. . . but it does not follow that, because he could have refused, the company is discharged from all liability, for this assumes that he must be treated as an adult, and that we expect the same amount of forethought and independence of will on the part of a mere boy as from a grown man.”

Die ondersoek is na die nalatigheid al dan nie van die maatskappy, en die dictum moet op dieselfde wyse as die *Bellstedt*-saak<sup>62</sup> ontleed word. Optrede van die maatskappy wat teenoor volwassenes nie nalatig sou wees nie, kan teenoor kinders wel as nalatig bestempel word.

Die *Eagleson*-saak<sup>63</sup> is dus nie gesag vir die standpunt dat die nalatigheidstoets by kinders die “redelike kind”-toets is nie.<sup>64</sup> Die kind se ouderdom is in ag geneem by die vraag of die kind toerekeningsvatbaar was of nie.

In *Smith v Burger*<sup>65</sup> is die eiser se driejarige seuntjie deur die verweerder se hond in die straat gebyt. Regter Kotzé maak die volgende opmerking:<sup>66</sup>

“If an adult kept doing that to a strange dog you might consider such conduct on his part to amount to negligence or carelessness; but what may be negligence on

<sup>56</sup>supra.

<sup>57</sup>1 QB 29; SC, 5 Jur 797.

<sup>58</sup>Met “qualities” word bedoel “ordinary care” – sien 265.

<sup>59</sup>265.

<sup>60</sup>supra.

<sup>61</sup>supra 268.

<sup>62</sup>supra.

<sup>63</sup>supra.

<sup>64</sup>Die saak *Johannesburg City and Suburban Tramway Company v RP Doyle* 1894 1 OR 205, waar 'n driejarige kind deur 'n tram raakgery is, bied eweneens geen gesag vir 'n “redelike kind”-toets nie.

<sup>65</sup>1917 CPD 662.

<sup>66</sup>664.



the part of a grown up person is not necessarily negligence on the part of a child of tender age. The same amount of care cannot be expected of a very young child."

Let op dat daar nie van 'n "child" gepraat word nie, maar van "a child of tender age" en "a very young child". Die kind in die onderhawige saak was maar drie jaar oud. So 'n kind is natuurlik ontoerekeningsvatbaar. Die hof is dus bloot besig om die regsreël, dat 'n kind wat baie jonk<sup>67</sup> is (soos die betrokke kind) ontoerekeningsvatbaar is en dat daar dus nie van so 'n kind verwag kan word om soos 'n volwassene op te tree nie, te bevestig.

As die hof erkenning wou gee aan die bestaan van die "redelike kind"-toets, sou hy eerder na "a child" verwys het en nie na "a very young child" nie. Hierdie dictum is dus bloot 'n bevestiging van die reël dat 'n baie jong kind ontoerekeningsvatbaar is, en is glad nie gesag vir die standpunt dat 'n kind aan die "redelike kind"-toets gemeet moet word om sy nalatigheid te bepaal nie.

Die posisie van die "very young child" is weer eens ondersoek in *Lentzner NO v Friedman*<sup>68</sup> waar 'n seuntjie wat nog nie vyf jaar oud was nie, deur die verweerder raakgery is. Regter McGregor sit die regsreël as volg uiteen:<sup>69</sup>

"The rule to be applied where an unattended child of tender years is the person injured is neatly put in Clerk & Lindsell's book on Torts:<sup>70</sup> 'If a child is guilty of what in a grown person would be mere negligence and nothing more, as, for instance, where it is exercising a right of passage on a public way but in a careless manner, the question whether such conduct will afford a defence must depend on the age of the child. What is negligence in a grown person is not necessarily negligence in a child. Negligence means want of ordinary care, and ordinary care must mean that degree of care which may reasonably be expected of a person in the plaintiff's situation, which in the case of a very young child would be nil.'"

Let op die openingswoorde van die aanhaling. Die hof is op soek na die reël wat toegepas moet word wanneer mens te doen het met 'n "child of tender age" – nie 'n gewone "child" nie. Die reël vind mens aan die einde van die aanhaling waar gesê word dat die graad van versigtigheid wat mens van 'n "very young child" kan verwag nul is. Dit is dieselfde as om te sê dat die kind ontoerekeningsvatbaar<sup>71</sup> is.

Die onnoukeurighede wat begaan is in *Makan NO v Southern Coal Co Ltd*<sup>72</sup> is onbegryplik. Die feite was kortliks die volgende: 'n Twaalfjarige

<sup>67</sup>Dit is baie moontlik dat die hof kinders onder sewe jaar as baie jonk beskou.

<sup>68</sup>1919 OPD 20.

<sup>69</sup>26.

<sup>70</sup>In *Cape Town Municipality v Paine* 1923 AD 207 216 waarsku ar Innes teen die vrye toepassing van die Engelsregtelike reëls oor nalatigheid in ons reg: "... our law applies a wider test of liability than is recognised by English Courts..." Op 217 toon hy aan dat die Engelse houe reëls het wat bepaal hoe die nalatigheidstoets in bepaalde gevalle daar uitsien. Ons reg pas egter een algemene toets toe, naamlik dié van die "redelike man". Die feit dat daar na die ouderdom van die kind gekyk word om te bepaal of die kind culpae capax is, kan beskou word as een van die oorwegings wat volgens ar Innes in ag geneem moet word by die ondersoek.

<sup>71</sup>Die kind was boonop slegs vyf jaar oud en dus bloot om daardie rede ontoerekeningsvatbaar.

<sup>72</sup>1927 WLD 167.

seun is raakgery deur 'n wa wat deur 'n span muile getrek is. Die seun het ernstige beserings opgedoen en 'n eis word teen die verweerders ingestel. Regter Greenberg raak die volgende dictum kwyt:<sup>73</sup>

“Another of the cases I was referred to is *Lentzer, N.O. v. Friedman* (1919 C.P.D. 20), where the question was discussed, and on page 26 it was stated that ‘in considering the question of negligence you must regard the situation of the person who is said to be negligent, you must regard his age and intelligence; and that negligence means a disregard of that care which might reasonably be expected of a person in the situation of the one whose actions are being considered.’”

Hierdie dictum is baie onnoukeurig. Die verwysing moet na Lentzner wees, terwyl dit 'n Vrystaatse saak (OPD) was. Daar is ook glad nie sulke woorde op bladsy 26 van die hofverslag gebesig as wat in hierdie aanhaling verskyn nie. Trouens die aangehaalde woorde kom nêrens in die hofverslag voor nie.

Die volgende dictum van die hof kan wel vertolk word as 'n erkenning van die bestaan van 'n “redelike kind”-toets:<sup>74</sup>

“Now, whatever the conclusion might be if I were considering the case of an adult, I have come to the conclusion that I am not justified in saying that there was negligence on Parshotam's<sup>75</sup> part.”

Die inleidende deel van die sin impliseer dat daar 'n verskil in benadering bestaan tussen die geval waar mens met 'n volwassene te doen het en waar dit om 'n kind gaan. In die afwesigheid van duidelike redes waarom die kind nie nalatig was nie, kan die volgende as 'n moontlike verklaring aangebied word. Die hof is bewus daarvan dat die dader se ouderdom en intelligensie in ag geneem moet word. Aangesien die kind slegs twaalf jaar oud was, moet die moontlikheid ondersoek word dat die kind nie culpae capax was ten tyde van die handeling nie. Die hof kon maklik die feit dat die kind culpae incapax was beskou het as die rede waarom daar nie gesê kan word “that there was negligence on Parshotam's part.”

Regter Greenberg het vyf jaar later weer die geleentheid gekry om oor die aangeleentheid te besin, en wel in die saak *Feinberg v Zwarenstein*.<sup>76</sup> Die eiser se agtjarige seun is beseer toe hy raakgery is deur die motor van die verweerder. Regter Greenberg verwys na twee Skotse sake<sup>77</sup> in 'n poging om 'n antwoord te kry op die vraag of die seun bydraend nalatig was. In hierdie twee sake het die hof beslis dat seuntjies van onderskeidelik vier jaar agt maande en vier jaar wel bydraend nalatig kan wees, maar dat dit van die omstandighede afhang. Regter Greenberg vervolg:

“The rule or principle which guided the Court was laid down by Lord Justice Clerk Moncrieff in the latter case in these terms: ‘It would be as unsound to say as a proposition in law that this child was not capable of negligence as to say that he was. Negligence implies a capacity to apprehend intelligently the duty, obligation, or caution neglected, and that depends to a large degree on the nature of that which is neglected as well as on the intelligence and maturity of the person said to have

<sup>73</sup>170.

<sup>74</sup>171.

<sup>75</sup>Parshotam was die seun.

<sup>76</sup>1932 WLD 73.

<sup>77</sup>*Cass v Edinburgh Tram Co* 1909 Scot C 1068; *Campbell v Ord & Maddison* 1873 1 R 149.

neglected it. The capacity to neglect is a question of fact in the particular case, as much as intelligence itself, which is always a question of fact.”<sup>78</sup>

Uit hierdie aanhaling behoort duidelik te wees dat dit gaan om die toerekeningsvatbaarheid (“capacity”) van so ’n jong kind. Hierdie aanhaling word net so herhaal in die *Jones*-saak<sup>79</sup> by die vraag na die toerekeningsvatbaarheid van die kind.

Nadat groot dele uit die *Lentzner*-saak<sup>80</sup> aangehaal is, kom die hof tot die volgende resultaat:

“In applying the Free State case I must ask myself whether it shows a want of that degree of care which may be reasonably expected by a person in the position of Leslie Feinberg . . . I have come to the conclusion that the defendant, on whom the *onus* on this point lies, has not discharged the *onus* of showing that there was negligence on Leslie Feinberg’s part.”

Hierdie dictum is geen erkenning van die “redelike kind”-toets nie. Daar moet gekyk word watter graad van versigtigheid ’n persoon in die posisie van die seun sou toon. As die hof erkenning wou verleen aan die “redelike kind”-toets, sou die hof eerder van “child” as van “person” gepraat het. Verder word die “redelike man” altyd geplaas in die eksterne omstandighede van die dader by die “redelike man”-toets. Die hof gebruik die woord “position” sonder om te sê watter faktore alles gesimuleer moet word.

Die hof gee geen aanduiding dat onder “position” ook die ouderdom en ander subjektiewe eienskappe van die kind verstaan moet word nie. Die gewone betekenis, naamlik dat met posisie slegs die eksterne omstandighede bedoel word, moet dus geld en dan het mens te doen met die gewone “redelike man”-toets.

Daar word gesê dat die verweerder nie sy bewyslas gekwyt het nie. Voordat die kind nalatig kan wees, moet die verweerder ook bewys dat die kind toerekeningsvatbaar was. Nêrens in die hofverslag word gesê dat die kind inderdaad culpae capax was nie. Dit kan dus wees dat die verweerder nie kon bewys dat die kind culpae capax was nie en om daardie rede nie nalatig was nie.

Die gevolgtrekking is dus dat hierdie saak geen grondige gesag bied vir die bestaan van die “redelike kind”-toets nie. Die saak gaan eerder oor die vraag of die kind toerekeningsvatbaar was.

Hierdie ontleding van die *Feinberg*-saak<sup>81</sup> word bevestig in die saak *Bower v Hearn*<sup>82</sup> waarin uitdruklik gesê word dat die *Feinberg*-saak gevolg word. ’n Seuntjie van tien jaar is deur ’n motor raakgery en ’n eis word

<sup>78</sup>75.

<sup>79</sup>supra 553.

<sup>80</sup>supra.

<sup>81</sup>supra.

<sup>82</sup>1938 NPD 399. Op 407 sê die hof: “The case of *Cass v Edinburgh Tramways*, (1909) 1 Scots Law Times, 513, at p.516, is authority for saying that the test in such cases is ‘the capacity of the child to apprehend intelligently the duty, obligation or precaution neglected,’ and *Cass*’ case was cited with approval and applied in *Feinberg*’s case, (1932) W.L.D., 73, at p. 75.” Dit gaan hier baie duidelik oor die vraag of die kind toerekeningsvatbaar is of nie.

ingestel. Die vraag voor die hof is nou of die seuntjie bydraend nalatig was of nie. Die hof meen dat die vraag wat gestel moet word, as volg geformuleer moet word:<sup>83</sup>

“Is it, or is it not, reasonable to expect Glen, in the circumstances in which he then was, *to be aware of the danger*<sup>84</sup> attendant upon a more or less erratic dart into this roadway without taking the precaution of first looking to see whether traffic was approaching?”

Die toets hier is suiwer subjektief en is ’n vraag na die toerekeningsvatbaarheid van die kind. Hierdie is geen nalatigheidstoets nie – daar word geen standaard gestel waaraan die kind se optrede gemeet kan word nie. Die vraag is of die kind in staat was om die gevaar te besef.

Dat dit in *Bower v Hearn*<sup>85</sup> gegaan het oor toerekeningsvatbaarheid is bevestig in *Singh NO v Premal*.<sup>86</sup> Kinders het met pyltjies op die skoolgrond gespeel.<sup>87</sup> ’n Negejarige kind het voor so ’n pyltjie ingehardloop en is beseer. Die hof bevind dat die kind nie toerekeningsvatbaar was nie:<sup>88</sup> “In my view it is not a fair inference from the evidence to say that a young child of this type had the capacity to apprehend intelligently that he was likely to be hurt when he ran across the line of flight of the darts.”

Al die voorafgaande regspraak is deeglik ondersoek deur regter Horwitz in *R v Momberg*.<sup>89</sup> Dit is een van die min uitsprake waarin die onderskeid tussen die toets vir toerekeningsvatbaarheid en dié vir nalatigheid duidelik gemaak is. Die volgorde waarin die twee toetse toegepas word, is nie belangrik nie want die eindresultaat bly dieselfde. Albei toetse moet eers suksesvol toegepas word voordat ’n verwyf van nalatigheid ’n persoon toegereken kan word. In die *Momberg*-saak<sup>90</sup> was die volgorde waarin die twee toetse toegepas is juis eers vir nalatigheid en toe vir toerekeningsvatbaarheid.<sup>91</sup>

Regter Horwitz stel die posisie as volg:<sup>92</sup>

“In sekere omstandighede kan ’n jong persoon hom skuldig maak aan nalatigheid. Waar die betrokke kind so jeugdig is dat hy nie die vermoë besit om sy pligte vir sy eie veiligheid te begryp nie, om die situasie te kan opweeg en die dreigende gevaar te skat en besef nie, kan sy versuim om sodanige redelike stappe vir sy eie veiligheid te neem as wat van ’n volwasse persoon in dieselfde omstandighede geverg sou word, nie streng teen hom geneem word nie. Waar, egter, soos in die onderhawige geval, die betrokke kind 13 jaar oud is, dan moet haar nalatigheid wel in ag geneem word . . .”

<sup>83</sup>408.

<sup>84</sup>Ek kursiveer.

<sup>85</sup>supra.

<sup>86</sup>1946 NPD 134. Op 137 stel die hof dit so: “It was decided by this Court in *Bower v. Hearne*, (1938) N.P.D., 399, that a boy of ten years or younger can be guilty of negligence and that the test to be applied in judging whether he has or has not been negligent is the *capacity* of the child to apprehend intelligently the duty, obligation or precaution neglected.” Voordat enige persoon nalatig kan wees, moet hy toerekeningsvatbaar wees. Die gekursiveerde woord (“*capacity*”) dui op culpa capax. Vgl ook *R v Momberg* 1953 SA 685 (O) 689.

<sup>87</sup>“Darts”.

<sup>88</sup>138.

<sup>89</sup>1953 2 SA 685 (O).

<sup>90</sup>supra.

<sup>91</sup>Vgl die *Jones*-saak supra waar hierdie volgorde ook gevolg is.

<sup>92</sup>688.

Uit hierdie dictum behoort dit baie duidelik te wees dat die stappe wat 'n kind moet neem vir sy eie veiligheid gemeet word aan die "redelike stappe" wat 'n "volwasse persoon in dieselfde omstandighede" sou neem. Die redelike optrede van 'n volwasse persoon is niks anders as die optrede van die "redelike man" nie. Die kind se optrede word dus gemeet aan dié van die "redelike man". Versuim om te voldoen aan die standaard van die "redelike man" word beskou as nalatigheid. In die dictum word gesê dat hierdie nalatigheid, waar die kind nie die nodige geestesvermoëns het om die gevaar te peil nie, "nie streng teen hom geneem" kan word nie. Dit is dieselfde as om te sê dat nalatigheid nie 'n ontoerekeningsvatbare kind toegereken kan word nie.

Die laaste sin in die dictum bevestig hierdie analise. In die laaste sin word gesê dat die kind wel nalatig was, en dat dit wel "in ag geneem word", dit wil sê sy was toerekeningsvatbaar.

'n Tienjarige seun is toerekeningsvatbaar bevind in *Nieuwenhuizen NO v Union and National Insurance Co Ltd*<sup>93</sup> waar 'n motorbestuurder die seun raakgery het. Die motorbestuurder se deel van die nalatigheid word op 70% geraam en die kind se deel op 30%. Die hof dui nêrens aan hoe te werk gegaan is om hierdie syfer van 30% te bepaal nie.

Die volgende stelling moet baie versigtig geles word:<sup>94</sup>

"The liability of Gerber<sup>95</sup> . . . must be reduced in proportion to the negligence of the child. *That*<sup>96</sup> is determined with due regard to the fact that he was a boy of 10, from whom a driver ought to foresee greater lack of judgment than from an adult. Gerber should have watched him carefully both because he was on the wrong side and because he was a child."

Die "That" waarvan die hof praat, is die "liability of Gerber". Die nalatigheid van Gerber word dus bepaal met inagneming van die feit dat Gerber versigtiger as gewoonlik moes wees omdat die voetganger 'n kind was. 'n "Redelike man" sal groter sorg aan die dag lê waar die voetganger 'n kind is as waar die voetganger 'n volwassene is.<sup>97</sup>

In 1962 kry die appèlhof weer die geleentheid om die objektiwiteit van die nalatigheidstoets by kinders te bevestig. Die feite van die saak *South British Insurance Co Ltd v Smit*<sup>98</sup> was kortliks die volgende: Twee seuntjies het oor 'n straat gehardloop en die een seuntjie, Gerhardus, wat tien jaar oud was, is deur 'n motorfiets raakgery waarvan die verweerder die versekeraar was. Die hof by monde van appèlregter Ogilvie-Thompson stel die nalatigheidstoets wat by kinders geld duidelik en onomwonde in die volgende dictum waar daar ondersoek ingestel word na die vraag of die seuntjie nalatig was of nie:<sup>99</sup>

<sup>93</sup>1962 1 SA 760 (W) 761.

<sup>94</sup>761.

<sup>95</sup>Die motorbestuurder.

<sup>96</sup>Ek kursiveer.

<sup>97</sup>Oor die sin op 761 van die hofverslag: "The application of the doctrine of contributory negligence . . . intelligence of the child", sien die bespreking wat hierbo gegee is oor die woord "applicability" in die *Eagleson*-saak supra.

<sup>98</sup>1962 2 SA 826 (A).

<sup>99</sup>836-837.

"What the Court is required to do is to determine, having regard to the circumstances of the particular case, the respective degrees of negligence of the parties. In assessing 'the degree in which the claimant was at fault in relation to the damage' the Court must determine in how far the claimant's acts or omissions, causally linked with the damage in issue, deviated from the norm of the *bonus paterfamilias* . . . Nor, in my judgment, can Gerhardus' "fault" in relation to his injuries be regarded as any less because he was at the time only a lad of ten. On the facts of this case, the "fault" of running across the street in the way that Gerhardus did must, in my view, be assessed on an objective standard . . . I am accordingly of opinion that in all the circumstances the "fault" of Gerhardus falls to be determined on the same basis as if he were an adult."

Hoe dit moontlik is om die objektiewe toets vir kinders soos wat dit in die *Jones*-saak<sup>100</sup> gestel is, as 'n afwyking van die bestaande regsposisie te beskou, is, in die lig van hierdie uitspraak, voorwaar onbegryplik. Die *Jones*-saak<sup>100</sup> het bloot bevestig wat in die *Smit*-saak<sup>101</sup> beslis is.

'n Laaste saak wat aandag verdien voordat die *Jones*-saak<sup>102</sup> bespreek word, is *Van Oudtshoorn v Northern Assurance Co Ltd.*<sup>103</sup> 'n Kind van onder sewe jaar is beseer en die hof bevestig die reël dat 'n kind onder die ouderdom van sewe jaar culpae incapax is.<sup>104</sup> Baie belangrik is die feit dat daar verwys word<sup>105</sup> na die *Lentzner*-, *Makan*-, *Feinberg*-, *Bower*-, *Adams*-, *Singh*- en *Eagleson*-saak<sup>106</sup> en dat daar in die lig van hierdie sake die volgende gesê word:

"Hierdie verweer<sup>107</sup> sou slaag indien die getuienis bewys dat die eiser, wat sy geestesvermoëns betref, so 'n graad van rypheid bereik het dat sy gewraakte optrede regtens aan die gebruikelike norm (nl., die gedrag van 'n *bonus paterfamilias*) getoets kan word."

Die feit dat die hof die reeks sake aanhaal as gesag vir bogenoemde dictum bewys net dat dit in al daardie sake gegaan het oor die vraag na die toerekeningsvatbaarheid van die kind. Boonop is die dictum 'n bevestiging van die voorafgaande ondersoek, naamlik dat die norm waaraan die gedrag van 'n toerekeningsvatbare kind getoets moet word, die "gebruikelike norm" is, wat natuurlik die "redelike man"-toets is.

Om saam te vat: Die toets voor 1965 was suiwer objektief, dit wil sê die kind is gemeet aan die standaard van die "redelike man". Die subjektiewe geestesvermoëns is slegs oorweeg om vas te stel of die kind toerekeningsvatbaar was.<sup>108</sup>

<sup>100</sup>supra.

<sup>101</sup>supra.

<sup>102</sup>supra.

<sup>103</sup>1963 2 SA 642 (A).

<sup>104</sup>648.

<sup>105</sup>647.

<sup>106</sup>Hulle is almal hierbo bespreek.

<sup>107</sup>Die verweer van bydraende nalatigheid.

<sup>108</sup>Die meerderheid van die skrywers stem nie hiermee saam nie. Hahlo 1962 *S.A.L.J.* 454 sê dat die toets suiwer subjektief was en verwys na die *Bellstedt*-saak supra. Vgl ook Hahlo 1965 *Annual Survey of S.A. Law* 65 69; McKerron 59. Van der Merwe en Olivier 134 meen dat die "redelike kind"-toets voor 1965 toegepas is. Hulle ondervind egter probleme omdat die sake van *Nieuwenhuizen* en *South British Insurance Co Ltd* supra nie hulle uiteensetting steun nie. Hulle maak hierdie twee appèlhofbeslissings af deur te verklaar dat dit in hierdie sake oor feitebeslissings gegaan het en dat dit nie afbreuk

## DIE JONES-SAAK EN DAARNA

In *Jones NO v SANTAM Bpk*<sup>109</sup> het 'n negejarige dogtertjie (Maria) voor 'n voertuig beland waarvan die verweerder die versekeraar was. Die hof bevind by monde van appèlregter Williamson dat die bestuurder van die voertuig nalatig was. Die vraag is nou of Maria ook nalatig was, en indien wel, in hoe 'n mate.<sup>110</sup>

Om te bepaal of die kind nalatig was, sê appèlregter Williamson:

"That the fact that the alleged negligent claimant in this case was a child had to be taken into consideration at some stage of the enquiry is clear. But it is not in my view a factor which enters into the determination of the question as to whether her conduct constituted negligence or *culpa*. A person is guilty of *culpa* if his conduct falls short of that of the standard of the *diligens paterfamilias* – a standard that is always objective and which varies only in regard to the exigencies arising in any particular circumstances. It is a 'standard which is one and the same for everybody under the same circumstance'; see Grueber, *The Lex Aquilia*, p. 224."<sup>111</sup>

Hy sê voorts dat dit op die oog af lyk asof daar in sommige van die sake 'n subjektiewe benadering was, maar na sy mening is al die sake tog in ooreenstemming met die korrekte metode.<sup>112</sup> Sodra dit vasstaan dat 'n kind tussen die ouderdomgrense van sewe en veertien<sup>113</sup> so opgetree het dat die optrede normaalweg nalatigheid daarstel, dan moet gekyk word of die kind *culpa capax* is.<sup>114</sup> In hierdie geval was die optrede van die kind sodanig dat dit normaalweg nalatig sou wees. Nou vra hy: "Could the particular child be held accountable for such negligence?"<sup>115</sup>

Om hierdie vraag te beantwoord, sê appèlregter Williamson die volgende:

"If it be decided in any particular case that a child under puberty is old enough to have and does have the intelligence to appreciate a particular danger to be avoided, that he has a knowledge of how to avoid it or of the precautions to be taken against it, and further that he is sufficiently matured or developed so as to be able to control irrational or impulsive acts, then it would be proper to hold that a failure to control himself or to take the ordinary precautions against the danger in question is negligent conduct on his part; in other words that child, in relation to the particular acts or omissions complained of in the particular circumstances, was *culpa capax*."<sup>116</sup>

Die laaste probleem wat oorbly, is hoe te werk gegaan moet word om te bepaal in hoe 'n mate die partye se optrede afgewyk het van die standaard:

doen aan die algemene beginsel nie. Sien verder Boberg 1968 *SALJ* 127-129; Boberg 1965 *Annual Survey of SA Law* 206.

<sup>109</sup>1965 2 SA 542 (A).

<sup>110</sup>551.

<sup>111</sup>551.

<sup>112</sup>552.

<sup>113</sup>Blykbaar het die appèlregter uit die oog verloor dat die puberteitsouderdom by dogters twaalf jaar is.

<sup>114</sup>Die appèlregter beklemtoon dat dit dan ook inderdaad is waarmee die howe hulle besig gehou het in die sake wat vir hom aangehaal is.

<sup>115</sup>Van der Merwe en Olivier 135 kritiseer hierdie dictum van ar Williamson: "Van nalatigheid kan immers geen sprake wees alvorens die vraag na toerekeningsvatbaarheid beantwoord is nie." Die beswaar van die skrywers is nie wesenlik nie, want die volgorde waarin die toetse gestel word, sal nie 'n verskil in die eindresultaat maak nie.

<sup>116</sup>554.

“The ascertainment of the degree in which either party in an action such as this was at fault in relation to the damage is purely an objective enquiry related to the extent to which each has been shown to have deviated . . . from the standard of the *bonus paterfamilias*.”<sup>117</sup>

Hierdie uitspraak het wye reaksie uitgelok. Hahlo<sup>118</sup> wonder of die nuwe toets wel ’n verandering teweeggebring het. Dit hang af van die vraag of toerekeningsvatbaarheid getoets moet word “with respect to the act in question”. Hy redeneer as volg: Moet daar gekyk word of ’n persoon oor die algemeen ten opsigte van ’n *soort gevaar culpa capax* is, of moet dit wees ten opsigte van die *spesifieke* gevaar. ’n Kind kan dikwels *culpa capax* wees ten opsigte van ’n *soort* gevaar, byvoorbeeld as hy weet dat hy sal seerkry as hy voor motors inhardloop, terwyl hy nie noodwendig *culpa capax* sal wees ten opsigte van die *spesifieke* gevaar nie, byvoorbeeld as hy nou nie geweet het dat die motor teen daardie spoed ry en dat die motor nie betyds sal kan uitdraai of stop om ’n ongeluk te vermy nie. Hahlo meen dat indien die tweede moontlikheid nou geld na die *Jones*-saak,<sup>119</sup> dan het die toets in der waarheid nie verander nie, want die kind word dan aan homself gemeet.<sup>120</sup>

Boberg het heelwat kommentaar gelewer op die *Jones*-saak en raak verskeie aspekte aan. Die kern van sy kommentaar gaan egter oor die vraag hoe die toets vir toerekeningsvatbaarheid daar uitsien. Hy sê:

“The difficulty about Williamson J.A.’s analysis is that it is impossible to separate a child’s capacity for negligence from the issue whether his conduct was negligent in the particular case, as indeed the above quotation from his judgment itself shows. If there is such a thing as being *culpa capax* in the abstract, it is a concept of no practical value.”<sup>121</sup>

Hy volg min of meer dieselfde redenasie as wat Hahlo hierbo gevolg het: Dit lyk vir hom asof die hof in die *Jones*-saak die kind se toerekeningsvatbaarheid getoets het ten opsigte van die *spesifieke* gevaar en nie oor die algemeen nie. As dit so is, volg dit dat ’n persoon slegs nalatig kan optree indien hy *culpa capax* is ten opsigte van daardie spesifieke gebeurtenis. Met ander woorde dan is dit onnodig om nog te bepaal of daar nalatigheid was afsonderlik van die vraag of die kind *culpa capax* is, want as die kind *culpa capax* is, volg dit sonder meer dat die kind nalatig was. Hy sê:

“Thus the second stage of the inquiry is not merely directed at determining whether the child was *culpa capax* in principle, but seeks to ascertain whether he was capable of negligence in relation to the facts in question. It seems in fact to amount to an inquiry as to whether the child was negligent in all the circumstances of the case – for a holding that he was *culpa capax* in relation to a particular danger must surely be the same thing as a holding that he was in fact negligent in relation to that danger.”<sup>122</sup>

Hy sê vervolgens dat dit dus onnodig is dat daar twee stadia moet wees, aangesien dieselfde resultaat verkry sal word indien direk oorgegaan word

<sup>117</sup>556.

<sup>118</sup>1965 *Annual Survey of SA Law* 65 71.

<sup>119</sup>supra.

<sup>120</sup>Vgl Boberg 1968 *SALJ* 127 128.

<sup>121</sup>1965 *Annual Survey of SA Law* 206 207.

<sup>122</sup>207.



tot die tweede stadium waar bepaal word of die kind *culpa capax* was met betrekking tot sy optrede. "It is therefore respectfully submitted that there is really only one inquiry, and that it is conducted on subjective lines."<sup>123</sup>

Hierdie opvatting van Boberg is aanvegbaar. Die feit dat 'n persoon *culpa capax* is, beteken nog glad nie dat hy wel nalatig was nie. Daar kan baie gevalle gevisualiseer word waar 'n persoon die spesifieke gevaar besef terwyl die "redelike man" nie stappe sou neem om die gevaar te ontwyk nie. Dit is veral moontlik in gevalle waar die risiko baie laag is.<sup>124</sup>

Die appèlhof het in elk geval in *Neubaus NO v Bastion Insurance Co Ltd*<sup>125</sup> beslis dat die toets vir toerekeningsvatbaarheid nie betrekking het op die spesifieke gevaar nie maar gevaar in die algemeen.<sup>126</sup> Die toerekeningsvatbaarheid van die kind is in die algemeen getoets. Daar is byvoorbeeld bevind dat sy moeder hom gewaarsku het om versigtig te wees op straat, hy het tot voor die ongeluk elke dag strate oorgesteek, ensovoorts.

Toe die appèlhof in *Roxa v Mtshayi*<sup>127</sup> weer die kans kry om te beslis oor die nalatigheid van 'n sewe-en-'n-half-jarige seun het al vyf die appèlregters die beslissing van die *Jones*-saak<sup>128</sup> bevraagteken, maar omdat die advokate die saak gargumenteer het op die grondslag van die *Jones*-saak<sup>128</sup> is die regsposisie nie herondersoek nie. Die kind se toerekeningsvatbaarheid is beoordeel soos wat dit in die *Jones*-saak<sup>128</sup> uiteengesit is<sup>129</sup> terwyl die kind se nalatigheid bepaal is deur sy gedrag met die standaard van die bonus paterfamilias te vergelyk.

In die beslissing van *Gouws NO v Minister van Gemeenskapsbon*<sup>130</sup> is die uiteensetting van die appèlhof in die *Jones*-saak<sup>131</sup> as korrek aanvaar toe

<sup>123</sup>208.

<sup>124</sup>Prosser en Smith *Cases and Materials on Torts* (1962) 212 stel dit so: "It is obvious, and elementary, that the care required by the standard of the reasonable man will vary according to the risk." Vgl ook McKerron 30 en 37.

<sup>125</sup>1968 1 SA 398 (A). Sien ook die uitspraak van die hof a quo 1967 4 SA 275 (W).

<sup>126</sup>Boberg 1968 *SALJ* 127 128.

<sup>127</sup>1975 3 SA 761 (A).

<sup>128</sup>supra.

<sup>129</sup>766. Ar Jansen was nie tevrede met die bestaande toets vir toerekeningsvatbaarheid nie. Op 771 merk hy die volgende op: "It may well be questioned whether this court in *Jones, N.O. v. Santam Bpk.*, 1965 (2) S.A. 542 (A.D.), intended (and is so to be understood) by merely reformulating the interrelation between *culpa* and capacity, to effect *en passant* a fundamental change in the existing law. Moreover, in subsequent cases, the requirements of maturity and development in determining whether a child is *culpa capax* – purely subjective factors relating to the child's judgment, his ability 'to control irrational or impulsive acts', seen in the context of his youth – may have been incorrectly equated, to some extent, with what he has been taught and what he has experienced – thus overlooking the essential difference between knowledge and judgment." Wat presies die verskil tussen kennis en oordeel is, word nie gesê nie, maar waarskynlik is dit die volgende: Wanneer 'n persoon kennis het, dan is hy bewus daarvan dat hy moet ligloop vir 'n *soort* gevaar. Wanneer hy egter met 'n *spesifieke* gevaar gekonfronteer word, moet hy oordeelsvermoë hê om te besluit op optrede wat homself sal beveilig. As daar dus na sy kennis gekyk word, is die toets vir toerekeningsvatbaarheid ten opsigte van 'n *soort* gevaar. Word na sy oordeelsvermoë gekyk, is die toets ten opsigte van 'n *spesifieke* gevaar.

<sup>130</sup>1976 1 PH J33 (N).

<sup>131</sup>supra.

beslis moes word of die optrede van 'n elfjarige kind nalatig was of nie. Die hof bevind dat die kind nie toerekeningsvatbaar was nie want daar kan nie gesê word dat sy "geestesvermoëns so 'n graad van rypheid bereik het dat sy gewraakte optrede regtens aan die gebruikelike norm – die gedrag van die *diligens paterfamilias* – getoets kan word" nie.

In die baie onlangse saak van *Moneyetsane v Minister van Vervoer*<sup>132</sup> is 'n tienjarige kind (Stefaans) wel toerekeningsvatbaar bevind omdat hy "in staat [was] om te besef dat daar so 'n gevaar bestaan en dat hy stappe sou moes neem om daarteen te waak."<sup>133</sup> Daarna is sy optrede gemeet aan die norm van die "redelike man": "Die nalatigheid van Van Tonder wyk egter, meen ek, tot 'n groter mate van die norm van die redelike man af as die van Stefaans . . ." <sup>134</sup>

### SLOT

Die huidige regsposisie is neergelê in die *Jones-, Neubauss- en South British Insurance Co Ltd*-saak.<sup>135</sup> Wanneer die appèlhof weer die kans kry om hom uit te spreek oor die aangeleentheid behoort oorweging geskenk te word aan die feit dat hierdie drie sake geensins afgewyk het van die regsposisie wat voor 1962 gegeld het nie. Wanneer daar gevra word of die stand van die reg gewens is, moet daar miskien nou afgesien word van die idee dat die strafreg en die privaatreë die aangeleentheid op dieselfde wyse moet hanteer.<sup>136</sup> Waar dit in die strafreg gaan oor strafoplegging kan daar sterk betoog word dat daar meer klem gelê moet word op die dader se gesindheid.<sup>137</sup> In die privaatreë gaan dit oor skadevergoeding en die skadelas. □

*Jurisprudence is a statement of queries and a registration of disagreements.*

*Vinogradoff Historical Jurisprudence*

<sup>132</sup>1979 1 SA 690 (O).

<sup>133</sup>694.

<sup>134</sup>694.

<sup>135</sup>supra.

<sup>136</sup>Vgl *S v Van As* supra 929 waar daar obiter twyfel uitgespreek word oor die korrektheid van die beslissing in *R v Meiring* 1927 AD 41. In laasgenoemde saak is beslis dat die strafreg en privaatreë die "redelike man"-toets op dieselfde wyse aanwend.

<sup>137</sup>Vgl De Wet en Swanepoel 153–154.

# Aantekeninge

## 'N AANTEKENING OP 'N AANTEKENING NA AANLEIDING VAN SANTAM v ROUX 1978 2 SA 856 (A)

Die uitspraak van die appèlafdeling in *Santam v Roux* 1978 2 SA 856 (A) het 'n paar uiters belangrike gesigspunte na vore gebring. Die doel met hierdie aantekening is nie om op al daardie aspekte in te gaan nie, maar om kritiese oorweging te skenk aan die een kwessie wat die kern van die betrokke geskil en die appèlafdeling se beslissing daaroor ten diepste raak. Die vraag wat bespreek moet word, het naamlik betrekking op die skuldoorsaak in gevalle waar skade én pyn deur dieselfde persoon as gevolg van 'n motorbotsing gely word en hy daardie gevolge van die motorbotsing op iets of iemand anders wil afwentel.

Verkort gestel was die feite wat tot die betrokke geskil aanleiding gegee het, dat R ('n vrou getroud binne gemeenskap van goed) voordat sy getroud is en voordat sy 21-jarige leeftyd bereik het, beseer is in 'n botsing tussen die motor waarin sy was en 'n motor waarvan S die versekeraar ingevolge die Wet op Verpligte Motorvoertuigassuransie 29 van 1942 was. Langer as drie jaar na die plaasvind van die motorbotsing en byna drie jaar nadat sy getroud is, maar korter as een jaar nadat R 21 jaar oud geword het én sy van haar man geskei is, het R die bogemelde aksie ingestel. In die Transvaalse provinsiale afdeling het S teen R se eis die spesiale pleit van verjaring opgewerp. R se antwoord daarop was dat haar aksie nie verjaar het nie omdat sy op die tydstip van die botsing nog minderjarig was en daar op die tydstip waarop haar aksie ingestel is nog nie eers 'n volle jaar sedert haar een en twintigste verjaarsdag verloop het nie. S gaan nou in hoër beroep teen die hof a quo se bevinding dat R se antwoord in ooreenstemming is met artikel 13(1) van die Verjaringswet 68 van 1969 en die verjaringsbepalings in Wet 29 van 1942.

Die eerste belangrike knoop wat deur die appèlafdeling by monde van appèlregter Miller deurgehak word, is dat R nie deur haar huweliksluiting meerderjarig geword het nie. Meerderjarig kon R eers word toe sy die ouderdom van een en twintig jaar bereik het (866A van die verslag). Op hierdie aangeleentheid word nie hier dieper ingegaan nie.

Die tweede kwessie – en die een waaroor hierdie aantekening wil handel – is die vraag na die aard van die skuldoorsaak in gevalle waar skadevergoeding vir vermoënskade én genoegdoening vir pyn en leed ingevolge die bepalinge van die Motorvoertuigassuransiewette van 1942 en 1972 geëis word. Elders ((1978) 41 *THRHR* 309 311 315) is reeds verduidelik dat skade en pyn of leed nie tot 'n sinvolle gemeenskaplike noemer herlei kan word nie en dat die onderskeid wat daar in ons hoogste regspraak gemaak

word tussen aquiliese eise om die vergoeding van skade en die eis om genoegdoening vir pyn en leed na my mening suiwer is en verwelkom moet word. Hierdie standpunt stel ek graag nou weer.

In dieselfde aantekening is daar kritiek uitgespreek op die stelling van regter Melamet in sy uitspraak in *Roux v Santam* 1977 3 SA 261 (T) (teen welke beslissing die onderhawige appèl gaan) dat die skadevergoedings- en genoegdoeningseise in die onderhawige tipe gevalle onlosmaaklik aan mekaar verbind is. Dáár is die mening uitgespreek dat regter Melamet se stelling verband hou met die reël wat algemeen as die "once and for all"-reël bekend is, en dat daardie reël hoegenaamd nie in die Suid-Afrikaanse reg geduld behoort te word nie omdat dit van 'n skuldoorsaakbenadering uitgaan wat vreemd is aan die Suid-Afrikaanse reg. Hierdie mening stel en bevestig ek graag by herhaling.

Weerspreek die standpunte wat nou by herhaling gestel is dan nie die appèlafdeling se standpunt hieroor in *Santam v Roux* 1978 2 SA 856 (A) reëlreg nie? Appèlregter Miller sê naamlik op 870C: "Die hele aangeleentheid moet gesien word in die lig van die algemene reël dat alle eise onder die Motorvoertuigassuransiewet terselfdertyd ingedien behoort te word en dat die relevante artikel in daardie Wet 'embodies in a single cause of action all the third party's rights to recover compensation'. (Sien die tweede *Schnellen*-saak 1969 1 SA 517 (W) op 521B.)"

Die standpunt voorheen gestel ((1978) 41 *THRHR* 309), stem ooreen met dié deur advokaat DA Kotze SC vir die appellant gestel in *Santam Versekeringsmaatskappy v Kruger* 1978 3 SA 656 (A). Die standpunt deur advokaat PJ van R Henning vir die respondent gestel in laasgenoemde saak stem weer ooreen met die siening van die appèlafdeling, soos dit in *Santam v Roux* 1978 2 SA 856 (A) uiteengesit is. Om die kontras tussen die twee standpunte na vore te bring, kan daardie opvattings kortliks saamgevat word:

Die eerste sienswyse gaan daarvan uit dat *vermoënskade* fundamenteel verskillend is van *pyn en leed* en dat daar geen sinvolle oorhoofse begrip bestaan waaronder hulle saamgevat kan word nie. Voorts dat dit geykte reg is dat daar in ons reg 'n duidelike onderskeid bestaan tussen die aquiliese aksie gerig op die verhaal van skadevergoeding vir vermoënskade enersyds, en die aksie vir iets analoog aan 'n *solatium* vir pyn, leed, ontsiering en verlies aan lewensgenieting andersyds. Die kernverskil tussen hierdie twee aksies is geleë in die feit dat die feite wat beweer en bewys moet word om suksesvol daarop te kan ageer, by die een aksie verskil van die by die ander aksie. By name is *skade* 'n factum probandum vir 'n aquiliese aksie terwyl *pyn en leed* vir sukses met die ander aksie nodig is. Indien die appèlafdeling se standpunt oor die skuldoorsaakvraag (soos dit gestel is in *McKenzie v Farmers' Co-operative Meat Industries* 1922 AD 16) aanvaar word, kan die bogenoemde twee aksies nie op dieselfde skuldoorsaak berus nie omdat die facta probanda daarvoor verskil. Van één aksie "once and for all", of van splitsing van 'n enkele of samehangende vordering kan daar dus nie sprake wees nie.

Die tweede sienswyse negeer nie die bogenoemde argumente nie, maar berus daarop dat die wetgewer in artikel 21 van die Motorvoertuigverseke-

ringswet 56 van 1972 (voorheen artikel 11 van Wet 29 van 1942) 'n eiesoortige skuldoorsaak geskep het. Daardie skuldoorsaak verskil dan en van die vir 'n aquiliese en van die vir 'n pyn en leed-aksie (*Santam v Kruger* 660 in fine per advokaat Henning). Dit bring mee dat daar, selfs wanneer daar *vermoënskade en pyn en leed* ontstaan onder die omstandighede wat in die betrokke wetgewing omskryf word, slegs één skuldoorsaak ontstaan waarop daar slegs een keer, "once and for all", 'n *bedrag* verhaal kan word. Enige poging wat aangewend word om 'n sodanige skuldoorsaak te splits, moet gevolglik ten sterkste teengestaan word.

Is die eerste een van die gemelde twee sienswyses dan verkeerd?

Die sleutel tot die onderhawige problematiek is geleë in die skuldoorsaaksiening wat gehuldig word. Myns insiens moet die *McKenzie*-saak se benadering in die verband as geykte reg beskou word. Indien dit aanvaar word, kan onomwonde verklaar word dat *albei* die bogenoemde sienswyses inderdaad korrek is. 'n Verdere verduideliking hiervan is miskien nodig.

Die gemelde tweede sienswyse kom daarop neer dat die wetgewer in die onderhawige wetgewing 'n eiesoortige skuldoorsaak in die lewe geroep het. Uiteraard kan die wetgewer dit doen en het hy dit al in ander stukke wetgewing gedoen. 'n Bekende voorbeeld daarvan is te vinde in artikel 37 van die Oorlogspensioenwet 82 van 1967. Daardie artikel hou in dat nie teen die staat ageer kan word op grond van die dood of ongeskiktheid van 'n vrywilliger, waar dié wet reeds voorsiening maak vir die uitkeer van 'n bedrag op grond van sodanige dood of ongeskiktheid nie. Tereg is in *Caseby v Minister of Defence* 1973 1 SA 630 (A) die vraag geopper of C (wat namens sy beseerde seun 'n bedrag wou verhaal op grond van laasgenoemde se pyn en leed) se eis nie 'n eis op grond van die seun se *ongeskiktheid* is en dus deur die gemelde artikel 37 uitgesluit word nie. Met daardie artikel het die wetgewer dit dus nodig gemaak vir 'n eiser soos C om, benewens die ander vereistes vir 'n suksesvolle aksie teen die staat, ook nog te bewys dat sy aksie nie 'n aksie op grond van *die dood of ongeskiktheid van 'n vrywilliger is nie*. C se aksie is dientengevolge nie meer 'n gewone aquiliese of pyn en leed-aksie nie want die skuldoorsaak daarvan is statutêr gewysig.

Indien nou aanvaar word dat die wetgewer wel eiesoortige skuldoorsaake kan skep, is die oorblywende vraag slegs of dit ook is wat in artikel 21 van Wet 56 van 1972 gedoen is.

Ingevolge artikel 21 van Wet 56 van 1972 is 'n bevoegde versekeraar onder bepaalde omstandighede verplig om 'n derde party te vergoed vir enige "*verlies of skade*" gelyk as gevolg van 'n liggaamlike besering. (In die ondertekende Engelse teks is die betrokke sinsnede: ". . . any loss or damage . . . suffered as a result of bodily injury".) Die vraag is of die wetgewer met hierdie bepaling beoog het om 'n eiesoortige statutêre skuldoorsaak daar te stel, op grond waarvan daar onder gepaste omstandighede eenmalig 'n bedrag verhaal kan word, nie slegs ter vergoeding van die vermoënskade nie maar ook ter genoegdoening van die pyn en leed wat uit die persoonlike besering ontstaan het.

Daar moet hier duidelik gestel word dat 'n mens geen twis het met die

appèlafdeling se redenasie waaruit die beslissing volg dat die wetgewer wel so 'n eiesoortige skuldoorsaak in die onderhawige artikel geskep het nie. Die argumente wat gebruik word, berus hoofsaaklik op uitlegreëls en betrek ook die uitdrukking in artikel 2(1)(b) van die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953: “. . . skadevergoeding . . . ten opsigte van persoonlike beserings deur (die vrou) opgedoen” (*Santam v Roux* 1978 2 SA 856 (A) 867G–871E). Ook die appèlafdeling se afwysing van die appèl teen die beslissing dat die vrou binne gemeenskap van goed getroud self kan dagvaar vir mediese koste wat spruit uit haar liggaamlike beserings, en dat haar aksie gevolglik nie verjaar het nie omdat verjaring nie teen haar geloop het voordat sy meerderjarig geword het nie (871F van die verslag) kan toegejuig word. Desnieteenstaande moet op enkele kwessies gewys word.

Die appèlafdeling in *Santam v Roux* (veral 870C) en advokaat Henning in *Santam v Kruger* 1978 3 SA 656 (A) 660H se beroepe op die uitspraak in *Schnellen v Rondalia* 1969 1 SA 517 (W) skep 'n probleem. In laasgenoemde uitspraak is dit naamlik beklemtoon dat die wetgewer in artikel 11 van Wet 29 van 1942 (artikel 21 van Wet 56 van 1972) niks meer gedoen het as om as't ware die *gemeenregtelike aquiliese aksie* statutêr te verorden nie (sien die verslag van die *Schnellen*-saak 520D–F). Aan die *Schnellen*-saak kan dus kwalik gesag ontleen word vir die siening dat die wetgewer met die betrokke artikel 'n *eiesoortige skuldoorsaak* daargestel het vir 'n aksie wat van die ander bekende gemeenregtelike aksies verskil. Dit sou goed wees indien hierdie kwessie by 'n gepaste geleentheid reggestel kan word.

'n Verdere probleem wat al hoe meer na vore tree, is 'n terminologiese kwessie. Dit gaan hierby spesifiek om uitdrukkings soos “verlies of skade”; “skadevergoeding”; “algemene” en “spesiale skade”; “genoegdoening”; ensovoorts. Die moeilikheid met heelparty van die genoemde begrippe is nie slegs dat hulle 'n alledaagse, voorjuridiese betekenis het of gehad het nie (sien *Santam v Kruger* 1978 3 SA 656 (A) 662H vir só 'n argument) maar ook dat die tegnies-juridiese betekenis wat dit langsamerhand verkry het of nog altyd gehad het, ofskoon dit nie meteen goed begryp is nie, nie noodwendig vas staan nie (“skadevergoeding”, “algemene” en “spesiale skade” is myns insiens sodanige begrippe). Om hierdie dilemma te vererger, is daar nie altyd ondubbelsinnige Engelse ekwivalente vir die Afrikaanse uitdrukkings nie en andersom (byvoorbeeld die Engelse begrip “damages” wat meestal gebruik word om skadevergoeding én genoegdoening aan te dui). Dit verbaas 'n mens dus geensins dat daar soms ernstige verwarring kan ontstaan, of dat onbedoeld wye of dubbelsinnige opmerkings 'n regter se lippe soms ontval, of dat daar soms verkeerdelik op 'n vroeëre uitspraak gesteun word vir 'n latere beslissing nie.

Die laaste en waarskynlik die ernstigste gevaar waarop gewys moet word, hou direk verband met die pasgenoemde kwessie. Tensy 'n mens begryp dat die *facta probanda* vir 'n suksesvolle aksie 'n haas onbepaalde aantal vorms kan aanneem na gelang dit oor die eiesoortige skuldoorsaak van enige van die gemeenregtelike aksies handel, of oor een van die talle statutêre skuldoorsake, kan dit baie maklik gebeur dat 'n beslissing wat gevel is vir 'n geval met een tipe skuldoorsaak, sonder meer toegepas word op 'n geval met 'n heel ander tipe skuldoorsaak. Dat dit dikwels bedenkbare resultate

oplewer, behoef geen verdere betoog nie. 'n Bekende voorbeeld van só 'n proses is dié waardeur die "once and for all"-reël in die Suid-Afrikaanse reg 'n vastrapplek verkry het (sien (1978) 41 *THRHR* 309 312 ev; en *Die Sommeskadeleer en die 'Once and for all'-reël* (proefskrif) 1977 329 ev). Die vanselfsprekende gevare wat daar vir begripsuiwerheid en bevredigende regspleging skuil in die onversigtige gebruikmaking van gesag, kan verder geïllustreer word deur kortliks die uitsprake te ontleed waarop 'n beroep in *Santam v Kruger* 1978 3 SA 656 (A) 660G ev gedoen word. Daar word naamlik verwys na die *Casely*-saak wat hierbo bespreek is; dan na *Custom Credit v Shembe* 1972 3 SA 462 (A), wat oor die dubbelloopprosedure vir die verhaal van skadevergoeding op grond van die nie-nakoming van die verpligtinge ingevolge 'n gemeenregtelike huurkoopkontrak gehandel het; *Schnellen v Rondalia* 1969 1 SA 517 (W), wat oor 'n eis ingevolge die verpligte motorvoertuigversekering gehandel het; *Slomowitz v Vereeniging Town Council* 1966 3 SA 317 (A), wat 'n geval van voortdurende regskenning was; en *Oslo Land Co v Union Government* 1938 AD 584, wat met die langdurige intrede en bekendwording van die gevolge van 'n delik te make gehad het. Uit wat hierbo met betrekking tot die geykte skuldoorsaaksiening in die Suid-Afrikaanse reg gesê is, spreek dit vanself dat 'n groep uitsprake wat uit sulke uiteenlopende skuldoorsaake voortgespruit het, slegs met die grootste omsigtigheid en die nodige voorbehoude in dieselfde asem genoem kan word.

Samevattend kan dan die volgende gestel word:

1 Sonder om in 'n begripsverknogtheid te verval, kan en moet baie duidelik tussen skade en pyn en leed onderskei word.

2 In ooreenstemming met die geykte skuldoorsaaksiening kan 'n skuldoorsaak waarvoor skade vereis word en een waarvoor pyn en leed nodig is en nie skade nie, nie een en dieselfde skuldoorsaak wees nie. Tussen twee sodanige skuldoorsaake bestaan normaalweg ook geen besondere innerlike samehang nie. Dit is voorts in ooreenstemming met die verskillende deliktsaksies in ons reg bekend.

3 Die wetgewer skep van tyd tot tyd besondere skuldoorsaake om spesifieke tipes gevalle te dek. Luidens die uitspraak van die appèlafdeling in *Santam v Roux* is dit presies wat die wetgewer in die wetgewing oor verpligte motorvoertuigversekering gedoen het. Hiermee kan akkoord gegaan word. Nietemin is dit jammer dat die wetgewer, indien aanvaar word dat dit wel die oogmerk was, nie sy bedoeling duidelik in die betrokke wetgewing laat blyk het nie. Die gevolg daarvan is dat ons howe soms steun moes gaan soek by beslissings wat self nie meer as pogings was om vas te stel wat die wetgewer se ingreep op die onderhawige terrein beteken nie. Hierdie noodgrepe het ongelukkig op verskillende terreine buiten die onderhawige verwarring geskep, en het voorts daartoe bygedra dat die "once and for all"-reël, wat nooit in ons reg opgeneem moes gewees het nie, se invloed dermate uitgebrei het dat dit vandag weer met groot sorg uit die uiteenlopendste gebiede van ons reg geloof moet word.

CFC VAN DER WALT  
*PU vir CHO, Potchefstroom*

## DIE HOORSÊREËL IN PERSPEKTIEF

Die hoorsêreël, 'n onwelkome erfstuk van die juriestelsel, het reeds baie polemieke ontlok. 'n Addisionele stuiwer in die spreekwoordelike armbeurs mag dus oorbodig skyn te wees. Die hoorsêreël, soos tewens ons hele bewysreg, bevind hom egter vandag in 'n tydvak van vernuwing en kodifikasie sodat dit juis nou die aangewese tyd mag wees om gedagtes te opper en probleme uit te lig. Vrae wat steeds opduik, is byvoorbeeld wat is hoorsê, wat word bedoel met "hoorsê by implikasie" en met "negatiewe hoorsê"? Die wetgewer kan natuurlik 'n kitsoplossing vir die probleme bied deur eenvoudig te bepaal dat alle relevante getuienis toelaatbaar is en dan die gewig wat daaraan geheg moet word in die diskresie van die hof laat. Die stadium van ontwikkeling in ons reg het egter nog nie die punt bereik waar so 'n bepaling in sig is nie.

Die eerste probleem by hoorsê ontstaan reeds by die omskrywing daarvan. Die nou reeds klassieke omskrywing van regter Watermeyer in *Estate De Wet v De Wet*<sup>1</sup> lui soos volg:

"Hearsay is evidence of statements made by persons not called as witnesses which are tendered for the purpose of proving the truth of what is contained in the statement . . ."

Die definisie strook met die wat deur Cross<sup>2</sup> aangehaal word en vorm die grondslag vir die standpunte van Hoffmann<sup>3</sup> en Schmidt.<sup>4</sup> Die tweede definisie waarna verwys moet word, is die van Phipson<sup>5</sup> en appèlregter Botha in *Naran*<sup>6</sup> wat basies dieselfde is as die hierbo aangehaal, behalwe dat dit ook die verklaring van 'n gedingsparty buite die hoorsêreël plaas. Oor die voor- en nadele daaraan verbonde om laasgenoemde definisie te volg, kan lank geargumenteer word.

Die vernaamste argument ten gunste van die omskrywing in *Naran*<sup>7</sup> is dat 'n erkenning wat 'n verklaring moet wees waaruit 'n nadelige afleiding gemaak kan word, buite die kader van die hoorsêreël val. Die toelaatbaarheid van so 'n erkenning word dus suiwer op die relevantheid daarvan, en die aan- of afwesigheid van vrywilligheid aan die kant van die verklaarder, beslis. Die vernaamste beswaar van Hoffmann<sup>8</sup> en Schmidt<sup>9</sup> teen die omskrywing kom daarop neer dat dit al die verklarings van 'n gedingsparty buite die hoorsêreël plaas en dat dit sal meebring dat die party nie self hoef te getuig nie, maar sy verklaring deur ander persone kan bewys. Wat strafsake aanbetref, wil dit voorkom asof so 'n stap nie moontlik is nie omdat bepaal word dat 'n beskuldigde sy getuienis onder eed moet aflê.<sup>10</sup> In siviele

<sup>1</sup>1924 CPD 341 343.

<sup>2</sup>Sir Rupert Cross *Evidence* (4e uitg) 402.

<sup>3</sup>LH Hoffmann *The South African Law of Evidence* (2e uitg) 94.

<sup>4</sup>CWH Schmidt *Die Bewysreg* 338.

<sup>5</sup>Phipson on *Evidence* (11e uitg) 632.

<sup>6</sup>1963 1 SA 652 (A).

<sup>7</sup>supra.

<sup>8</sup>94.

<sup>9</sup>342. Schmidt gee natuurlik self te kenne dat 'n erkenning nie hoorsê is as die party self getuig nie.

<sup>10</sup>a 196(3) van Wet 51 van 1977.



sake kan die probleem waarskynlik oor die boeg van relevantheid gegooi word. Schmidt gee immers self te kenne dat selfbegunstigende verklarings van 'n party by 'n geding irrelevant is.<sup>11</sup>

Voordat ons kan bepaal welke verklarings binne die omvang van die hoorsêreël val, moet ons eers bepaal wat 'n verklaring is. Schmidt<sup>12</sup> beweer dat slegs mondelinge of skriftelike verklarings binne die omvang van die hoorsêreël val, maar gaan dan voort en verklaar dat wat eerder bedoel word, is "mededelings". In ooreenstemming hiermee verklaar die hof in *Tuge*<sup>13</sup> dat: "A 'statement' must obviously include any indication by speech or writing or even by conduct, of the 'speaker's' state of mind in regard to a particular fact."

Alhoewel gevind word dat die begrip "verklaring" telkens beperk word om byvoorbeeld "hoorsê by implikasie" buite die hoorsêreël te laat val, kan ons die bostaande wye omskrywing, wat ook gebare insluit, as korrek aanvaar omdat dit geen invloed sal hê op die toelaatbaarheid van die verklaring nie. Nie die omskrywing van wat 'n verklaring is nie, maar die rede waarom dit relevant is tot 'n feit in geskil, so sal betoog word, is die beslissende faktor by die beantwoording van die vraag of dit toelaatbaar is.

Die omskrywings van wat hoorsê is, bestaan basies almal uit twee hoofdele. In die eerste plek toon hulle aan dat die verklaring die van 'n nie-getuie moet wees en in die tweede plek moet dit aangewend word om die waarheid van die inhoud van die verklaring te bewys. Die grootste enkele beswaar teen die toelating van hoorsêgetuie is dat die verklaarder nie onder eed is nie en nie aan kruisondervraging onderworpe is nie. Indien die verklaarder dus self getuig, soos 'n klaagster in 'n geslagsmisdad, val haar verklaring wat sy voorheen gemaak het en wat ooreenstem met wat sy nou getuig, nie binne die omvang van die hoorsêreël nie. Die rede vir die toelaatbaarheid of ontoelaatbaarheid van die verklaring moet nou by die relevantheidsreël gesoek word. Die gevaar wat in hoorsêgetuie skuil, het nou weggeval en daarom val die bestaansreg vir die toepassing van die reël ook weg. Alhoewel daar ander standpunte ook is, moet respekvol met Schmidt<sup>14</sup> saamgestem word dat bostaande die posisie in ons reg is.

Die eerste been van die definisies lewer dus nie veel probleme op nie. Die tweede been lewer egter gereeld teenstrydige standpunte en gevolge op. Dit het nou reeds gewoonte geword om te onderskei tussen hoorsê, "hoorsê by implikasie" en "negatiewe hoorsê", in 'n poging om die vraag of 'n verklaring hoorsê uitmaak, te beantwoord. Die vraag is of hierdie onderskeidings nodig is. Die enigste vraag behoort steeds te wees of die getuie 'n mededeling van 'n nie-getuie aan die hof oordra en of dit dien om die waarheid van die inhoud van die verklaring te bewys. Indien wel, is dit hoorsê. Word dit vir 'n ander doel aangebied, is die vraag slegs of dit vir daardie doel relevant is tot 'n feit in geskil.

<sup>11</sup>342 vn 25.

<sup>12</sup>338.

<sup>13</sup>1966 4 SA 565 (A) 574.

<sup>14</sup>342.

Die probleem is in Engeland op die spits gedryf in die saak van *Myers v Director of Public Prosecutions*.<sup>15</sup> Die beskuldigde was aangekla van same-swering en ontvangs van gesteelde motorvoertuie. Die bewering van die vervolging was dat die beskuldigde motorwraakke met hulle logboeke gekoop het. Hy sou dan die gesteelde voertuie aangepas het om ooreen te stem met die gegewens in die logboeke. Die beampte in bevel van die rekords van die vervaardiger van die voertuie het getuig dat mikrofilms gemaak is van die kaarte wat deur werknemers van die vervaardiger voltooi is. Die mikrofilms het die enjinnommers wat deur die vervaardiger op die silinderblokke van die voertuig aangebring is, aangetoon en dié het ooreengestem met die nommers op die beweerde gesteelde voertuie. Die meerderheid van die house of lords het bevind dat "the entries on the cards were assertions by the unidentifiable men who made them that they had entered numbers which they had seen on the cars."<sup>16</sup>

Daar kan nie betwis word dat die aanbring van die nommers op die kaarte mededelings was nie, maar die vraag is of die getuienis van hulle bestaan slegs relevant is om die waarheid van die inhoud te bewys. Indien laasgenoemde die geval is, kan daar geen twyfel bestaan oor die korrektheid van die beslissing nie. 'n Vergelyking van dié feitestel met enkele Suid-Afrikaanse uitsprake sal, so word betoog, aantoon dat die getuienis ook vir 'n ander doel relevant was. Dat die getuienis, wanneer dit vir die ander doel aangewend word, minder bewyskrag mag hê, is nie by die toets vir toelaatbaarheid ter sprake nie. Die stelling word gemaak omdat dit skyn asof die bewyswaarde van die getuienis soms 'n te groot rol speel by die toelaatbaarheid daarvan.<sup>17</sup>

In die eerste plek kan ons die feitestel in *Naran*,<sup>18</sup> 'n geval wat deur Schmidt onder res gestae bespreek word,<sup>19</sup> van nader beskou. Die beskuldigde het tereggestaan op 'n aanklag van ontvangs van twee gesteelde bandopnemers en sy verweer was dat hy hulle op 30 November 1961 van 'n winkelier gekoop het. Hy het 'n faktuur ter ondersteuning van sy bewering voorgelê. Tydens die verhoor is die twee bandopnemers aan die hof voorgelê, elk met 'n volgnommer en onderskeidelik die datums 19 Desember 1961 en 17 Januarie 1962 daarop aangebring. Ene Van Rensburg het getuig dat hy 'n voorman is by die fabriek waar die bandopnemers vervaardig word en dat die nommer en datumstempel op die opnemers aangebring word wanneer dit finaal voltooi en getoets is. Die hof laat dit toe omdat die getuienis "does not purport to be evidence of an oral or written statement made by someone else",<sup>20</sup> en voorts, "Van Rensburg's evidence was not tendered for the purpose of proving that the recorders were in fact finally tested on the

<sup>15</sup>1964 2 All ER 881.

<sup>16</sup>Lord Reid 886.

<sup>17</sup>Dat dit wel 'n rol speel, lei geen twyfel nie – 1978 *THRHR* 175 – maar dit mag nooit die oorheersende rol speel nie.

<sup>18</sup>supra.

<sup>19</sup>318. Daar kan op gewys word dat die hof nooit na res gestae verwys het nie. Dit is dus nie duidelik waarom die outeur beweer dat die getuienis met 'n beroep op die leerstuk toegelaat is nie.

<sup>20</sup>655C.

relevant dates . . . The purpose of Van Rensburg's evidence is limited to showing that the dates shown on the date stamps must . . . in fact be the dates on which the recorders were actually stamped."<sup>21</sup>

Schmidt<sup>22</sup> kritiseer bogenoemde uitspraak deur te verklaar:

"Die probleem is as Van Rensburg se getuienis net 'n verduideliking of interpretasie van die stempels is, dan is daar geen getuienis voor die hof dat die datums korrek is nie. Sodra die hof wel uit sy getuienis die afleiding maak dat die opnemers wel op die betrokke datum gestempel was, dan word sy getuienis aangewend om die juistheid van die gestempelde syfers te bewys, en aangesien hy nie self daarvan kennis dra nie, is dit hoorsê."

Dié kritiek is in ooreenstemming met die uitspraak in *Myers v DPP*<sup>23</sup> maar die vraag is of dit geregverdig is. Indien ons die outeur se standpunt ten opsigte van die uitspraak in *Van Niekerk*<sup>24</sup> in ag neem, wil dit ook, met respek, skyn asof die twee standpunte nie konsekwent is nie en ook nie met mekaar versoek kan word nie.

In laasgenoemde saak het 'n landdros tereggestaan op 'n aanklag van diefstal van 'n haelgeweer van 'n oorlede persoon. Die landdros het die oorledene na 'n inrigting vir dranksugtiges gestuur en die geweer, waarop die polisie beslag gelê het, is in bewaring van die landdros gelaat. Volgens sy eie erkenning het hy die geweer verkoop omdat oorledene dit aan hom geskenk het. Die staat roep die broer van die oorledene en bied getuienis aan van twee briewe wat oorledene aan sy broer geskryf het met die strekking dat die broer oorledene se geweer moet gaan haal by die landdros en dit bewaar. Regter Watermeyer beslis dat die getuienis ontoelaatbaar is omdat dit hoorsê is. Schmidt<sup>25</sup> beweer dat die getuienis toelaatbaar is op die grondslag dat die getuienis van die briewe "eenvoudig relevante feite [is] waaruit 'n feit in geskil afgelei kan word: hulle was opdragte aan die broer waaruit afgelei kan word dat die haelgeweer nie aan die beskuldigde geskenk was nie."<sup>26</sup>

Die bestaansreg vir die onderskeid tussen die twee stelle feite is moeilik om in te sien. Die rede vir die outeur se onderskeid is moontlik daarin geleë, so word respekvol aan die hand gedoen, dat hier gepraat word van "hoorsê by implikasie" en dat dan, soos Cross<sup>27</sup> ook doen, gekyk word na die *bedoeling van die verklaarder*<sup>28</sup> in plaas van om te kyk na die doel waarvoor dit relevant is. Hier moet beklemtoon word dat indien die verklarings *slegs* relevant is indien aanvaar word dat die inhoud daarvan die waarheid is, dit ontoelaatbaar sal wees. Dat dit nie die geval is nie, sal later aangetoon word.

'n Ander uitspraak wat ook reeds striemende aanslae moes deurstaan, is die in *Becker*<sup>29</sup> waar die beskuldigde tereggestaan het op verskeie aanklagte

<sup>21</sup>655.

<sup>22</sup>319.

<sup>23</sup>supra.

<sup>24</sup>1964 1 SA 729 (K).

<sup>25</sup>342.

<sup>26</sup>Sien ook Hoffmann 95 en 1964 *SALJ* 151.

<sup>27</sup>406 e.v.

<sup>28</sup>Schmidt 339.

<sup>29</sup>1968 1 SA 18 (K).

van diefstal. Hy sou na bewering tydens sy dienstermyn as 'n klerk van die departement van openbare werke salarisse aan fiktiewe personeellede uitbetaal het wat dan na sy sak gekanaliseer is. Ene Loubser het getuig dat hy in diens van die departement is en dat hy ook toegang tot die boeke van die departement het. Volgens hom word 'n lêer en kaart vir elke werknemer van die departement gehou en hy kon vir die beweerde fiktiewe persone op die betaalstaat geen sodanige lêers of kaarte kry nie. Waarnemende regter Tebbutt beslis:<sup>30</sup>

“On the basis that this is an accurate analysis of Loubser’s evidence, I am of the view that it does not constitute hearsay evidence. What Loubser is really saying is that he looked for that particular object or piece of evidence which would have disclosed the presence of the persons concerned in the Department but, having failed to find it, drew the inference that such persons were not so present.”

Hoffmann<sup>31</sup> verklaar:

“But the inference was only possible if the cards were accepted as proving the truth of their contents, i.e. that the people mentioned in them were employees of the Department. As to this, they were merely the assertions of whoever have filled them in.”

Dit is nie duidelik hoe kaarte wat nie bestaan nie, ooit aangebied kan word om die waarheid van die inhoud van sodanige nie-bestaande kaarte te bewys nie. Dit is nie die waarheid van die inhoud wat relevant is nie maar die *feit* of hulle bestaan of nie.

Schmidt bespreek die saak onder “negatiewe hoorsê” en kom tot die slotsom dat die beslissing in die lig van die uitspraak in *Vulcan Rubber Works (Pty) Ltd v SAR & H*<sup>32</sup> verkeerd is. Die onderskeid tussen die twee stellinge is egter, met respek, duidelik. In laasgenoemde saak het die getuie die verslae van nie-getuies aan die hof oorgedra en was slegs die inhoud daarvan relevant; dit is dus aangebied om die waarheid van die inhoud van die verslae te bewys. Die hof verklaar egter in laasgenoemde saak by monde van appèlregter Schreiner dat getuie wel toelaatbaar is om te bewys dat getuie Brunette 'n vrugtelose soektog na sekere bale rubber uitgevoer het, maar dat die getuie “naturally loses weight by its generality”.<sup>33</sup> Die aflaai en wegpak van bale rubber is die handeling van 'n persoon en net so ook is die voltooiing van personeelkaarte deur 'n persoon die handeling van daardie persoon. Die afwesigheid van bale rubber en die afwesigheid van personeelkaarte is dus beide feite waaruit afleidings gemaak kan word. Die gewig wat aan sodanige getuie geheg sal word, sal afhang van die feite van die saak en sal wissel van geval tot geval. Die hof het dan ook in *Vulcan Rubber Works* verklaar:<sup>34</sup>

“Giving to Brunette’s evidence no more effect than that so far as he was aware the bales had not been found in the Administration’s possession, this at least would suffice to prevent any adverse inference being drawn such as might have been open to the appellant if the Administration had called no evidence.”

<sup>30</sup>23C.

<sup>31</sup>92.

<sup>32</sup>1958 3 SA 285 (A).

<sup>33</sup>297B.

<sup>34</sup>supra 297.

Ook in *Becker*<sup>35</sup> laat die hof geen twyfel daaroor dat die mate van kennis van die feite waaroor die getuie getuig, die gewig van die getuienis kan beïnvloed nie, maar dit raak nie die toelaatbaarheid daarvan nie tensy dit te gering is.<sup>36</sup>

Die laaste saak in hierdie reeks van beslissings is die van *Qolo*.<sup>37</sup> Die oorledene is deur 'n getuie Verster aangetref waar hy sy oopgesnyde maag vasgehou het. In antwoord op 'n vraag wat hom makeer, het hy na 'n ander man, 'n entjie van waar hulle gestaan het, gewys en gesê "Lo tsotsi". Daarna is die man na hom gebring en het die oorledene hom 'n klap gegee. Die woorde is deur die appèlhof as hoorsê aangemerkt, terwyl die getuienis van die klap as toelaatbaar beskou is en volgens die hof "it carried in fact the same evidentiary weight as the previous exclamation . . ."

Schmidt<sup>38</sup> verklaar dat die klap eenvoudig 'n handeling is waaruit afgelei kan word dat die beskuldigde die persoon is wat hom aangerand het en dat die uitspraak ons appèlhof se presedent is wat aantoon dat hoorsê by implikasie nie deel van ons reg is nie. Dit is egter, met respek, nie so eenvoudig nie. Dit is so dat die klap 'n handeling is en dat daaruit 'n afleiding gemaak kan word, maar waarom word die woorde en uitwysing nie ook as handelinge beskou nie? Schmidt<sup>39</sup> verklaar dat die klap nie hoorsê is nie "omdat die oorledene nie daarmee bedoel het om mee te deel dat die beskuldigde sy aanrander was nie." Die vraag kom onwillekeurig by 'n persoon op hoe die bedoeling van 'n oorlede persoon in die omstandighede vasgestel word. Wat het die oorledene byvoorbeeld met die woorde "Lo tsotsi" bedoel? Die regter verklaar self:<sup>40</sup>

"The inadmissible verbal exclamation, and its setting, was in reality thereafter repeated in a different form."<sup>41</sup>

As dieselfde verklaring op twee wyses gemaak word; dit wil sê die een is net 'n herhaling van die ander, soos die hof self verklaar, hoe kan twee verskillende bedoelings dan by die verklaarder bestaan het tydens die maak van die verklarings en waaruit word die bedoelings afgelei? Respekvol word in oorweging gegee dat indien die hof bevind het dat enigeen van die twee mededelings slegs relevant was indien dit aangewend word om die waarheid van die inhoud daarvan te bewys, moes hulle as hoorsê en dus as ontoelaatbaar beskou gewees het. Die klap of die uitwysing of die woorde "Lo tsotsi" kan egter nie een aangemerkt word as alleenlik relevant indien dit aangewend word om die waarheid van die inhoud daarvan te bewys nie. Indien die oorledene gesê het: "Dit is die man wat my aangerand het", sou dit slegs relevant gewees het indien dit aangevoer was om die waarheid van die inhoud daarvan te bewys. Wat is egter die waarheid van die woorde "Lo tsotsi" gekoppel met 'n uitwysing? Sekerlik niks meer as dat die man wel 'n tsotsi is nie. Dit dui dus, soos die klap, net op die afkeur van die oorledene

<sup>35</sup>supra.

<sup>36</sup>Sien ook Cross 406 se bespreking van die saak.

<sup>37</sup>1965 1 SA 174 (A).

<sup>38</sup>339.

<sup>39</sup>339.

<sup>40</sup>184.

<sup>41</sup>My kursivering.

teenoor die beskuldigde. Kortom gestel: Die uitspraak in *Qolo*<sup>42</sup> word voor-gehou as gesag vir die standpunt dat “hoorsê by implikasie” nie deel van ons reg is nie, maar die uitspraak onderskei, met respek, foutiewelik tussen enersluidende verklarings sonder om enige redes vir so ’n onderskeiding aan te voer.

Dit wil voorkom asof die subjektiewe toets wat Schmidt<sup>43</sup> in die gevalle van “hoorsê by implikasie” voorstaan nie ’n oplossing bied nie. Soms is die oplossing van ’n probleem so voor-die-hand-liggend dat ’n mens dit juis daarom miskyk. Is die korrekte toets nie miskien een wat inhou dat ons nie moet onderskei op grond van die wyse waarop die verklaring gemaak is nie, een wat ’n klassifikasie van tipes hoorsê soos bv “by implikasie” of “negatief” onnodig maak nie? Die toets is eenvoudig, so word respekvol aan die hand gedoen, dié wat in *Estate De Wet v De Wet*<sup>44</sup> en in *Naran*<sup>45</sup> aangewend is; naamlik dat bepaal word vir welke doel die getuienis aangebied word. In *Miller*<sup>46</sup> word die toets soos volg gestel:

“... statements made by non-witnesses are not always hearsay. Whether or not they are hearsay depends upon the purpose for which they are tendered as evidence. If they are tendered for their testimonial value (i.e. as evidence of the truth of what they assert), they are hearsy . . . If, on the other hand they are tendered for their circumstantial value to prove something other than the truth of what is asserted, then they are admissible if what they are tendered to prove is relevant to the inquiry.”

Die enigste probleem wat nou nog mag ontstaan, lê by die toepassing van bogenoemde toets. Is die toets in ’n mate subjektief, met ander woorde, word daar op die bedoeling van die aanklaer of eiser wat sy getuienis aanbied se woorde gelet of is dit ’n suiwer objektiewe toets? Indien laasgenoemde die geval is, sal die hof moet oordeel of die getuienis relevant is by ’n feit in geskil anders as om die waarheid van die inhoud van die verklaring te bewys en dit vir daardie doel toelaat. Die bewering van die aanbieder vir welke doel hy dit aanbied, mag natuurlik ’n rol speel in die beslissing wat die hof maak, maar, so word respekvol betoog, dit is nie die bepalende faktor waarvolgens besluit word of die getuienis toelaatbaar is nie.

Respekvol word met die helder uiteensetting van regter Botha in *Lornadann Investment (Pty) Ltd v Die Minister van Landbou* saamgestem waar hy verklaar:<sup>47</sup>

“As oënskynlike hoorsê-getuienis aangebied word vir ’n ander doel as om die waarheid van die inhoud daarvan te bewys, dan word dit nie getref deur die hoorsêreël nie, en dan is sulke getuienis toelaatbaar indien die ander doel waarvoor dit aangebied word relevant is tot die gesk!punte in die saak.”

en voorts:<sup>48</sup>

<sup>42</sup>supra.

<sup>43</sup>339.

<sup>44</sup>supra.

<sup>45</sup>supra. Die regter onderskei aanvanklik ook deur te verklaar dat dit nie getuienis van ’n “oral or written statement” is nie maar dit word nie verder gevoer nie.

<sup>46</sup>1939 AD 106 119.

<sup>47</sup>1977 3 SA 618 (T) 622B.

<sup>48</sup>622F.

“. . . die Hof [moet] die aard van die getuienis oorweeg in die samehang van die saak as geheel en tot 'n beslissing kom of die getuienis, objektief gesproke, relevant is tot enige van die geskilpunte op 'n ander grondslag as dat die inhoud daarvan die waarheid is.”

Indien die getuienis relevant is wanneer dit aangebied word om die waarheid van die inhoud daarvan te bewys en ook relevant is vir 'n ander rede, is dit vir laasgenoemde doel toelaatbaar. Regter Botha stel die posisie soos volg:<sup>49</sup>

“As die antwoord op hierdie ondersoek bevestigend is, dan is die getuienis toelaatbaar vir die besondere doel wat dit relevant maak afgesien daarvan of dit die waarheid is of nie, en die blote feit dat dit terselfdertyd op 'n ander grondslag ook ter sake sou wees indien dit as die waarheid beskou word, kan dit nie ontoelaatbaar maak nie.”

Die feitestelle in die sake wat hierbo bespreek is, kan nou aan die hand van die gestelde toets ontleed word. Die getuienis in *Myers v DPP*<sup>50</sup> is sekerlik relevant ook op 'n ander grondslag as dat die inhoud van die verklarings (mikrofilms) die waarheid is. Dit sal veral die geval wees as die hof die getuienis “oorweeg in die samehang van die saak as 'n geheel”. Dit is egter veral die feitestelle in *Van Niekerk*,<sup>51</sup> *Naran*<sup>52</sup> en *Qolo*<sup>53</sup> wat aantoon tot watter anomalieë gekunstelde onderskeidings en toetse aanleiding gee. Niemand wil beweer dat die brief, die datumstempel of die klap in die sake die waarheid is nie. Dit kan egter nie betwis word dat ons hier telkens te doen het met 'n *handeling* wat 'n nie-getuie verrig het en waarvan die getuie in die hof deur middel van sy waarnemings persoonlike kennis dra nie. Die getuienis mag moontlik relevant wees indien dit aangebied word om die waarheid van die inhoud te bewys, maar dit is terloops. Die handelinge is steeds vir 'n ander doel relevant. Dit is bloot omstandighedsgetuienis waaruit 'n afleiding gemaak kan word in die lig van, en in samewerking met, die ander bewysmateriaal voor die hof. In *Van Niekerk* het ons die teenstrydige verduidelikings van die beskuldigde; in *Naran* 'n vals faktuur wat deur 'n verdwene insolvent uitgereik is en in *Qolo* die bloedbevlekte lap en meshef in die besit van die beskuldigde. In die *Lornadawn*-saak<sup>54</sup> het ons die getuienis van 'n deskundige wat getuig omtrent die waarde wat hy op sekere landbougrond geplaas het. Om krag aan sy getuienis te gee, vertel hy vir die hof hoedat hy vir verskeie boere in die bepaalde gebied gevra het hoe hulle die waarde van grond bepaal. Hierdie getuienis word toegelaat as synde relevant vir 'n ander doel as om die waarheid van die inhoud daarvan te bewys. Hoeveel te meer moet die getuienis in die voornoemde sake dan nie op dieselfde grondslag toelaatbaar wees nie.

'n Laaste gedagte ten opsigte van *Van Niekerk*<sup>55</sup> en *Naran*<sup>56</sup> is dat nòg die hof nòg enige van die persone wat die sake bespreek, verwys na die getuienis van die beskuldigdes. Op watter grondslag is Van Niekerk se

<sup>49</sup>ibid.

<sup>50</sup>supra.

<sup>51</sup>supra.

<sup>52</sup>supra.

<sup>53</sup>supra.

<sup>54</sup>supra.

<sup>55</sup>supra.

<sup>56</sup>supra.

getuienis van wat die oorledene aan hom gesê het toelaatbaar? Indien dit nie aangebied word om die waarheid van die inhoud van die verklaring te bewys nie, is dit dan nog relevant? Respekvol word in oorweging gegee dat dit ook nie binne enige van die erkende uitsonderings op die hoorsêreël val nie. Wat die faktuur in *Naran*<sup>57</sup> aanbetref, is dit op dieselfde grondslag as die datumstempel toelaatbaar of ontoelaatbaar. Respekvol word aan die hand gedoen dat Hoffmann<sup>58</sup> korrek is waar hy verklaar:

“The hearsay rule applies indifferently to prosecution and defence alike. There is no exception *in favorem libertatis*.”

Die betoog hierbo kan saamgevat word deur te sê dat ons nie ’n onderskeid moet maak op grond van die wyse waarop ’n verklaring gemaak word nie. Indien dit ’n mededeling is, is dit ’n verklaring. Wanneer dit afkomstig is van ’n nie-getuie is die prosedure om te bepaal of dit binne die hoorsêreël val eenvoudig deur vas te stel of dit relevant is slegs wanneer dit aangebied word om die waarheid van die inhoud te bewys, dan is dit hoorsê, en of dit relevant is vir ’n ander doel, dan is dit nie hoorsê nie.

AJ VAN WYK  
*Justisie-opleiding*

## ENKELE OPMERKINGS OOR DIE REGISTRASIE VAN GEBRUIKLIKE VERBINDINGS IN BOPHUTHATSWANA

Die Bophuthatswana Wet op die Registrasie van Gebruiklike Verbindings 8 van 1977 het op 3 Maart 1978 in werking getree (kyk Bophuthatswana Amptelike Koerant vol 7 nr 11 van 22 Februarie 1978). Die wet stem feitlik woordeliks met RK R1970 van 1968 (Regulasiekoerant 1040 van 25 Oktober 1968) ooreen wat die registrasie van gebruiklike verbindings in die Republiek, uitgesonderd Natal, reël. Laasgenoemde maatreël moes rekening hou met al die inheemse gewoonteregstelsels in die Republiek. Vanweë die verskille tussen die inheemse regstelsels is dit wenslik om ’n paar aspekte wat veral met die *bogadi*-instelling in die Tswanareg verband hou by die toepassing van die wet te beklemtoon.

Vooraf is dit noodsaaklik om daarop te wys dat by enige mededeling oor die Tswanareg veral twee faktore in gedagte gehou moet word. Eerstens is Van der Wateren (*Bibliografie oor die Tswana-stammegroep van Suider-Afrika*)<sup>3</sup> se gevolgtrekking dat daar geen “samevattende werk oor die kultuur van die Tswana as geheel” is nie a fortiori van toepassing op die gebied van die familiereg. Daar bestaan nie ’n werk wat as gesag vir die familiereg van al die Tswanastamme kan dien nie en oor ’n groot aantal stamme is daar ’n gebrek aan enige inligting hoegenaamd. (Van der Wateren se *Bibliografie* gee ’n goeie aanduiding van die beskikbare inligting). Selfs Schapera se waardevolle *Handbook of Tswana Law and Custom* wat algemeen as gesag vir die Tswanareg aanvaar word se fokuspunt is op die Bakgatla van Botswana. (Hierdie boek word vryelik deur handboekskrywers aangehaal asook in

<sup>57</sup>supra.

<sup>58</sup>93.



verskeie hofbeslissings byvoorbeeld *Mocumi v Mocumi* 1944 BAH 107 (K en O) en *Sekupa v Jonkman* 1966 BAH 20 (SE).) Die verwysing na die familiereg van ander Tswanastamme in hierdie werk is ongelukkig nie volledig genoeg om dit as gesaghebbend vir die hele Tswanareg te beskou nie.

'n Ander en selfs moeiliker probleem is dat heelwat van die bestaande gewoontes oor die Tswanareg verouderd is. Onsekerheid bestaan oor die huidige gewoontes en gebruike vanweë akkulturasie en kultuurveranderinge. Die "relatiewe armoede . . . in die literatuur oor die Tswana" (Van der Wateren 2) word dus terdeë besef, maar die moontlike toepassing van sekere bepalinge in die wet word nietemin bespreek.

In kort maak die wet voorsiening vir die aanstelling van registrateurs wat die registrasie van gebruiklike verbindings moet behartig. Registrasie geskied by wyse van óf 'n aansoek óf 'n hofbevel. Sekere deklarasies moet deur die partye aan die registrateur voorgelê word sodat hy daarvoor kan beslis (a 4. Die deklarasies moet wesenlik met die voorgeskrewe vorms in dele B, C en D van aanhangsel 1 ooreenstem). Artikel 4(2) bepaal dat 'n aansoek om registrasie deur die registrateur geweier kan word indien die deklarasies in "enige tersaaklike opsig onvolledig is". Die voorgeskrewe vorm vir die deklarasies vereis onder andere dat die hoeveelheid *bogadi* waarvoor ooreengekom is, vermeld moet word (dele B en C van aanhangsel 1 tot die wet).

Myns insiens kan probleme ondervind word om hierdie vereiste inligting aan die registrateur voor te lê. Alhoewel die hoeveelheid huweliksgoedere by sommige Tswanastamme deur ooreenkoms bepaal word, is dit nie 'n algemene gebruik nie (vgl PL Breutz *The Tribes of Mafeking District* 61 en *The Tribes of the Districts Kuruman and Postmasburg* 41). By sekere stamme word die ongewone gebruik aangetref dat die hoeveelheid *bogadi* deur die eggenoot en sy afkomsgroep bepaal word (Schapera 140; RD Coertze *Die Familie-, Erf- en Opvolgingsreg van die Bafokeng van Rustenburg* 227; ZK Matthews "Marriage Customs among the Baralong" (1940) 13 *Africa* 14). Geen ooreenkoms word met die voog van die eggenote gesluit oor die hoeveelheid huweliksgoedere wat gelewer sal word nie. Daar kan hoogstens 'n stilswyende ooreenkoms gekonstrueer word dat *bogadi* wel een of ander tyd gelewer sal word. Daar is ook ander stamme, byvoorbeeld die Bahurutshe *boo Manyane* van Motswedi waar die hoeveelheid *bogadi* wat gelewer moet word deur 'n dekreet van die stamhoof vasgestel is (PJ Riekert *Die Huweliksreg van die Bahurutshe onder die Invloed van die SA Regsadministrasie* 102). Dit blyk dus dat indien slegs volgens die bepalinge van artikels 4(1) en (2) geoordeel word die registrateur regtens kan weier om die gebruiklike verbinding te registreer aangesien die tersake inligting oor die ooreengekome *bogadi* ontbreek.

Artikel 9 van die wet bevat egter sekere bepalinge oor die betalings en terugbetalings van *bogadi* wat moontlik die bogenoemde reëlings kan beïnvloed. Artikel 9(1) van die wet bepaal:

"Die registrateur weier nie om 'n gebruiklike verbinding te registreer nie uitsluitlik op grond daarvan—

(a) dat in die tersaaklike deklarasies die *bogadi* waarvoor ooreengekom is verswyg word,

mits hy oortuig is dat die toepaslike Bantoereg en -gewoonte nie voorsiening maak vir 'n bepaalde bogadi nie of bekendmaking daarvan deur een van beide of albei partye tot die ooreenkoms nie vereis nie . . ." (my kursivering).

Daar kan geredeneer word dat artikel 9(1)(a) slegs uitsonderings op die reël dat die ooreengekome *bogadi* bekend gemaak móét word, toelaat indien daar *inderdaad op 'n hoeveelheid bogadi ooreengekom is*. Die omstandighede wat in artikel 9(1)(a) genoem word, kan dus nie oorweeg word waar die hoeveelheid *bogadi* deur die man vasgestel word nie. Kortom, volgens hierdie interpretasie van die wet kan 'n gebruikelike verbinding slegs geregistreer word indien die hoeveelheid *bogadi* deur ooreenkoms bepaal is. Dit sou beteken dat 'n aansienlike getal van die gebruikelike verbindings wat in Bophuthatswana aangegaan is of word nie registreerbaar is nie.

Dit is egter moontlik dat die wetgewer nie die bostaande interpretasie bedoel het nie. Daar moet onthou word dat die wet eintlik oorgeskryf is van RK R1970 van 1968 wat in die Republiek geld. Indien bostaande interpretasie op die bepalings van die gemelde regeringskennisgewing toegepas word, sou dit beteken dat registrasie van gebruikelike verbindings waar die *ukuteleka*-gebruik (waardeur die vader sy dogter "skur" en daardeur die eggenoot dwing om verdere *lobolo*-betalings te maak - kyk SM Seymour *Bantu Law in South Africa* (3e uitg) 155 ev) voorkom (en die hoeveelheid *lobolo* ook nie deur ooreenkoms bepaal word nie) nie moontlik is nie. Seymour (379) meen juis dat die eerste uitsondering wat in artikel 9(1)(a) genoem word toepassing vind by die stamme wat die *ukuteleka*-gebruik volg.

Die volgende benadering tot artikel 9(1)(a) kan dus oorweeg word. Die woorde in die wet ". . . (indien) die bogadi waarvoor ooreengekom is verswyg word", moet geïgnoreer of vervang word deur "die bogadi wat nog uitstaande is" of dergelike woorde. Met so 'n verandering kan die gebruik waarvolgens die hoeveelheid *bogadi* deur die eggenoot en sy afkoms-groep bepaal word of deur 'n dekreet van die stamhoof vasgestel is onder die omstandighede in artikel 9(1)(a) tuisgebring word. Dit is nie duidelik watter gebruike die wetgewer by die tweede uitsondering ingevolge artikel 9(1)(a) in gedagte gehad het nie. Myns insiens kan dit nie op Tswanareg van toepassing wees nie.

'n Verdere aspek van die *bogadi*-instelling kom by die uitleg van artikel 9(1)(b) en die omskrywing van die woord *bogadi* in die woordomskrywings-artikel ter sprake. Artikel 9(1)(b) magtig die registrateur om, benewens 'n uitsondering, 'n gebruikelike verbinding te registreer ten spyte daarvan dat die deklarasies van die partye oor die hoeveelheid *bogadi* wat betaal is teenstrydig is met die hoeveelheid wat werklik betaal is. Die geval waar registrasie nie moontlik is nie, is waar ". . . die uitwerking van die betaling, *indien enige*, wat in die een of ander deklarasies beweer word sodanige verbinding onvoltooid sou laat ingevolge die toepaslike Bantoereg en -gewoonte" (my kursivering). Indien ek die bepaling reg verstaan, beteken dit dat die oordrag van 'n gedeelte van die *bogadi* nie 'n vereiste vir 'n regsgeldige gebruikelike verbinding is nie. Dit wil voorkom asof die woorde "*indien enige*" ruimte laat dat registrasie kan plaasvind terwyl geen *bogadi* hoegenaamd betaal is nie. Belangrik is om daarop te wys dat volgens die woordom-

skrywingsartikel minstens 'n gedeelte van die *bogadi* gelewer moet word voordat 'n gebruikelike verbinding geldig is. Soortgelyke teenstrydige bepalinge kom in die ooreenstemmende artikels van RK R1970 van 1968 voor.

Die vraag of die howe 'n gebruikelike verbinding ingevolge Tswana-reg as geldig sal beskou voordat enige *bogadi* oorgedra is, is geen uitgemaakte saak nie. By sommige stamme soos die Bafokeng van Rustenburg móét *bogadi* oorgedra word voordat die huwelik geldig is (Coertze 233). Daar is egter ook oorweldigende aanduidings dat by ander Tswanastamme so 'n vereiste nie gestel word nie (Schapera 141; Riekert 108; Matthews 15) alhoewel daar minstens 'n noodwendige veronderstelling is dat die *bogadi* wel een of ander tyd gelewer sal word. Die Bantoe-appèlhof het in *Mocumi v Mocumi* (supra), myns insiens ten onregte, die argument verwerp dat 'n geldige gebruikelike verbinding sonder die lewering van *bogadi* gesluit kan word. (Steun vir hierdie beslissing kan ook in *Seele v Moisi* 1947 BAH 117 (K en O) gevind word.) In *Dikomo v Kolwani* (1952 BAH 56 (SE)) het die hof na deeglike oorweging van die sienings van Schapera en die kaptein voor wie die saak in eerste instansie gedien het, beslis dat die gebruikelike verbinding geldig is teenoor derdes selfs al is geen *bogadi* gelewer nie. Die ander vereistes van die gebruikelike verbinding moet natuurlik nagekom word. Die hof onderskei *Mocumi v Mocumi* (supra) op grond daarvan dat die gebruikelike verbinding eers geldig tussen die partye is ná die lewering van *bogadi*. Ingevolge die wet is die moontlikheid egter steeds daar om die gekunstelde onderskeiding wat in *Dikomo v Kolwani* (supra) getref is, te verwerp en Tswana-reg op die punt, desnoods gesteun deur deskundige getuënis, te bevestig.

Ten slotte kan ook gewys word op enkele hinderlikhede wat in die wet voorkom. Dit kom vreemd voor dat daar nog steeds verwys word na "gebruikelike verbindings". Wat ook al die gewoonteregtelike of Tswana-regtelike huwelik se tekortkominge is, is dit seker nog net regsgeleerdes wat volhard in die siening dat dit nie 'n huwelik is nie. Insgelyks is die woord "deelgenoot" om 'n eggenoot tot die huwelik aan te dui onaanvaarbaar. Die blote oorskrywery van 'n maatreël wat aanvanklik vir verskillende regstelsels opgestel is en nou versoen moet word met die Tswana-reg skep ook onnodig verwarring. Maatreëls soos artikel 17 insake die teenwoordigheid van spesiale getuies by die sluiting van die gebruikelike verbinding en die tweede uitsondering in die reedsbespreekte artikel 9(1)(a) lyk irrelevant vir die Tswana-reg.

Die Bophuthatswana Wet op die Registrasie van Gebruikelike Verbindings is een van die weinige maatreëls op die gebied van die Tswana-gewoontereg wat deur die wetgewende liggame van die gebied aangeneem is. (Vir 'n oorsig van die wetgewing wat deur die wetgewende vergadering van Bophuthatswana van 1972-1975 aangeneem is, kyk JC Bekker 1976 (2) *De Jure* 293 ev.) As barometer vir die lewensvatbaarheid van die inheemse reg in hierdie jong staat sal die wet met belangstelling dopgehou word.

DJ SWANEPOEL  
Universiteit van Pretoria

# Vonnisse

## GREENFIELD ENGINEERING WORKS (PTY) LTD v NKR CONSTRUCTION (PTY) LTD 1978 4 SA 901 (N)

### *Aanspreeklikheid vir suiwer finansiële verlies*

Hierdie saak is van besondere belang ten aansien van die verhaal van skadevergoeding vir "suiwer finansiële" verlies in die Suid-Afrikaanse reg, al was die betrokke gedeelte van die uitspraak in die gedaante van 'n obiter dictum.

Die feite was soos volg: Die verweerder het R1 969,72 aan die eiser, 'n privaat maatskappy, geskuld op grond van 'n kontrak tussen hulle. Die eiser versoek die verweerder om deur middel van 'n tjek per pos te betaal. Die verweerder voldoen hieraan maar op die tjek word die eiser aangedui as "Greenfield Engineering Works" (sonder die toevoeging van "Pty Ltd" om aan te dui dat dit 'n privaat maatskappy is). Die tjek bereik nie die eiser nie, maar word gesteel. Die dief doen hom voor as A Green en open 'n rekening, kwanstuis vir sy nuwe onderneming "Greenfield Engineering", op sterkte van die tjek. Vier dae later ontvang hy R1 800 uit die rekening daar die bankklerk onder die indruk was dat voldoende tyd vir insameling verloop het. Die dief verdwyn toe met die geld.

Die eiser eis nou die bedrag van die verweerder. Die hoofeis word op die kontrak gebaseer. Die verweer van voldoening word tereg verwerp en wel op grond van die stilswyende bedinge dat die tjek, ten einde in die besigheids-wêreld doeltreffend te kan funksioneer, gekruis en betaalbaar aan order moet wees en ook dat dit die eiser korrek moet identifiseer as "Greenfield Engineering Pty Ltd". Gevolglik slaag die eis.

Die hof kom tot die gevolgtrekking (911F) dat dié bevinding die saak afhandel, maar gaan nietemin voort om die alternatiewe eis te behandel ingeval die beslissing met betrekking tot die hoofeis verkeerd is.

Die alternatiewe eis is een ex delicto vir die verhaal van skadevergoeding vir "suiwer finansiële" verlies. Ten aanvang stel die hof vlugtig vas of die elemente van die onregmatige daad in casu teenwoordig is. Die handelings- en onregmatigheidsvereiste word gevind in die besondere verhouding wat daar tussen die kontrakspartye aanwesig was (912B-C). Skuld in die vorm van nalatigheid staan volgens die feite van die geval ook vas (912H). Insgelyks staan die kousale verband absoluut bo verdenking. Die hof verwerp die argument dat die diefstal van die tjek 'n novus actus interveniens daarstel (913A).

Voorts ondersoek die hof die beskikbaarheid van die actio legis Aquilia waar dit gaan oor die verhaal van vergoeding vir suiwer finansiële verlies (913B). Die voorbeelde wat die hof uit ons positiewe reg gebruik en kritiseer, is op een na almal gebaseer op nalatige wanvoorstelling. Ten aanvang wys die hof daarop dat die appèlhof hom in *Herschel v Mrupe* 1954 3 SA 464 (A) 474G-H vergewis het van die algemene aanspreeklikheidsvereistes wat ons deliktereg kenmerk. Regter Hoexter sluit hom aan by NJ van der Merwe se beskouing (*Die Beskerming van Vorde-*

ringsregte uit Kontrak teen Aantasting deur Derdes (1959) 130) dat die rede vir die weiering van die aksie in die *Herschel*-saak toe te skryf is aan die afwesigheid van "een of ander van die vereistes vir aanspreeklikheid onder die *lex Aquilia*, hetsy regskenking, hetsy skuld." Die voorbeelde uit die positiewe reg wat die hof dan in groter detail bespreek, is onder andere die beslissing in *Rhostar (Pty) Ltd v Netherlands Bank of Rhodesia Ltd* 1972 2 SA 703 (R) waar bevind is dat onregmatigheid en nalatigheid aanwesig was (al is dit in Engels-regtelike terminologie) (715D-G) en dat daarom aanspreeklikheid gevolg het. Regter Hoexter behandel ook die beslissing van *Atkinson Oates Motors Ltd v Trust Bank of Africa Ltd* 1977 3 SA 188 (W) (914E) waarin die mening gehuldig is dat daar in die *Rhostar*-saak nie voldoende aandag gegee is aan die uitbreiding van *Aquiliese* aanspreeklikheid om "suiwer finansiële" skade te omvat nie. Die ratio van die *Atkinson*-saak was dat onregmatigheid, in die geval voor die hof, ontbreek het (198-199A). Regter Hoexter lê veral klem op die volgende dictum in die *Atkinson*-saak (198E-G) waar na *Combrink Chiropraktiese Kliniek (Edms) Bpk v Datsun Motors Vehicle Distributors (Pty) Ltd* 1972 4 SA 185 (T) 192H verwys word. Die regter verklaar daar:

"Whilst I do not consider, with respect, that the reason given in *Combrink's* case, *supra*, for a refusal to extend the *lex Aquilia* to all instances of financial or patrimonial loss negligently caused, namely, that '... that such a wide delictual remedy would lead to unnecessary duplication or multiplicity of actions so that more harm than good would be done by such an extension' is necessarily correct, it is, in my judgment, important to bear in mind the cautious approach to such an extension."

Hierdie verwysing (913G-914B) na die *Combrink*-saak is besonder belangrik as mens die eisgrond in die *Combrink*-saak vergelyk met die feite wat voor regter Hoexter gedien het. Die eisgrond in die *Combrink*-saak was naamlik nie 'n nalatige wanvoorstelling soos wel die geval was in al die ander voorbeelde uit

die positiewe reg waarop die hof in casu gesteun het nie. Ten slotte verwys die hof (915C) na regter Coetzee se uitspraak in *Suid-Afrika Bantoetrust v Ross en Jacobs* 1977 3 SA 184 (T) 187F waar hy van mening is dat die toestaan van 'n aksie weens nalatige wanvoorstelling hoogstens 'n aanspreeklikheidsbegrensiingsprobleem is en nie 'n aanspreeklikheidsbestaansprobleem nie. Regter Hoexter laat hierop volg (915H):

"I would, with respect, express my agreement with the conclusion stated by Coetzee J that delictual liability for negligent misrepresentation must now be accepted as being part of our law, and that in any given case the problem of determining liability is a pragmatical rather than a jurisprudential one."

(Mens moet in gedagte hou dat dit weer eens oor nalatige wanvoorstelling gegaan het.)

Die hof verwys ook na die menings van skrywers in hierdie verband. Aan die een kant is daar McKerron 1973 *SALJ* 1 op 3-4 wat sy instemming met die *Combrink*-saak betuig. McKerron konkludeer soos volg:

"Whether recovery should be allowed in a given case or not, must always be a matter of judicial policy with regard to which no rule or rules can be laid down. When faced with a novel situation the court must balance the interest of the plaintiff against the social consequences of imposing liability, bearing in mind that the net of liability must not be spread so widely as to discourage freedom of action and legitimate initiative."

Aan die ander kant is daar Boberg, 1972 *Annual Survey of South African Law* 131-136 (916B-E van die verslag) wat oortuigend aantoon dat skadevergoeding nie geweier mag word net omdat die howe onbeperkte aanspreeklikheid vrees nie. Hy voer aan dat dit beleids-oorwegings is wat deliktuele aanspreeklikheid binne redelike perke wil hou. Hierdie doel word nagestreef deur die beperking van aanspreeklikheid tot die fisiese skade. Maar dan toon Boberg (133) aan dat nie alle gevalle van blote finansiële skade dieselfde wye poten-

siële aanspreeklikheid het nie. Boberg verklaar (133-134):

"The mere fact that the loss is economic does not mean that it is indeterminate or unmanageable. One wonders, with respect, whether *Combrinck* was not such a case. After all, the defendant manufacturer ran the risk of liability to all those who might suffer physical injury as a result of its negligent manufacture; why should it not be liable for the very much more limited and easily foreseeable economic loss of the hirer of its defective vehicle?"

(Van dieselfde mening is Pauw "Aanspreeklikheid vir 'Suiwer' Vermoënskade in die Suid-Afrikaanse Reg" 1975 *De Jure* 23 op 29-30). Met betrekking tot die *Rhostar*-saak word Boberg ook deur die hof (916D-E) aangehaal waar hy verklaar:

"[I do] not wish to be understood to disagree with the decision in the *Rhostar* case. It may well have been a situation . . . in which there is no pragmatic objection to allowing the recovery of pure economic loss. Certainly the extent of the potential loss was finite and the identity of the potential claimant was easily predictable."

Voorts stippel die hof op ondubbelsinnige wyse riglyne uit vir die toekomstige beoordeling van handelinge wat "suiwer" vermoënskade tot gevolg het (916H-917D): Eerstens moet kennis geneem word van die feit dat wanneer die vermoënskade in suiwer finansiële verlies gemanifesteer het, mens nie noodwendig met onbepaalbare skade te doen het nie; in casu is die omvang van die potensiële vermoënsverlies juis bepaald. Soos in die *Rhostar*-saak bestaan daar ook in die feite voor die hof geen twyfel oor die identiteit van die potensiële eiser nie. Die toestaan van die eis druis ook nie in teen die regs-politieke oorwegings wat streef na die beperking van deliktuele aanspreeklikheid nie, want in casu ly die eiser 'n eenmalige verlies en kan gevolglik nie 'n ketting van aksies veroorsaak word nie, te meer nog is die verlies die direkte gevolg van die verweerder se nalatige handelinge en nie 'n ver verwyderde in-

direkte gevolg nie. Verder verklaar regter Hoexter (917A):

"Trying to balance the individual interests of the claimant against the broader ones of the community I am unable to perceive that the imposition of liability in a case such as this is likely to prove socially calamitous."

In laaste instansie verwys die hof na regter Schreiner se beslissing in *Union Government v Ocean Accident and Guarantee Corporation Ltd* 1956 1 SA 577 (A) 584G-H waar hy verklaar:

"Although it is true that our law recognises that in applying the *lex Aquilia* elasticity is a valuable factor, it is equally true that growth must be controlled, not only in the interests of the systematic development of the law but also in the interests of practical convenience. Justice may sometimes be better served by denying a remedy than by granting one."

In casu bevind die hof dat corwegings van geregtigheid en gerief daarop dui dat die eis toegestaan moet word. Gevolglik sou die eiser met die alternatiewe eis geslaag het selfs al sou sy hoofeis misluk het (917E).

Sonder om enigsins afbreuk te doen aan die uitspraak is die hof se behandeling van die elemente van die onregmatige daad tog vatbaar vir kritiek: Die hof beskou aanspreeklikheid vir 'n late nog steeds as 'n uitsonderingsgeval want "[s]ubject to certain exceptions there is no delictual liability for mere omission" (912A). In casu is die uitsondering te vinde in die kontraktuele verhouding tussen die partye (912B). Mens kan maar net verwys na appèlregter Rumpff se uitspraak in *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) 596-597 om met gesag te kan sê dat die handeling, al is dit 'n blote late, steeds onregmatig moet wees en dat onregmatigheid basies beoordeel word aan die hand van die boni mores-toets (*Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films* 1977 4 SA 376 (T) 387C). Die verhouding tussen die partye kan hoogstens 'n faktor in die totaal van omstandighede wees waaruit die onregmatigheid van elke geval afgelei word.

Die bestaan van onregmatigheid kan nie deur vooropgestelde uitsonderings geregverdig word nie! Die handelings-element, wat in casu die vorm van 'n late aanneem (912A-B), bestaan enersyds daarin dat die tjek nie aan order betaalbaar gemaak is nie (910A) en andersyds nie die begunstigde korrek geïdentifiseer het nie (910E-F).

Ten aansien van die menings van die aangehaalde skrywers moet mens wys op die grondige en geregverdigde kritiek wat Pauw op 30 uitgespreek het teen McKerron se goedkeuring van die *Combrink*-saak. McKerron vind steun vir sy standpunt in die feit dat selfs opsetlike vermoënskade in sekere gevalle nie verhaalbaar is nie, byvoorbeeld 'n derde wat 'n testateur oorreed om sy testament te verander. Pauw verklaar hierop:

“Die rede waarom hierdie eise misluk het, is nie omdat daar suiwer vermoënskade aanwesig was nie, maar omdat die handeling nie onregmatig was nie. Voor dat die testateur nie minstens oorlede is nie, het die begunstigde geen reg nie. Van onregmatigheid kan alleen sprake wees as die reg van die begunstigde aangesig word.”

McKerron is ook teen wye aanspreeklikheid omdat dit die onderskeid tussen kontrakbreuk en delik uit die weg sal ruim. Pauw toon aan dat dit nie 'n beginselbeswaar kan wees nie want beide delik en kontrakbreuk behels die skuldige aantasting van 'n reg waaruit nadeel voortvloei. In laaste instansie meen McKerron dat aanspreeklikheid in hier-

die gevalle in stryd sal wees met vrye mededinging en individuele onderneemers. Pauw toon aan dat die grense van mededinging nie afhang van die vraag of daar fisiese skade berokken is nie. Hy verklaar:

“Dit sal uiters onbillik wees om te aanvaar dat jy alles teenoor jou mededinger kan doen, behalwe om hom in sy 'person or property' te benadeel. Weer eens is dit 'n vraag na onregmatigheid.”

In aansluiting by Boberg en Pauw se standpunt kan mens byvoeg dat McKerron *The Law of Delict* (1971) 8 se mening dat regspolitieke oorwegings nie in konkrete reëls vasgepen kan word nie, vatbaar is vir kritiek. Die waarde van die beslissing onder bespreking lê daarin dat duidelike riglyne vir die toekomstige ontwikkeling op hierdie gebied neergelê is. Hierdie riglyne beliggaam juis die regspolitieke oorwegings wat in gevalle van blote finansiële verlies die toestaan van die Aquiliese aksie sal beïnvloed. Dié riglyne sal natuurlik nog uitgebrei en gepresiseer moet word.

Wanneer gevalle van blote finansiële verlies hulle dus in die vervolg voordoen, moet eerstens op 'n wetenskaplike wyse getoets word of al die elemente van die onregmatige daad teenwoordig is. Verder moet die reeds uitgekristalliseerde riglyne, wat op regspolitieke oorwegings geskoei is, ook in ag geneem word.

TRYNIE DAVEL  
*Universiteit van Suid-Afrika*

## UNIVERSITEIT VAN PRETORIA v TOMMIE MEYER FILMS (EDMS) BPK 1979 1 SA 441 (A)

### *Onregmatige daad – persoonlikheidsregte van 'n regspersoon*

1 Die saak spruit voort uit 'n rolprent, “Die Springbok”, wat deur die respondent gemaak is. Die rolprent beeld die verhaal uit van 'n Kleurling wat hom as Blanke voordoen en aan die Universiteit van Pretoria studeer. Die Kleurling is 'n belowende rugbyspeler

en staan 'n kans om Springbok te word. Toe dit bekend raak dat hy as Kleurling aan 'n blanke universiteit studeer, word allerlei ongeoorloofde pogings aangewend om hom in sy sportloopbaan te benadeel. (Vir 'n volledige uiteensetting van die feite van die saak sien

*Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk 1977 4 SA 376 (T) 379D-380G.*

2 Die Universiteit van Pretoria doen in die Transvaalse Provinsiale Afdeling van die hooggeregshof aansoek om 'n interdik om die vertoning van die rolprent te verbied op grond daarvan dat die vertoning die applikant se reg op privaatheid, sy goeie naam en sy vermoënsregte sou aantast. (Sien *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk 1977 4 SA 376 (T)*.) Die hof a quo wys die aansoek met koste van die hand. Regter Mostert beslis dat 'n regs-persoon nie oor persoonlikheidsregte beskik nie: "Persoonlike leed van die aard wat by aantasting van die *corpus*, *fama* of *dignitas* ondervind word, is uit die aard van die saak nie iets wat by die *universitas* in sy onpersoonlikheid ervaar kan word nie" (384C); en "[d]ie *universitas* beskik . . . nie oor persoonlikheidsregte nie en hieruit volg dit dat die *actio iniuriarum* nie vir 'n *universitas* beskikbaar is nie; net soos hy nie oor 'n *corpus* beskik wat deur die reg beskerm moet word nie, beskik hy ook nie oor 'n *dignitas* (in die menslike sin) nie" (385B). Genoegdoening kan derhalwe nie aan 'n regs-persoon toegeken word nie (385H). Die regter is van mening dat 'n regs-persoon wel oor 'n *fama* beskik. Die *fama* van 'n regs-persoon is egter nie 'n objek van 'n persoonlikheidsreg nie. Dit is 'n faktor wat die werfkrag (of "goodwill") van 'n regs-persoon mede-bepaal (385B). Werfkrag is 'n vermoënsbelang (385H 386E), die aantasting waarvan aanleiding gee tot skadevergoeding en nie genoegdoening nie (385H). Skadevergoeding word met die *actio legis Aquiliae* verhaal en nie met die *actio iniuriarum* nie (385H). Na oorweging van die feite kom regter Mostert tot die gevolgtrekking dat die applikant se optrede nie onregmatig is nie en derhalwe nie inbreuk maak op 'n reg van die applikant nie. (Die beslissing van die hof a quo is bespreek deur Van der Walt 1977 *TSAR* 265-269; Pauw 1978 *SALJ* 155-159; Basson 1978 (1) *Codicillus* 26-29 en Potgieter 1978 *THRHR* 327-333.)

3 In appèl word aansoek gedoen om 'n permanente interdik teen die vertoning van die rolprent op grond daarvan dat die vertoning die onregmatige daad iniuria of, as alternatief, vermoënskade of, as verdere alternatief, laster sou daarstel (452H-453A).

4 Wat die hoofbetoog betref, naamlik dat die respondent 'n iniuria teenoor die appelland gepleeg het, argumenteer die appelland dat die rolprent die "eer, waardigheid, status en privaatheid van die universiteit" aantast (453B), en verder dat die rolprent 'n onredelike "aantasting van die universiteit se *dignitas*" bevat (453B). Regter Rabie handel eers met die vraag of die universiteit se *dignitas* aangetas is en daarna of inbreuk gemaak is op die universiteit se privaatheid.

Onder *dignitas* verstaan die appelland blykbaar twee dinge. In die eerste plek gaan dit vir hom by die aantasting van die *dignitas* om dit wat die universiteit "voel". Só gesien beteken *dignitas* die eergevoel. In hierdie verband sê regter Rabie: "By die aantasting van *dignitas* in hierdie sin gaan dit egter klaarblyklik om die kwetsing van menslike gevoelens, en regspersone het nie sodanige gevoelens nie" (453H). Dienooreenkomstig beslis die regter dat die appelland nie 'n *dignitas* in die sin van eergevoel het wat geskend kan word nie (454A).

In die tweede plek hou die begrip *dignitas* vir die appelland in die uiterlike waardigheid, status, aansien of agting wat die universiteit in die oë van die publiek geniet (454A-E). Die appelland betoog dat die beslissing in *GA Fichardt Ltd v The Friend Newspapers Ltd* (1916 AD 1 6; sien ook *Goodall v Hoogendoorn Ltd* 1926 AD 11) steun bied vir die stelling dat 'n maatskappy 'n *dignitas* het wat by die aantasting daarvan deur middel van die *actio iniuriarum* beskerm kan word. Regter Rabie oorweeg die twee sake maar beslis dat "nie een van hierdie twee sake . . . gesag [is] vir die stelling dat hierdie hof al beslis het dat 'n regs-persoon 'n *dignitas* het wat aangetas kan word nie." Vir doeleindes



van die appèl aanvaar die regter nie-temin dat die appellant wel 'n dignitas in die sin van "aansien" het, maar beslis na oorweging van die feite dat die appellant se dignitas in casu nie aangetas is nie (455G).

5 Vervolgens oorweeg die regter die appellant se betoog dat die rolprent op die appellant se privaatheid inbreuk maak (455H ev). Die regter beslis dat privaatheid, synde 'n persoonlikheids-goed, uiteraard op natuurlike persone betrekking het en dat die hof nie verwys is na enige gesag wat daarop dui dat ook 'n regs persoon 'n reg op privaatheid het nie (456F-G). Die regter aanvaar nietemin vir doeleindes van die beoordeling van die betoog, sonder om daarvoor te beslis, dat 'n regs persoon soos die appellant wel in gepaste gevalle 'n reg op privaatheid sou kon hê (456H). Na oorweging van die feite kom die hof tot die gevolgtrekking dat die appellant se betoog dat daar 'n skending van die universiteit se privaatheid plaasvind, ongegrond is (457B).

6 Laastens, wat iniuria betref, betoog die appellant dat die blote feit dat die universiteit sonder sy toestemming by die verhaal in die rolprent "betrek" is, 'n iniuria daarstel. Met verwysing na die *Fichardt*-saak word betoog dat dit in hierdie geval nie nodig is om te bewys dat daar onregmatige optrede aan die kant van die dader is nie en dat die blote feit dat die universiteit sonder sy toestemming by die rolprentverhaal betrek word, voldoende is om 'n iniuria teen die universiteit uit te maak. Na oorweging van die *Fichardt*-saak beslis regter Rabie dat die appellant se argument dat daar 'n iniuria sonder onregmatigheid aan die kant van die dader gepleeg kan word, ongegrond is (457H).

7 Voorts word die vraag behandel of 'n regs persoon soos 'n universiteit belaster kan word. As uitgangspunt wys regter Rabie daarop dat daar reeds in die appèlhof beslis is dat 'n handelsmaatskappy 'n fama het wat met sy handelonderneming saamhang en dat dit belaster kan word (die *Fichardt*-saak 6). Hy wys verder daarop dat daar geen

gesag in ons reg is dat 'n regs persoon van 'n ander aard as 'n handelsmaatskappy 'n fama het wat geskend kan word nie (457H-458A). Eerstens argumenteer die appellant dat 'n universiteit 'n handeldrywende maatskappy is en dus belaster kan word (458A-B). Die hof verwerp hierdie argument (458C). Verder betoog die appellant dat ons reg in elk geval behoort toe te laat dat 'n regs persoon soos 'n universiteit ook weens laster kan eis. Die regter vind dit nie nodig om in te gaan op die vraag of daar so 'n uitbreiding van ons reg behoort te geskied nie. Hy aanvaar, sonder om daarvoor te beslis, dat die appellant wel in gepaste omstandighede belaster sou kon word en 'n aksie weens laster sou kon hê (458E-F). Hy oorweeg die feite en kom tot die gevolgtrekking dat die appellant nie belaster is nie (459C-D).

8 Laastens word die vraag ondersoek of die vertoning van die rolprent die appellant op onregmatige wyse vermoënskade sou kon berokken (459D ev). Namens die appellant word beweer dat die rolprent die indruk wek dat die appellant met die rolprentmakers saamgewerk het en sy goedkeuring aan die tema verleen. Hierdie indruk, so lui die betoog, sou die appellant in sy fondsinsamelingspogings kon benadeel met gevolglike vermoënskade. Die hof ondersoek die getuienis en spreek daarna sy twyfel uit of die moontlikheid van skade deur die appellant bewys is. Selfs al sou aanvaar word dat daar 'n gevaar van skade bestaan, bly die vraag volgens die hof steeds of sodanige skadeberokkening onregmatig sou wees. Volgens die appellant is die onregmatigheid van die respondent se optrede geleë in die feit dat "dit strydig is met die gemeenskapsopvatting dat respondent die appellant op so 'n wyse in sy verhaal uitbeeld of aanhaal dat dit vermoënskade aan die appellant veroorsaak" (461A). Sien *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) 597A-B). Die appellant se betoog kom volgens die hof daarop neer dat die onregmatigheid in die blote feit van skadeberokkening geleë is. Die hof verwerp hierdie argument. 'n Han-

deling wat skade veroorsaak, is nie noodwendig onregmatig nie (461C). Die appellans se betoeg met betrekking tot damnum iniuria datum word derhalwe ook deur die hof verwerp. Gevolglik word die appèl teen die hof a quo se weiering om 'n permanente interdik toe te staan, verwerp. Bygevolg kan 'n tydelike interdik ook nie toegestaan word nie. Die appèl word met koste afgewys.

9 Enkele aspekte van die appèlhof-beslissing verdien aandag. Eerstens word die dignitas-begrip soos deur die appellans se advokaat gebruik en deur regter Rabie bespreek, bevraagteken. Dignitas beteken vir die appellans twee dinge: eerstens die eergevoel en tweedens uiterlike waardigheid, agting of aansien. Gemeenregtelik is nie een van hierdie twee betekenis wat aan die dignitas-begrip toegeskryf word, ge-verdiedig nie.

Die beskouing dat die begrip dignitas tot die eergevoel beperk is en dat 'n element van "degradation, insult or contumelia" dienooreenkomstig altyd 'n vereiste vir 'n iniuria pertinens ad dignitatem is, blyk reeds vroeg uit die regspraak (sien bv *R v Umfaan* 1908 TS 62 66; *Walker v Van Wexel* 1940 WLD 66; *Kidson v SA Associated Newspapers Ltd* 1957 3 SA 461 (W); *Mhlongo v Bailey* 1958 1 SA 370 (W)). 'n Moontlike verklaring vir hierdie toedrag van sake is dat daar verkeerdelik aangeneem is dat dignitas "dignity" beteken. Hoe dit ook al sy, hierdie opvatting het tot gevolg gehad dat daar vir elke persoonlikheidskrenking, selfs waar daar 'n ander persoonlikheidsgoed as die eergevoel (soos privaatheid) op die spel was, 'n element van belediging vereis is om 'n iniuria met betrekking tot die dignitas daar te stel (sien bv *R v Holliday* 1927 CPD 395 en die *Kidson*- en *Mhlongo*-saak).

Hierdie gelykskakeling van dignitas en eergevoel is regsteoreties onaanvaarbaar (sien Neethling *Die Reg op Privaatheid* (proefskrif 1976) 299 ev; Joubert 1960 *THRHR* 41) en in stryd met die Romeinse en Romeins-Hollandse reg (sien Joubert 1960 *THRHR* 41-42).

Daar bestaan oorfloedige gesag vir die standpunt dat dignitas wyd opgeneem moet word (Joubert *Die Grondslae van die Persoonlikheidsreg* (1953) 110; De Wet en Swanepoel *Strafreg* (1975) 233-234; Neethling 370 373; De Villiers *The Roman and Roman-Dutch Law of Injuries* (1899) 24) en dat dit inderdaad die hele regtens beskermde persoonlikheid behalwe die corpus en die fama omvat (sien *O'Keeffe v Argus Printing and Publishing Co (Ltd)* 1954 3 SA 244 (K) 247-248; *Gosschalk v Rossouw* 1966 2 SA 476 (K) 490; *Fayd'Herbe v Zammit* 1977 3 SA 711 (D) 718-719. Vgl ook *Moaki v Reckitt & Colman (Africa) Ltd* 1968 3 SA 98 (A) 104). So gesien, kan dignitas beskou word as 'n versamelnaam vir persoonlikheidsgoedere uitgesonderd die corpus en die fama. Hierdie beskouing kan na ons mening nie genoeg onderskryf word nie. Dit bied naamlik die enigste grondslag vir die identifisering, erkenning en afbakening van eiesoortige selfstandige persoonlikheidsregte in die Suid-Afrikaanse reg. Alleen op hierdie wyse kan die uiters noodsaaklike wetenskaplike bewerking en praktiese hanteerbaarmaking van persoonlikheidsregte (uitgesonderd dié op die corpus en die fama), sy positief-regtelike beslag vind. Terselfdertyd dien die dignitas-begrip ook as basis vir die uitbreiding van persoonlikheidsbeskerming.

Vandag word die eergevoel ongetwyfald as 'n selfstandige persoonlikheidsgoed erken en beskerm (sien by *Jackson v NICRO* 1976 3 SA 1 (A) 4 en vgl in die algemeen Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1976) 422 ev). Ook word privaatheid en identiteit as onafhanklike regsgoedere binne die dignitas-begrip geïdentifiseer (sien hieronder par 10 en 11). Insgelyks behoort ook oorweging geskenk te word aan die beskerming van die gevoelslewe (di geestelik-sedelike gevoelens soos die piëteits- en kuisheidsgevoel) as 'n selfstandige persoonlikheidsgoed (sien Potgieter 1978 (1) *Codicillus* 11-16; 1978 *THRHR* 327 329).

Die appellans se gebruik van dignitas

in die sin van uiterlike waardigheid, status, agting of aansien is ook vatbaar vir kritiek. Dit is moeilik om in te sien hoedat dignitas in die sin van "aansien" onderskei moet word van die fama of goeie naam. Aangesien die fama reeds selfstandig beskerm word, kan die feit dat hierdie regsgoed nou ook onder die dignitas tuisgebring word, slegs verwarring in die hand werk.

10 Soos gesê, word privaetheid reeds as 'n selfstandige persoonlikheidsgoed in die Suid-Afrikaanse reg erken (Neethling 373-380, met verwysing na oa die *O'Keeffe*-saak; *Mr and Mrs "X" v Rhodesia Printing and Publishing Co Ltd* 1974 4 SA 508 (R); *S v A* 1971 2 SA 293 (T)). Die afleiding kan onses insiens uit regter Rabie se uitspraak gemaak word dat ook die appèlhof nou erkenning verleen aan hierdie standpunt. Die regter verwys na skrywers (Van der Merwe en Olivier 424-426; De Wet en Swanepoel 238-239; Neethling 373-375) wat dieselfde mening toegedaan is sonder om met hulle te verskil. Hy vervolg dan: "Privaetheid", synde 'persoonlikheidsgoed', het uiteraard betrekking op natuurlike persone . . ." (456F-G). Sodoende word die hof a quo se standpunt onderskryf waar regter Mostert verklaar: "Die reg op privaetheid is een van die verskyningsvorms van die breër groep persoonlikheidsregte" (383H-384A). Die appèlhof se benadering in hierdie verband is te verwelkom. Die weg is nou gebaan vir 'n wetenskaplike en sistematiese afbakening en beskerming van die reg op privaetheid deur ons howe.

In hierdie verband verklaar regter Rabie dat daar geen gesag in ons reg is dat 'n reg op privaetheid in die geval van regs persone erken word nie (456F-G). Wanneer die regter dan vir doeleindes van die betoog toegee, sonder om daaroor te beslis, dat die appellat wel in sekere omstandighede 'n reg op "privaetheid" sou kon hê, moet hierdie reg na ons mening nie as 'n persoonlikheidsreg beskou word nie. Soos regter Rabie tereg aantoon, het privaetheid as *persoonlikheidsgoed* uiteraard betrekking op natuurlike persone (456F-G). Dit

beteken egter nie dat 'n regs persoon nie oor private feite kan beskik wat hy nie aan die buitewêreld bekend gemaak sal wil hê nie. Dit is egter ondenkbaar dat 'n hof genoegdoening deur middel van die actio iniuriarum sal toestaan indien die "privaetheid" van 'n regs persoon geskend is. Die doel van die actio iniuriarum is immers om genoegdoening (solatium) te verskaf ter salwing van die gekwetste persoonlikheid (vgl Van der Merwe en Olivier 225). Regs persone soos maatskappye, ondernemings en universiteite het geen persoonlikheidsregte nie aangesien die liggaamlike of geestelike lyding wat 'n krenking van die fama, corpus of dignitas teweegbring, nie deur hulle ondervind kan word nie (sien die hof a quo se uitspraak 384B-C). Nogtans behoort die belang in feite van 'n vroulike en private aard aangaande 'n regs persoon regtens beskerming te geniet. Die gepaste remedies is dan òf die interdik òf die Aquiliese aksie vir die verhaal van skadevergoeding.

11 Dit is te verwelkom dat die appèlhof kennis geneem het van die reg op identiteit en die betoog dat dié reg as persoonlikheidsreg erken behoort te word (sien Neethling 295, met verwysing na die *O'Keeffe*- en *Kidson*-saak). In die hof a quo het regter Mostert inderdaad die reg op identiteit as 'n afsonderlike persoonlikheidsreg geïdentifiseer (386G).

Identiteit moet duidelik van privaetheid onderskei word. Onder identiteit moet verstaan word fasette van 'n persoon se persoonlikheid wat hom as 'n *bepaalde persoon* identifiseer; wat dus kenmerkend van of eie aan hom is, en hom sodoende van andere *onderskei*, dws sy lewensgeskiedenis, sy karakter, sy stem, sy handskrif, sy gestaltebeeld, sy naam, ensovoorts. 'n Persoon het 'n besliste belang daarin dat die *eieaard* van sy wese en handelinge deur buitestaanders gerespekteer moet word (Neethling 295. Sien 456E-F van die onderhawige saak en 386G-387A van die hof a quo se beslissing). Privaetheid, aan die ander kant, kan omskryf word as 'n individuele lewenstoestand van

afsondering van openbaarheid. Hierdie lewenstoestand omsluit al daardie persoonlike feite wat die belanghebbende self bestem om van kennismaking deur buitestaanders uitgesluit te wees en ten opsigte waarvan hy 'n privaathoudingswil het (Neethling 287. Sien ook 384H van die hof a quo se beslissing). Identiteit word geskend indien aanduidings (indicia) daarvan sonder magtiging gebruik word op 'n wyse wat die ware beeld van die reghebbende geweld aandoen. Anders as wat by identiteitskending die geval is, word privaetheid nie geskend deur *onware of valse* aanwending van indicia van identiteit nie, maar deur 'n kennismaking met *ware* private feite aangaande die reghebbende in stryd met sy bestemming en wil (Neethling 296. Sien ook Neethling 295 ev; 456E-F van regter Rabie se beslissing en 386F-387A van die hof a quo se beslissing).

Soos privaetheid is identiteit ook 'n persoonlikheidsgoed en eie aan 'n natuurlike persoon. 'n Regspersoon het 'n soortgelyke belang in sy eieaard, dit wil sê dit wat hom van ander regspersone onderskei. Regter Mostert stel dit so in die hof a quo: "By 'n *universitas* is dit die onderskeidingstekens wat vir die individualisering van die onderneming van die *universitas* verantwoordelik is, en, volgens Van Heerden, is onderskeidingstekens objek van 'n immaterieelgoederereg" (386G). Sien Van Heerden *Grondslae van die Mededingingsreg* (1961) 145 ev). Volgens Van Heerden bestaan die onderskeidingstekens van 'n regspersoon uit dié tekens wat die ware van die onderneming individualiseer (soos handelsmerke), en die onderskeidingstekens wat die regspersoon as geheel individualiseer (soos die firmanaam) (145). Soos in die geval van privaetheid behoort genoegdoening deur middel van die actio iniuriarum nie aan 'n regspersoon toegestaan te word indien daar op sy onderskeidingstekens inbreuk gemaak is nie. Die aangewese remedies is ook hier die interdik en, in gevalle waar die regspersoon vermoenskade ly weens inbreukmaking op sy onderskeidingstekens, die actio legis Aquiliae.

12 Ongelukkig het die feite van die onderhawige saak dit vir die appèlhof onnodig gemaak om 'n mening uit te spreek oor die korrektheid al dan nie van die *Fichardt*-saak. Daarin het hoofregter Innes in 1916 beslis dat 'n handeldrywende maatskappy met die actio iniuriarum kan ageer om skadevergoeding te verhaal in 'n geval waar onware bewerings aangaande die regspersoon bewys is. In die lig van sy bevinding op die feite van die saak, naamlik dat die appellant nie belaster is nie, vind regter Rabie dit nie nodig om op die vraag in te gaan of 'n reg op die goeie naam, indien dit wel vir 'n handeldrywende maatskappy beskikbaar is, uitgebrei moet word sodat ook nie-handeldrywende maatskappye daarop aanspraak kan maak nie.

Die *Fichardt*-saak is al dikwels gekritiseer (sien oa *Bredell v Pienaar* 1924 CPD 203 213; *Van Zyl v African Theatres Ltd* 1931 CPD 61 64 65; die hof a quo in die *Tommie Meyer*-saak 385G-H; Van Heerden 255 ev; Strauss Strydom en Van der Walt *Die Suid-Afrikaanse Persreg* (1976) 200 en Van der Walt 1977 *TSAR* 265 267). Na ons mening tereg. Waar 'n regspersoon "belaster" word, gaan dit nie om die aantasting van 'n persoonlikheidsreg nie. In hoofsaak word die regspersoon se *vermoënsbelange*, en meer in besonder sy reg op werfkrag, aangetas wanneer sy "goeie naam" geweld aangedoen word (sien die hof a quo se beslissing 385A-C). Ons vereenselwig ons met eerbied met regter Mostert se verklaring van die *Fichardt*-saak, te wete dat die afleiding uit hoofregter Innes se uitspraak gemaak kan word dat die hof besorg was dat die skending van die eiser se status en reputasie as handelaar (sy "fama") tot gevolg sou hê dat die eiser vermoënsverlies ly. Dat dit by die aantasting van 'n regspersoon se "goeie naam" primêr gaan om die moontlike veroorsaking van vermoënsverlies, blyk verder uit die feit dat so 'n reg tot nog toe net aan handeldrywende, dit wil sê winsmakende, regspersone toegesê is en nie aan nie-handeldrywende regspersone nie.

Die goeie naam, status en reputasie van 'n regs persoon mede-bepaal sy werfkrag (sien die hof a quo se beslissing 385A-B). Die reg op werfkrag is nie 'n persoonlikheidsreg nie. Dit is 'n immaterieelgoederereg (Van Heerden 133 ev), dit wil sê 'n vermoënsreg. Die toepaslike remedie vir die verhaal van vermoënskade wat ontstaan weens die aantasting van 'n regs persoon se reg op sy goeie naam of reputasie is die actio legis Aquiliae (sien die hof a quo se beslissing 385D-F). Regter Mostert wys tereg daarop dat werfkrag nie tot 'n handelonderneming beperk is nie (386B ev). 'n Onderneming soos 'n sportklub wat nie op winsbejag ingestel is nie, kan ook oor werfkrag beskik. Dieselfde geld vir 'n universiteit. Volgens regter Mostert behels 'n universiteit se werfkrag "die krag wat studente en donateurs tot ondersteuning van 'n universiteit stem en is 'n bate met 'n ekonomiese waarde en geregtig op erkenning as regsobjek met regsbeskerming net soos in die geval van die universiteit se stofflike regs goed" (386E).

Soos gestel, mede-bepaal 'n regs persoon se goeie naam hoofsaaklik sy werfkrag. Tog is dit denkbaar dat 'n regs persoon se goeie naam aangetas kan word sonder dat hy noodwendig vermoënskade ly (sien Pauw 1978 *SALJ* 155 158). Na ons mening behoort die reg so 'n nie-vermoënsbelang in 'n regs persoon se goeie naam te erken en te beskerm. Die regs persoon se nie-vermoënsbelang in sy goeie naam moet egter nie as 'n *persoonlikheidsreg* gesien word vir die skending waarvan deur middel van die actio iniuriarum genoegdoening geëis kan word ter salwing van die regs persoon se "gekwetste persoonlikheid" nie. Soos vroeër met betrekking

tot die beskerming van die regs persoon se "privaatheid" en onderskeidingste-kens verklaar is, is die aangewese remedies weer eens die interdik en die actio legis Aquiliae.

13 Dit is jammer dat die feite van die saak en die wyse waarop die appellant se advokaat sy betoogpunte geformuleer het dit vir die appèlhof onnodig gemaak het om in meer besonderhede in te gaan op die regs beginsels wat hier toepassing behoort te vind. Uiteindelik is die appèlhofbeslissing net direkte gesag vir die stelling dat 'n regs persoon nie 'n liggaam (corpus) (454G), en 'n dignitas in die sin van eergevoel het nie, en vatbaar vir die afleiding dat die regte op privaathed en identiteit as selfstandige persoonlikheidsrege erken word.

Die appèlhof het hom nie uitgespreek oor die vraag of 'n regs persoon beskik oor persoonlikheidsrege op die goeie naam en die privaathed nie. Daarbenewens wil dit voorkom asof 'n regs persoon steeds (in die lig van die *Fichardt*-saak) met die actio iniuriarum sal kan aageer ten einde vermoënsverlies te verhaal. Die regsonsekerheid wat voor die appèlhof se beslissing bestaan het, duur dus voort. Intussen sal die ander howe maar hierdie "hinderlike toestand", soos regter Mostert dit in die hof a quo beskryf (385H), moet bly verduur.

Die hoop word uitgespreek dat die geleentheid hom spoedig vir die appèlhof sal voordoem om hierdie hele aanleentheid prinsipiël te ondersoek en op te klaar.

J NEETHLING  
JM POTGIETER  
*Universiteit van Suid-Afrika*

### COETZEE v MALAN 1979 1 SA 377 (O)

*Reg om besproeiingsgronde te gebruik - beding in koopkontrak - ongeregistreerde persoonlike serwituit of kontraktuele vorderingsreg wat by dood van reghebbende op sy boedel oorgaan*

Volgens die feite van hierdie saak het die applikant se eggenoot voor sy dood, en wel op 27 Mei 1975, 'n plaas aan die

respondent verkoop vir die bedrag van R65 000. Ingevolge die koopkontrak was R5 000 van die koopsom betaalbaar

voor of op 1 Augustus 1975, op welke datum besit van die plaas aan die respondent gegee sou word. Die balans van R60 000 sou betaalbaar wees voor of op 31 Julie 1985. Om 'n rede wat nie uit die verslag blyk nie, is die plaas nie aan die respondent getranspoteer nie. Ingevolge die koopkontrak sou die verkoper onder andere geregtig wees om die besproeiingsgrond te gebruik vir 'n tydperk van vyf jaar, beginnende op 1 Augustus 1975. Op 26 Maart 1976 het die verkoper 'n huurkontrak met die respondent (koper) aangegaan waarvolgens hy die genoemde besproeiingsgrond aan die respondent terugverhuur het. Die verkoper sterf op 13 April 1976 en die applikant is die enigste erfgenaam van al sy bates. Toe die respondent in gebreke bly met die betaling van huurgeld ten opsigte van die besproeiingsgrond, kanselleer die applikant die huurkontrak en doen onder andere aansoek om 'n verklarende bevel dat die huurkontrak gekanselleer is en dat sy geregtig is om stappe te doen om die respondent sy gebruik van die besproeiingsgrond te ontnem. Die respondent se verweer is egter dat al die regte wat in die koopkontrak deur die verkoper voorbehou is, asook die latere huurkontrak, by laasgenoemde se dood verval het (378H). Dus kon geeneen van daardie regte op die applikant oorgegaan het nie.

In hierdie verband moet daarop gelet word dat die regte uit die huurkontrak na die dood van die verkoper kon voortbestaan het en op die applikant as die enigste erfgenaam kon oorgegaan het slegs indien die reg om die besproeiingsgrond te gebruik, soos voorbehou in die koopkontrak, nie deur die verkoper se dood beëindig is nie.

Regter De Wet beslis dat die applikant wel geregtig is op die regshulp soos aangevra. Die rede vir sy beslissing is dat die reg om die besproeiingsgrond te gebruik, soos voorbehou in die koopkontrak, na sy mening geen persoonlike servituut (wat uiteraard weens die hoogs persoonlike aard daarvan by die dood van die reghebbende sou verval het) daargestel het nie (380B en F),

maar slegs 'n kontraktuele vorderingsreg wat op sy boedel oorgegaan het en dus aan die applikant as erfgenaam toekom (380B-C). Dus het ook die regte uit die huurkontrak op die applikant oorgegaan en kon sy ingevolge 'n terugtreddingsreg, soos vervat in die huurkontrak, uit gemelde huurkontrak terugtree en weer van die besproeiingsgrond besit neem.

Die regter baseer sy gevolgtrekking, naamlik dat geen persoonlike servituut tot stand gekom het nie, op twee gronde. Eerstens beskou hy dit as 'n absolute voorvereiste vir die totstandkoming van 'n persoonlike servituut dat die persoon wat die servituut verleen op die oomblik van verlening eienaar van die grond moet wees (380A) en in die onderhawige geval was die respondent nog nie die eienaar van die betrokke plaas nie (380A-B). Tweedens was dit in elk geval nie die partye se bedoeling om 'n persoonlike servituut tot stand te laat kom nie (380B ev).

Hoewel die regter op die feite waarskynlik heeltemal tereg tot die gevolgtrekking gekom het dat dit nie die bedoeling van die partye was om 'n persoonlike servituut te skep nie, is dit tog wenslik om enkele aspekte van die uitspraak kortliks in oënskou te neem ten einde te poog om enige onduidelikheid wat moontlik na aanleiding daarvan mag ontstaan het, uit die weg te ruim.

Op 379E-F verklaar die regter: "Die kernvraag wat in die onderhawige aansoek oorweeg moet word is *of die koopkontrak tussen gemelde Dirk Coetzee (die verkoper) en respondent slegs 'n persoonlike servituut ten gunste van gemelde Coetzee geskep het* en of dit slegs 'n kontraktuele regsverhouding tot stand gebring het wat soos alle ander kontraktuele vorderingsregte oorgaan op die boedel van die skuldeiser en dat dit derhalwe aan applikante as erfgenaam toekom" (my kursivering). Op 380A kom die regter dan tot sy reeds genoemde gevolgtrekking dat geen persoonlike servituut tot stand kon gekom het nie omdat die *respondent nie die eienaar van die plaas was*

by die verlening (in die koopkontrak) van die reg om die besproeiingsgrond te gebruik nie. Dit kom vreemd voor dat geen melding gemaak word van die vereistes vir die totstandkoming van 'n serwituut (in sy gewone betekenis, naamlik 'n beperkte saaklike reg met bepaalde eenskappe) oor onroerende goed nie, behalwe waar dit terloops ter sprake kom in 'n aanhaling uit *Willoughby's Consolidated Co Ltd v Cophthall Stores Ltd* 1918 AD 1 op 16 met betrekking tot die vraag op wie die bewyslas rus om die hof te oortuig dat 'n persoonlike serwituut geskep is (379F-H). Hoewel dit nie uitdruklik so gestel word nie, is die uitspraak in die saak onder bespreking moontlik vatbaar vir die interpretasie dat 'n persoonlike serwituut deur die sluiting van die koopkontrak tot stand sou kon gekom het indien die respondent wel by die verlening van die betrokke regte eienaar van die plaas was en dit die partye se bedoeling was om 'n persoonlike serwituut te skep. In die onderhawige geval het egter geen registrasie plaasgevind nie. Die verbinteniskeppende ooreenkoms kan slegs die causa wees vir die verkryging van die serwituut deur registrasie (by onroerende goed) en kan op sigself geen serwituut skep nie. (Vgl *Willoughby's Cons Co Ltd v Cophthall Stores Ltd* supra 16; *Malan v Nabygelegen Estates* 1946 AD 562 op 575; *Van Vuren v Registrar of Deeds* 1907 TS 289 op 295-296; *CG Hall Maasdorp's Institutes of South African Law: The Law of Property* (10e uitg 1976) 151; *JTR Gibson Wille's Principles of South African Law* (7e uitg 1977) 226-227; *Lee An Introduction to Roman-Dutch Law* (5e uitg) 169-170; *Hahlo en Kahn The Union of South Africa: The Development of its Laws and Constitution* (1960) 610.)

Ook die eerste gedeelte van die aanhaling uit die *Willoughby's Cons Co*-saak is ietwat ongelukkig bewoord. Hoofregter Innes het naamlik daar verklaar: "Now a servitude, like any other real right, may be acquired by agreement" (my kursivering). Soos reeds aan die hand gedoen, kan 'n serwituut nie deur ooreenkoms op sigself verkry word nie.

Die hoofregter het dit egter wel onmiddellik daarna duidelik gestel dat uit die serwituutskoppende ooreenkoms slegs 'n persoonlike reg ontstaan "to claim performance of the contract by delivery of the servitude, which must be effected *coram lege loci*" (16).

Ons sal egter waarskynlik die regter 'n onreg aandoen as ons sou aanneem dat hy nie van die vereistes vir die totstandkoming van 'n serwituut in sy gewone betekenis (supra) bewus was nie. Hy moet dus die uitdrukking "persoonlike serwituut" in 'n ander betekenis gebruik het. Verskeie moontlikhede doen hul hier voor, naamlik: (1) die persoonlike reg ter verkryging van 'n persoonlike serwituut deur registrasie; (2) die sogenaamde ongeregistreerde serwituut wat slegs persoonlike regte en verpligtinge laat ontstaan, en (3) 'n "persoonlike serwituut" wat deur quasi-traditio tot stand gekom het. Die vraag welke betekenis die hof hier in gedagte gehad het, is veral van belang weens die reeds genoemde stelling wat die regter op 380A-B maak, naamlik dat 'n "persoonlike serwituut" nie tot stand kon gekom het nie omdat die respondent nie die eienaar van die plaas was by die verlening van die betrokke regte nie. Die verskillende moontlikhede word vervolgens kortliks in oënskou geneem.

(1) 'n Persoonlike reg ter verkryging van 'n persoonlike serwituut deur registrasie: Dit is onwaarskynlik dat die hof die persoonlike reg ter verkryging van 'n serwituut deur registrasie hier in gedagte kon gehad het. Daar is immers niks wat die koper van grond verhoed om kontraktueel te onderneem om *wanneer hy eienaar word* 'n persoonlike serwituut deur registrasie te verleen nie. Dit is dan ook myns insiens twyfelagtig of die hof die bedoeling kon gehad het om te kenne te gee dat 'n koper van grond nie in die koopkontrak kan onderneem om 'n serwituut deur registrasie te verleen wanneer hy eienaar word nie, en vir sover as wat die kopstuk van hierdie saak moontlik vir sodanige interpretasie vatbaar is, meen ek dat dit nie die posisie korrek weergee nie.

(2) 'n Sogenaamde ongeregisteerde persoonlike serwituut: By ons skrywers en ook in ons regspraak bestaan 'n groot mate van eenstemmigheid daaroor dat 'n ongeregisteerde ooreenkoms waarby die skepping van 'n serwituut in die vooruitsig gestel word, wel inter partes bindend is. Die eienaar van die grond wat uiteindelik by registrasie met die serwituut beswaar sal wees, moet dus reeds voor registrasie die ooreenkoms eerbiedig (vgl *Willoughby's Cons Co Ltd v Cophall Stores Ltd* supra 16; *Van den Berg v Van Tonder* 1963 3 SA 558 (T) op 563D; Maasdorp 151; Wille 227; Lee 170). Uit hierdie ooreenkoms kan egter slegs persoonlike regte en verpligtinge ontstaan, soos ook blyk uit die voorgaande gewysdes, en om so 'n *persoonlike reg* 'n serwituut te noem, kan slegs tot verwarring aanleiding gee wat betref die onderskeid tussen saaklike en persoonlike regte. (Vgl *Malan v Nabygelegen Estates* 1946 AD 562 op 575 waar hoofregter Watermeyer met betrekking tot 'n grondserwituut verklaar het: "[A]n agreement to grant a praedial servitude may give one party to it personal rights against the other . . . yet it does not create a praedial servitude in the proper sense of that word until the agreement is registered . . ." Sien ook NJ van der Merwe se bespreking van *Van den Berg v Van Tonder* supra 1963 *THRHR* 288 op 289 vn 5 en verder, omtrent die aard van 'n serwituut, CP Joubert "Die Vestiging van Serwitute op Informele Wyse deur Quasi-Traditio" 1959 *THRHR* 157 en 253 op 159 asook Lee 164.) Ons kan waarskynlik hoogstens sê, soos in *Texas Co (SA) Ltd v Cape Town Municipality* 1926 AD 467 op 474, dat in die geval waar 'n serwituut-skeppende ooreenkoms nie geregistreer is nie, die posisie inter partes beskou moet word "as if the grant of a servituted right were complete." Indien die hof in die saak onder bespreking egter wel hierdie gebondenheid inter partes in gedagte gehad het, is die implikasie van die uitspraak dat indien die koper van 'n stuk grond in die koopkontrak onderneem om 'n serwituut aan die verkoper te verleen, daar geen verpligting op

hom rus om intussen, tot tyd en wyl registrasie daarvan plaasvind, hierdie sogenaamde ongeregisteerde serwituut te eerbiedig nie, en wel omdat hy nie tydens die verlening daarvan eienaar van die grond was nie (380A). Waar daar 'n tydsverloop sal wees tussen besitsafgifte, aan die een kant, en eiendomsoordrag deur registrasie, aan die ander kant, behoort die partye, volgens hierdie interpretasie, dus in die koopkontrak afsonderlik voorsiening te maak vir hierdie tussenperiode. Daar sal veral teen gewaak moet word om nie hierdie reëling na maar net nog 'n poging tot die skepping van 'n serwituut te laat lyk nie.

(3) 'n Persoonlike serwituut wat deur quasi-traditio tot stand gekom het: 'n Laaste moontlikheid is dat die hof van mening kon gewees het dat hier inter partes 'n persoonlike serwituut deur quasi-traditio, in die betekenis waarin hierdie uitdrukking deur CP Joubert supra gebruik word, tot stand kon gekom het, met ander woorde deur die verbinteniskeppende ooreenkoms gevolg deur daadwerklike uitoefening van die voorgestelde serwituut. Dit spreek vanself dat dit vir die verlening van 'n serwituut deur quasi-traditio (indien argumentshalwe aanvaar sou word dat dit in ons hedendaagse Suid-Afrikaanse reg nog moontlik is) 'n vereiste is dat die persoon wat die serwituut verleen wel eienaar van die betrokke onroerende goed moet wees (vgl nou weer 380A), soos ook by die totstandkoming van 'n serwituut deur registrasie. Ingevolge hierdie benadering kom daar immers inter partes 'n *serwituut* tot stand waarvan slegs die werking teenoor derdes ontbreek.

Op 380B ev ondersoek die regter die bedoeling van die partye en kom tot die gevolgtrekking dat dit in elk geval nie die partye se bedoeling was om 'n persoonlike serwituut te skep nie. In hierdie verband verklaar die regter: "Indien die bedoeling was om 'n persoonlike serwituut te verleen, kom die verhuring van gemelde regte deur die begunstigde strydig voor met die aard van die genoemde persoonlike regte" (380D). In



die eerste plek ontstaan die vraag wat die regter hier met "persoonlike regte" bedoel. Word die benaming "persoonlike regte" hier in sy gewone betekenis gebruik, dus in teenstelling met saaklike regte, moet dit waarskynlik as 'n aanduiding beskou word dat die regter ook in sy voorafgaande bespreking van persoonlike serwitute slegs die persoonlike regte wat uit 'n serwituutskeppende ooreenkoms ontstaan en wat inter partes werking het tot tyd en wyl registrasie plaasvind, in gedagte gehad het. Dit is egter ook moontlik dat die regter slegs die hoogs persoonlike aard van 'n persoonlike serwituut wou beklemtoon. Sodanige gebruik van die benaming "persoonlike regte" kan egter slegs onsekerheid skep omtrent die aard van 'n persoonlike serwituut.

In die tweede plek ontstaan die vraag in welke opsig die "verhuring van gemelde regte" strydig is met die aard van 'n persoonlike serwituut. Hier moet onderskei word tussen die persoonlike serwitute van usufructus en usus. In die

geval van usufructus kan verhuring wel geldiglik plaasvind (Voet *Commentarius ad Pandectas* 19 2 4; 7 8 4; *Glatthaar v Hussan* 1912 TPD 322 op 329; Maasdorp 190; Wille 234). Wanneer die vruggebruik verval, word die huur egter ook beëindig (Voet 19 2 16). Hierteenoor is die usuarius nie bevoeg om die beswaarde saak te verhuur nie (Voet 7 8 4; De Groot *Inleydinge tot de Hollandsche Rechtsgeleertbeyt* 2 44 6; Maasdorp 198; Wille 236). Of die terugverhuring van die besproeiingsgrond strydig is met die aard van 'n persoonlike serwituut, hang dus daarvan af of ons 'n persoonlike serwituut van usus of usufructus in gedagte het. Dit wil voorkom asof die vraag in die saak onder bespreking was of 'n persoonlike serwituut van usufructus ten opsigte van die besproeiingsgrond tot stand gekom het (379D en F, maar vgl 379A) en dus ontbreek die element van strydigheid in hierdie geval.

J SCHOEMAN  
*Universiteit van Suid-Afrika*

*Some may be curious as to why so many flaws have been revealed in some of our laws. Is it that we are suffering from a surfeit of laws and the remedy may be found in a few well-planned, well-drafted laws – minus the flaws?*

*Edward F Iwi* Laws and Flaws

# Boeke

## SUID-AFRIKAANSE HANDELSREG

deur SR VAN JAARVELD (Redakteur) en WN COETZEE, PA DU PLESSIS, PW DU PLESSIS, JJ GOODEY, DJ JOUBERT, JM OTTO, JN PIEK, TJ SCOTT (Medewerkers)

*Lex Patria, Johannesburg 1978; xix en 1050 bl, prys R32,00*

Dit is 'n nuwe boek deur prof Van Jaarsveld (redakteur) en sy agt medewerkers. Agt van die outeurs is professore of senior lektore aan die Universiteit van Pretoria. Die boek beslaan 15 dele, onderverdeel in 72 hoofstukke en die volgende gebiede van die reg word behandel:

Algemene Inleiding; Algemene Kontrakereg; Koopreg; Huurreg; Huurkoopreg; Die Dienskontrak; Verteenwoordigingsreg; Versekeringsreg; Sekerheidstelling; Werkaannemingsreg; Arbitrasie- en Vervoerreg; Wisselreg; Vennootskapsreg; Maatskappyereg; Insolvensiereg; Belastingreg.

Alhoewel dit vanuit 'n publikasie-oogpunt miskien nie moontlik is nie word alle regsgebiede wat tradisioneel onder die handelsreg tuishoort nie behandel nie, soos arbeidsreg, immaterieelgoederereg en mededingingsreg.

Die oogmerk van die redakteur en sy lang lys van medewerkers is om, soos dit in die voorwoord gestel word, "'n sistematiese uiteensetting van die basiese beginsels van die Suid-Afrikaanse Handelsreg . . . te verskaf." By die lees van die boek vind mens dat dié oogmerk verwesenlik is. In die teks word die basiese beginsels gegee terwyl die

voetnote kritiese opmerkings bevat asook vonnisbewysplase en verwysings na tydskrifartikels en ander handboeke waarin die beginsels verder bespreek word. Verder bevat die voetnote ook nuttige verwysings na gepubliseerde en ongepubliseerde M- en D-verhandelinge wat oor 'n besondere onderwerp handel. Die volgende proefskrifte kon egter in voetnote by die behandeling van die onderskeie onderwerpe ingevoeg gewees het: AH van Wyk *The Power to Dispose of the Universal Matrimonial Community of Property* (Leiden 1976) op bl 59; JG Delpont 'n *Kritiese Beskouing van Voorinlywingskontrakte in die Maatskappyereg* (UPE 1975) op bl 663; MS Blackman *The Fiduciary Doctrine and its Application to Directors of Companies* (UK 1972) op bl 766. 'n Baie handige verwysingsbron is die geselekteerde bibliografie wat aan die einde van elke afdeling gegee word.

By die beoordeling van die boek is dit uiteraard onmoontlik om elke hoofstuk in besonderhede te ontlee. In die algemeen gesproke is die grootste bate van die boek dat die outeurs oor die algemeen de lege lata te werk gaan en nie probeer aantoon hoe die reg behoort te wees nie. Vir die praktisyn wat dikwels 'n vinnige naslaanbron aangaande basiese beginsels benodig, ver-

skaf dit baie inligting. Elke onderwerp word sistematies aangepak, die taalgebruik is keurig en daar word dikwels praktiese voorbeelde gegee om 'n besondere beginsel toe te lig. As eerste verwysing of primêre kennisbron kan die boek sterk aanbeveel word.

As gevolg van die wye veld wat gedek moet word, is die behandeling van die verskillende onderwerpe dikwels kursories deurdat slegs basiese beginsels uiteengesit word en akademiese argumente vermy word. Lesers wat in 'n besondere onderafdeling belangstel, sal dikwels elders moet gaan soek: As voorbeeld van hoe bondig die outeurs te werk gaan, kan na die volgende verwys word: die aksies van die Aediles Curules word in 'n paar bladsye afgehandel (bl 203 ev). Na belangrike sake soos *Hackett v G & G Radio & Refrigerator Corporation* 1949 3 SA 664 (A) en *Phame v Paizes* 1973 3 SA 417 (A) word slegs in die voetnote verwys. Die uitwerking van laasgenoemde saak behoort minstens bespreek te word. Die partye by 'n mede-skuldeverhouding word in twee bladsye behandel (bl 88 ev) sonder om enige gemeenregtelike gesag aan te haal. By die bondige behandeling van die reël "Huur gaat voor koop" (bl 248-250) word die ter sake wetsbepalings glad nie teen hulle gemeenregtelike agtergrond ontleed nie. Ook die posisie van die opvolger titulo lucrativo en titulo oneroso word nie bespreek nie. Die leerstuk van "Undisclosed Principal" word heel neutraal in 3 paragrawe behandel (bl 337-338). Ook word geen standpunt ingeneem oor die regte van die koper waar die huurkoopverkoper insolvent raak nie (bl 849).

Uit die enkele voorbeelde hierbo aangehaal, is duidelik dat 'n oningeligte hom 'n verkeerde voorstelling kan maak van die grys gebiede van ons reg deur bloot op hierdie werk staat te maak sonder om meer gedetailleerde uiteensettings te raadpleeg. Omdat slegs basiese beginsels uiteengesit word en standpunte nie juis ingeneem word nie, bevat die boek weinig nuuts. (Hierdie algemene stelling word egter later by

die bespreking van spesifieke afdelings gekwalifiseer.) Daar word ter ooreweging gegee dat 'n volgende uitgawe moontlik die algemene inleiding kan weglaat sodat dié ruimte gebruik kan word om probleemgebiede in groter diepte te ontleed. Bowendien, die algemene inleiding soos dit nou daar uitsien, sal slegs vir handelstudente van nut wees.

In sommige gevalle word standpunte wel ingeneem. Byvoorbeeld: Die stipulatio alteri (bl 84 ev); terugtrede by kontrakbreuk (bl 101); opskortende voorwaardes (bl 91-92); huurkoopkontrakte en opskortende voorwaardes (bl 257-258). In dié verband kan ook met vrug kennis geneem word van DSP Cronjé se proefskrif "Eiendomsvoorbehoud by 'n Huurkoopkontrak van Roerende Sake" (RAU 1977). Ultra vires-handelinge (bl 681) word goed behandel. Op die volgende bladsy word verklaar: "Betreffende bestaande maatskappye, word hul hoofbesigheid by inwerkingtrede van die huidige Wet hul hoofdoelstelling geag, ongeag die inhoud van die akte van oprigting." Volledigheidshalwe moet egter daarop gewys word dat die uitleg van a 32(2) en (3) nie bo twyfel is nie, veral met betrekking tot die vraag of so 'n maatskappy se vermoë permanent bepaal word deur sy toegerekende hoofdoelstelling by die inwerkingtrede van die wet (vgl 1977 *SA Company Law Journal* B-24 ev; Naudé 1974 *SALJ* 320 ev).

By die beoordeling van die besondere hoofstukke van die boek word, soos seker verwag kan word, gevind dat die standaard wissel as gevolg van die feit dat verskillende medewerkers daarby betrokke was. Daar word selfs bevind dat die standaard van dieselfde skrywer soms wissel, afhangende van die onderwerp wat behandel word. Enige kritiese opmerkings moet egter getemper word deur die feit dat in die voorwoord uitdruklik vermeld word dat daar vooraf limiete op die omvang van die verskillende medewerkers se bydraes geplaas is en dat 'n seleksie ten aansien van aanvullende verwysingsmateriaal toegepas is.

Die hoofstuk oor werkaannemingsreg is 'n welkome toevoeging tot hierdie boek. Dit behandel 'n gebied waaroor daar dikwels onduidelikhede bestaan, veral wat betref die onderskeid tussen die werkaannemingskontrak en die lasgewingskontrak. (Vgl ook die proefskrif van A Beyleveld (UP 1978) wat verskyn het na die boek). Ander afdelings wat besonder vermeld kan word ten aansien van die uiteensetting van basiese beginsels is dié wat handel oor algemene kontraktereg; verteenwoordigingsreg, veral die verskil tussen hierdie regsfiguur en verwante regsfigure, asook die verpligtinge van die prinsipaal; sekerheidstelling (wat heel volledig behandel word, 'n hoë standaard handhaaf en 'n interessante bydrae oor *cessio in securitatem debiti* bevat.)

Die afdeling oor die wisselreg kan vir studente sterk aanbeveel word. Die beginsels ten opsigte van 'n moeilike gebied van ons reg word nie *ex cathedra* aangebied nie, maar op 'n wyse wat die student kan verstaan. Talle praktiese voorbeelde word aangehaal en die diagrammatiese sketse van verhandelbare stukke plus die voorbeelde van besondere kruisings verhoog die waarde hiervan. Stewige bydraes word ook gelewer in die afdelings oor die maatskappyereg en insolvensiereg. Dit word egter betwyfel of die invoeging van 'n afdeling oor belastingreg gewens is. Dit bestaan hoofsaaklik uit 'n weergawe van die vernaamste wetsbepalings. Gesien die publiekregtelike wyse van behandeling daarvan en die feit dat die Inkomstebelastingwet jaarliks gewysig word (op die datum van skrywe hiervan is die wet alreeds gewysig en is sekere dele reeds verouderd), moet die wenslikheid van insluiting van so 'n afdeling ernstig bevraagteken word in 'n boek wat uiteraard nie elke jaar hersien kan word of van 'n byhouerdiens voorsien is nie.

Die afdeling oor vennootskapsreg is teleurstellend. Dit is 'n gebied wat ryk is aan gemeenregtelike gesag maar die betrokke hoofstuk bevat geen enkele verwysing daarna nie. Alhoewel die

minister ingevolge a 30(2) van die Maatskappywet 63 van 1971 vennootskappe van persone wat georganiseerde beroepe beoefen, kan magtig om meer as 20 lede te hê, is sodanige vergunning nie aan geneeshere en tandartse (bl 624) verleen nie. "Essentialia" is nie "essentialia" (drie keer bl 625) nie en die enkelvoud daarvan is "essentiale" en nie "essentialium" (bl 625 drie keer vn 23) nie. Dit is 'n woord wat nie in die klassieke tydperk bestaan het nie maar in die Middeleeue ontstaan het. Die woord "naturale" is in die klassieke tyd gebruik, (wel in 'n ander betekenis), maar nie die woord "naturalium" (bl 633) nie. Daar word net terloops verwys na die vraag of die leerstuk van "undisclosed principal" ook in die vennootskapsreg geld (bl 641) waar verklaar word dat Bamford se standpunt (dat dit wel van toepassing is deur die appèlhof (*Eaton & Low v Arcade Properties* 1962 3 SA 255 (A)) bevestig is. Hierdie opvatting kan nie aanvaar word nie, aangesien dit nie *expressis verbis* bevestig is nie. In die hofverslag word slegs gesê dat die appèl op die feite van die hand gewys word. Die beslissing van die hof a quo (1961 4 SA 233 (T)) is die enigste gesag vir so 'n standpunt.

Die afdeling oor die dienskontrak is grootliks geskoei op die lees van Van Jaarsveld en Coetzee *Arbeidsreg* (1977) 8-55. Aanvegbare stellings wat in dié bron gemaak word, is ook woordeliks hier herhaal. So word verklaar (bl 303): "n Werknemer wat deur wanvoorstelling sy werkgewer mislei oor sy vorige ondervinding, asook oor sy algemene bekwaamheid en bedrewenheid om 'n besondere werk te verrig, pleeg kontrakbreuk." In abstracto geoordeel is dit onsuiver. Waar 'n persoon 'n wanvoorstelling pleeg, het die onskuldige party die keuse om die kontrak in stand te hou of te verwerp. Dit beteken egter nie dat sy handeling of nalate op kontrakbreuk neerkom nie. Die remedies vir kontrakbreuk en wanvoorstelling verskil ook hemelsbreed van mekaar. Slegs waar 'n persoon uitdruklik waarborg dat hy oor besondere bedrewenheid beskik of waar dit as 'n

beding van die kontrak beskou kan word, sou sy "wanvoorstelling" op kontrakbreuk neerkom. Wanneer daar geslet word op die beslissings in die betrokke voetnoot en die sin in konteks gelees word, is dit onduidelik of die outeur dit so bedoel het.

By die bespreking van vergoeding betaalbaar by ontslag word verklaar (bl 308) dat twee gevalle van mekaar onderskei moet word. By die behandeling van die tweede geval word gesê: "As die betrokke prestasie nie so swak is dat die werkgewer dit kan verwerp nie, sal die werknemer nie met die exceptio afgeweer kan word nie en sal laasgenoemde geregtig wees om op grond van *verryking*, vergoeding te eis vir die tydperk wat hy wel gewerk het. Die werkgewer daarenteen sal geregtig wees op vergoeding ter aansuiwering van die gebrekkige prestasie. Indien die werkgewer dus self ook skade gely het, sal hy geregtig wees om sy skadevergoeding in verrekening te bring met die bedrag wat op grond van *verryking* aan die werknemer toegeken word" (my kursivering). In voetnoot 62 aan die einde van hierdie sin word dan onder andere verwys na *Spencer v Gostelow* 1920 AD 626. Indien dié sin slegs 'n opsomming van bogenoemde beslissing sou wees dan het ons daarmee vrede. Hierdie beslissing is die ongelukkige nalatenskap van *Hauman v Norije* 1941 AD 293. (Vgl egter die onlangse uitspraak in *BK Tooling (Edms) Bpk v Scope Precision Engineering (Edms) Bpk* 1979 1 SA 391 (A)). Die outeur vertroebel egter die aangeleentheid deur in 'n voetnoot (vn 59), wanneer hy verklaar dat die twee gevalle van mekaar onderskei moet word, dié leser aan te raai om Van Jaarsveld en Coetzee (*Arbeidsreg*) 44-45 te raadpleeg vir 'n vollediger bespreking van die aangeleentheid. Wanneer 'n goeie student, soos van hom verwag word, dié addisionele bron raadpleeg, sal hy die ipsissima verba hierbo aangehaal vind, maar by 'n bespreking van die normale *kontraktuele* reëls van toepassing op die *exceptio non adimpleti contractus*. Die outeurs is klaarblyklik besig om kontraktuele en verrykings-

aanspreeklikheid met mekaar te verwar. "Verryking" is verkeerd en behoort in daardie bron deur "kontrak" vervang te word. Om verwarring te voorkom, kon voetnoot 59 eerder geskrap gewees het. Geen verwysing is beter as 'n verkeerde verwysing. De Wet en Yeast (sic) 147-148 (bl 308 vn 62) is ook nie gesag vir bogenoemde standpunt nie, maar wel vir die teenoorgestelde.

Alhoewel die boek 'n groot mate van eenvormigheid ten aansien van sistematiek en verwysingsmetode handhaaf, word tog gevind dat sommige outeurs in voetnote verwys na die X-beslissing (bl 331), sommige na die X-saak (bl 81) terwyl ander bloot verwys na X (bl 443). Sommige outeurs se verwysings na beslissings is ook onnoukeurig deurdat die aanvangsnummer van die bladsy dikwels foutief is, byvoorbeeld (die korrekte bladsy word in hakies weergegee): bl 50 vn 5 1 (5); bl 287 vn 5 eerste beslissing 569 (561); bl 288 vn 8 433 (412); bl 288 vn 22 326 (317); bl 289 vn 16 456 (446); bl 294 vn 7 103 (100); bl 300 vn 44 195 (191); bl 300 vn 52 528 (524).

Die drukkersduiweel was ook heel bedrywig. Foute wat ek kon raaksien, was Kontrakreg (bo-aan bl 19, 21) ipv Kontraktereg; Handelsbevoegdheid (bo-aan bl 65) ipv Handelingsbevoegdheid; eonderhandelings (bl 199) ipv onderhandelings; *Spilg v Walter* (bl 1003) ipv *Spilg v Walter*; Lex Commisoria (bl 176) ipv Lex Commissoria; Van Haarsveld ipv Van Jaarsveld (bl 80 vn 11); *Wilson's Trustee v Martel* ipv *Wilson's Trustees v Martell* (bl 110 vn 98); *Lammer van Lammers* ipv *Lammers & Lammers* (bl 137 vn 7); *Van de Pol v Silberman* 1952 2 SA 569 (A) ipv *Van de Pol v Silberman* 1952 2 SA 561 (A) (bl 287 vn 5); *Ambrose & Aiteken* ipv *Ambrose & Aitken* (bl 308 vn 61); Secretarial ipv Secretarial (bl 811); Prior tempore, tempore iure ipv Prior tempore, potior iure (bl 1042).

Die boek is slegs in hardeband beskikbaar en is tegnies goed versorg.

JSA FOURIE  
Universiteit van Stellenbosch

## THE SOUTH AFRICAN LAW OF PERSONS THROUGH THE CASES

deur J SKAPINKER en NM BURLING

*Juta en Kie Bpk, Kaapstad, Wetton, Johannesburg 1978; xxvi en 408 bl; prys hardeband R25, sagteband R15*

Die twee afdelings van nege en elf hoofstukke onderskeidelik waaruit hierdie boek bestaan heet "The Law of Parent and Child" en "The Law of Husband and Wife". Die betiteling van die boek en die twee afdelings daarvan is egter misleidend. Alhoewel die term "personereg" wel in sy wyer betekenis gebruik kan word om te verwys na regsreëls rakende al die regte en verpligtinge van natuurlike persone, word die term algemeen aanvaar en gebruik in 'n enger sin. Met personereg word dan bedoel dié regsreëls wat die ontstaan, tenietgaan en status van natuurlike persone reël. In hierdie tweede sin sluit personereg nie familiereg, wat tradisioneel huweliksreg en die regsverhoudinge in die gesin, ook dié tussen ouer en kind behels, in nie. Terwyl die titel van die boek dus die indruk skep dat die werk slegs op personereg in eng sin betrekking het, dui die titels van die twee afdelings albei op aspekte van familiereg maar inhoudelik handel die eerste afdeling oor personereg en die regsverhoudinge tussen ouer en kind en die tweede afdeling oor huweliksreg.

Die boek bestaan hoofsaaklik uit uittreksels uit vonnisse wat handel oor aspekte van persone- en familiereg. Meesal word 'n kort opsomming van die beslissing as kopstuk by die aanhalings uit die betrokke vonnis gevoeg. Daar is weinig aantekeninge deur die samestellers aangebring en dié wat wel voorkom, bestaan op enkele uitsonderings na uit niks meer nie as verwysings na of soms aanhalings uit ander vonnisse en 'n paar artikels. Die verwysings wat wel voorkom, gee hoegenaamd nie 'n volledige beeld van die beskikbare studiemateriaal oor die onderwerp nie. Daar word telkens geen melding gemaak van beskikbare literatuur oor 'n bepaalde aspek nie, of dan wel slegs van

enkele skrywers se standpunte terwyl ander verswyg word. Dit, tesame met die feit dat die samestellers feitlik nooit 'n ontleding, bespreking of kritiese beskouing van 'n aangehaalde vonnis gee nie, bring mee dat die boek geen groter waarde het as dié van vonnisbundel nie – bloot 'n versameling uittreksels uit vonnisse.

Deur in een omslag al die belangrikste vonnisse oor 'n bepaalde gebied saam te vat, kan veral vir die regstudent 'n handige hulpmiddel geskep word wat baie tyd en moeite bespaar. Om aan sy doel te beantwoord, moet so 'n bundel egter 'n volledige oorsig van die relevante regspraak oor 'n bepaalde gebied daarstel. Die uittreksels uit en opsommings van vonnisse moet korrek en akkuraat wees en van so 'n aard dat die leser nie onder 'n wanindruk oor die inhoud van die beslissing gelaat kan word nie. Waar die bundel in onderafdelings ingedeel word, moet met omsigtigheid te werk gegaan word ten einde te verseker dat die inhoud van elke afdeling volledig is en nie eerder tuis hoort by 'n ander gedeelte nie. Laastens moet die invoeging van irrelevante gedeeltes van vonnisse en onnodige herhaling vermy word. Mnr Skapinker en Burling se boek is egter nie in al dié opsigte ewe geslaag nie.

In die eerste hoofstuk onder die opskrif Status en Bevoegdheid – Domisilie (is domisilie die enigste of belangrikste aspek van status?) is daar reeds 'n blatante oorsig. Die beslissing van die appèlhof wat sekerlik as die locus classicus in die Suid-Afrikaanse reg betreffende die verkryging van 'n domisilie van keuse bestempel kan word, *Eilon v Eilon* 1965 1 SA 703 (A), word hoegenaamd nie vermeld nie. Daar is ook geen verwysing na *Nefler v Nefler* 1906 ORC 7 en *Naville v Naville* 1957 1

SA 280 (K) nie, die enigste twee Suid-Afrikaanse beslissings wat handel oor die domisilie van 'n gevangene en diplomaat onderskeidelik.

Die tweede hoofstuk handel oor regs-persoonlikheid en bestaan slegs uit vonnisse rakende die posisie van die nasciturus. Geen melding word gemaak van *Tjollo Ateljees v Small* 1949 1 SA 856 (A) waarin die Suid-Afrikaanse regsposisie betreffende monstra uiteengesit word nie. In hoofstuk 3 word vermoede van dood behandel, maar daar is geen verwysing na *In re Kanne-meyer* (1899) 16 SC 407 waar die moontlikheid van 'n verdelingsbevel tesame met 'n cautio de restituendo bespreek word nie. Die opsomming by *Ex parte Bagnshaw* 1943 2 PH F77 (K) (saak no 14) is onnoukeurig aangesien daar na die vermiste persoon as "the deceased" verwys word. Wettige en onwettige kinders en bewys van vaderskap is die onderwerp van hoofstuk 4. Die aan-aantekening op bladsy 26 wat soos volg lui: "The General Laws Amendment Act of 1935 s 101 now allows either spouse to lead evidence to bastardize a child of a lawful marriage", is in twee opsigte foutief. Artikel 101 is vervang deur artikel 3 van Wet 25 van 1965 en verwys na getuienis (van die man of die vrou) dat hulle nie met mekaar geslags-gemeenskap gehad het gedurende die tyd toe die kind verwek is nie. *Hoffman v Estate Mechau* 1922 CPD 179 word in hierdie hoofstuk in die deel wat kinders van ongetroude vroue behandel, onder-afdeling (b), ingedeel, terwyl die vonnis uitsluitlik die wettiging van 'n ower-spelige kind behandel en onderafdeling (c) van dieselfde hoofstuk juis die titel Wettiging dra. In hierdie onderafdelning word in die aantekening op bladsy 45 verwys na artikel 10 van die Wet op Registrasie van Geboortes, Huwelike en Sterfgevallen wat gewysig is deur Wet 7 van 1934. Die wet is intussen weer gewysig en die relevante artikel is nou art 11 van Wet 81 van 1963. Uittreksels uit twee vonnisse oor die wettiging van kinders gebore uit 'n putatiewe huwelik word weergegee maar daar is weer eens geen melding van 'n belangrike beslis-

sing op hierdie gebied, *Bam v Bhabha* 1947 4 SA 798 (A), nie.

In hoofstuk 6 wat handel oor onder-houdspelig is daar geen verwysing na *Gliksman v Talekinsky* 1955 4 SA 468 (W) waarin die duur van die ouer se ver-pligting teenoor die kind duidelik uiteengesit word nie. Minderjarigheid en ouerlike gesag is die onderwerp van hoofstuk 7. Hier word geen melding gemaak van die beslissing in *Meyer v The Master* 1935 SWA 3 waar 'n duidelike onderskeid tussen mondigheid en meer-derjarigheid gemaak word nie. Die vonnisse waaruit aangehaal word, handel egter almal oor die beëindiging van die ouerlike gesag (by wyse van huwe-liksluiting, ontslag uit voogdy en veral emansipasie) – dit wil sê oor mondig-wording. In die volgende hoofstuk oor die ouerlike gesag word belangrike vonnisse soos *Engar & Engar v Desai* 1966 1 SA 621 (T) en *Vucinovich v Vucinovich* 1944 TPD 143 (die inhoud van ouerlike gesag in die algemeen) en *R v Janke & Janke* 1913 TPD 382 (tug-tigingsreg) oor die hoof gesien. Hoof-stuk 9 behandel die regsbevoegdheid van 'n minderjarige. Wat ratifikasie van 'n kontrak deur die minderjarige self na mondigwording betref, word slegs *Skead v Colonial Banking & Trust Co Ltd* 1924 TPD 497 aangehaal terwyl ander beslissings wat meer lig op die saak kan werp, soos *De Canha v Mitha* 1960 1 SA 486 (T) en *Stuttaford v Oberholzer* 1921 CPD 855 oorgesien word. Daar is ook geen melding van *Harvey v Reeds* 1879 OFS 48 wat die posisie rakende ouerlike toestemming by saaklike oor-eenkomste uiteensit nie.

In hierdie eerste afdeling handel slegs hoofstukke 6 (onderhoudspelig) en 8 (ouerlike gesag) dus oor aspekte van die ouer-kind-verhouding wat nie ook as statusbepalende faktore by die persone-reg tuisgebring kan word nie. Die ouer-kind-verhouding word redelik volledig gedek behalwe dat geen aandag geskenk word aan judisiële inmenging met die ouerlike gesag by egskeding of inge-volge die Wet op Huweliksaangeleent-hede 37 van 1953 of die Kinderwet 33

van 1960 nie. Wat die personereg betref, word verskeie statusbepalende faktore wat wel in vonnisse behandel is, soos geslag, ras, insolvensie en geestelike toestand, waaronder dronkenskap, verkwisting en kranksinnigheid resorteer, geheel en al oor die hoof gesien. Die aanhangsel by die eerste afdeling bestaan uit die Wet op die Meerderjarigheidsonderdom 57 van 1972. Terwyl aanneming in 'n afsonderlike hoofstuk behandel word, sou mens verwag dat die relevante gedeeltes van die Kinderwet 33 van 1960 ook ingesluit word.

Hoofstuk 10 heet "General Aspects of Marriage". Die tweede onderafdeling van die hoofstuk behandel ras- en geloofsklousules wat die huwelik affekteer, maar die eerste drie vonnisse in hierdie deel hoort eerder by die eerste inleidende onderafdeling tuis. *Ex parte Isaacs* 1964 4 SA 606 (GW); *De Weyer v SPCA, Johannesburg* 1963 1 SA 71 (T) en *Barclays Bank DC&O v Anderson* 1959 2 SA 478 (T) handel almal oor klousules in testamente wat (moontlik, in laasgenoemde geval) gerig is op die ontbinding van 'n bestaande huwelik en niks met ras of geloof te make het nie. In hoofstuk 12 word faktore behandel wat 'n huwelik in die weg staan. Die aanhaling van feitlik die hele beslissing in *W v W* 1976 2 SA 308 (W) is myns insiens onnodig lank – korter uittreksels sou voldoende gewees het. In die aantekening op bladsy 203 word 'n opsomming van die beslissing in *Shields v Shields* 1959 4 SA 16 (W) gegee, naamlik dat waar 'n persoon jonger as die statutêr voorgeskrewe ouderdom sonder toestemming van die minister van binnelandse sake in die huwelik getree het, latere toestemming van die minister nie die huwelik geldig maak nie. Daar word geen melding gemaak van artikels 26(2) en (3) van die Huwelikswet 25 van 1961 nie. Hierdie artikels verleen uitdruklik aan die minister die bevoegdheid om na sluiting daarvan tot so 'n huwelik toe te stem, selfs met terugwerkende krag. Die onveranderlike gevolg van die huwelik is die onderwerp van hoofstuk 15. Die eerste

vonnis in hierdie hoofstuk, *Van Oosten v Van Oosten* 1923 CPD 409 handel egter hoofsaaklik oor gronde vir geregtelike skeiding. Daar kom wel op bladsy 411 van die verslag 'n stelling voor ten aansien van die onveranderlike gevolge, maar die verdere aanhalings uit hierdie vonnis hoort eerder tuis in hoofstuk 19. In hoofstuk 16 wat handel oor skenkings tussen eggenotes word geen melding gemaak van *Oberholzer v Oberholzer* 1947 3 SA 294 (O) waar die posisie ten opsigte van redelike geskenke op spesiale geleenthede uiteengesit word nie. Die maritale mag van die man word in hoofstuk 17 behandel. In die tweede onderafdeling, "Dispositions in Fraud of a Wife", word die moontlikheid behandel dat 'n vrou deur middel van 'n interdik haar man se vervreemdingsbevoegdhede ten opsigte van die gemeenskaplike boedel kan beperk. Die ander moontlike remedies tot die vrou se beskikking, naamlik boedelskeiding (*Naudé v Norwich Union Fire Insurance Co Ltd* 1913 WLD 207; *Opperman v Opperman* 1962 3 SA 40 (N)) en verklaring van die man tot verkwister (*Traub v Traub* 1955 2 SA 671 (K)) word geïgnoreer. In die vierde onderafdeling wat met huishoudelike benodigdhede te doene het, word op bladsye 265 en 284 verwys na artikel 3 van Wet 37 van 1953 sonder enige melding van die inhoud van die wysiging aangebring deur Wet 13 van 1976.

Hoofstuk 18 handel oor gemeenskap van goedere en van wins en verlies. In die eerste onderafdeling waarin die gevolge van 'n huwelik binne gemeenskap van goed uiteengesit word, kom 'n lang aanhaling uit *Robloff v Ocean Accident & Guarantee Corp* 1960 2 SA 291 (A) voor, 'n beslissing oor die bevoegdheid van gades binne gemeenskap van goed getroud om kontraktuele en deliktuele eise teen mekaar in te stel. Feitlik identiese aanhalings uit dieselfde vonnis kom reeds in hoofstuk 15 voor. Die derde onderafdeling behandel die huweliksvoorwaardeskontrak wat streng geneome nie tuisgebring kan word onder die opskrif van hierdie hoofstuk nie. Geregtelike skeiding word in hoofstuk



19 behandel maar daar is geen melding van die vermoënsregtelike gevolge van so 'n bevel nie – *Kloppenburg v Kloppenburg* 1961 1 SA 825 (D). Egskeiding is die onderwerp van hoofstuk 20. Die derde onderafdeling handel oor ower spel maar daar is geen melding van die afwesigheid van bedoeling (*R v C* 1952 4 SA 117 (O)) of oogluikende toelating (wat in *Bell v Bell* 1909 TS 500 genoem is) as moontlike verwere nie. In die vyfde en sesde onderafdelings waarin konstruktiewe en kwaadwillige ver lating bespreek word, word die belangrike beslissing in *Ledimo v Ledimo* 1940 OPD 65 oor die hoof gesien. In die eerste onderafdeling is kranksinnigheid as egskeidingsgrond die onderwerp maar geen melding word gemaak van die appèlhofbeslissing in *Harris v Harris* 1949 1 SA 254 (A) ten aansien van verwere teen aksies op dié grond nie. Daar is, benewens uittreksels uit 'n enkele vonnis oor verbeurdverklaring van voordele (*Wertheim v Wertheim* 1976 4 SA 633 (W) word hier oor die hoof gesien) geen verdere gegewens oor die gevolge van egskeiding nie. Die posisie van kinders uit die huwelik by egskeiding word byvoorbeeld glad nie behandel nie en vonnisse soos *Van Schoor v Van Schoor* 1976 2 SA 600 (A); *Landman v Mienie* 1944 OPD 59 en *Fletcher v Fletcher* 1948 1 SA 130 (A) is weg-gelaat. Die afdeling oor huweliksreg behandel ook glad nie die invloed van stuprum (*Stander v Stander* 1929 AD 349; *Smith v Smith* 1936 CPD 125; *Reyneke v Reyneke* 1927 OPD 130), impotensie (*B v B* 1964 1 SA 717 (T); *D v D* 1964 3 SA 598 (OK); *Joshua v Joshua* 1961 1 SA 455 (GW)) of steriliteit (*Venter v Venter* 1949 4 SA 123 (W); *Van Niekerk v Van Niekerk* 1959 4 SA 658 (GW)) op die huwelik nie. Die ahangsel tot hierdie tweede afdeling bevat die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953; die Huwelikswet 25 van 1961 en die Onderhoudswet 23 van 1963, maar Wet 32 van 1935, wat die twee bestaande statutêre egskeidingsgronde daarstel, is oor die hoof gesien.

voor – “Marriage, Invariable Consequences, the” en “Invariable Consequences of Marriage, the” se inhoud is identities. Alle inligting wat onder die hoofde “Adultery” en “Ante-Nuptial Contracts” voorkom, word net so herhaal as onderafdelings van “Divorce” en “Community of Property and of Profit and Loss” onderskeidelik. In ander soortgelyke gevalle soos “Constructive Desertion” en “Insanity” word bloot verwys na die hoof “Divorce”. Daar kom ook onduidelikhede voor: onder “Divorce” blyk dit (deur die betrokke bladsye na te slaan) dat “Condonation” na kondonasië deur die gade verwys terwyl kondonasië deur die hof onder “Discretion of a Judge to Condone” voorkom. Verder kom sekere teenstrydighede en onnoukeurighede voor: by “Adultery: Interdicting” word bladsy 343–351 byvoorbeeld aangegee; by “Divorce: Interdicting Adultery” bladsy 343–6 (laasgenoemde is korrek). By “Ante Nuptial Contracts: Interpretation of” word bladsy 310 foutiewelik aangegee ipv bladsy 311. Daar kom relatief min drukfoute in die boek voor – enkele uitsonderings is “plaas” ipv “staat” op bladsy 75; *conditis* ipv *conditio* op bladsy 177; breek ipv breach op bladsy 185; *Reldomel* *Vramsey* op bladsy xxiv. Daar is egter heelwat sulke foute in die lys van aangehaalde gesag: *connibiorum*; *observationis*; *tumultariae*; *quastionis* (bladsy ix) “Hedendaags<sup>6</sup>he” (bladsy x); *commentaries* (bladsy xi). Die vonnis *Ex parte Van den Hever* 1969 3 SA 96 (O) wat op bladsy 73–75 aangehaal word, kom nie in die lys van aangehaalde vonnisse voor nie.

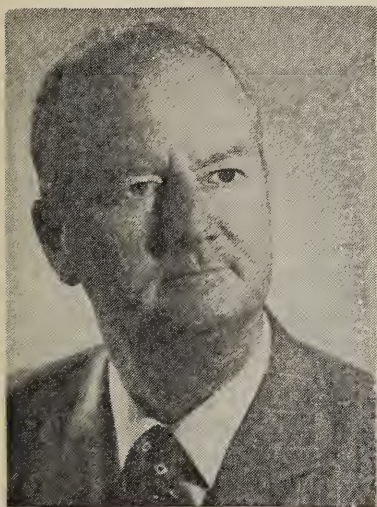
Dit is jammer dat hierdie vonnisbundel so onvolledig is en aan heelwat onnoukeurighede mank gaan. Dit doen ernstige afbreuk aan die waarde van die boek as hulpmiddel vir die student vir studie – en naslaandoeleindes.

Die indeks van die boek laat veel te wense oor. Onnodige herhaling kom

ANNÉL VAN ASWEGEN  
Universiteit van Suid-Afrika



## Van een redakteur aan 'n ander: 'n persoonlike woord



Lesers sal reeds op die buiteblad gemerk het dat daar uiteindelik 'n verandering in die uitvoerende redaksie van die *Tydskrif* ingetree het. Na presies negentien jaar neem ondergetekende met 'n groot mate van weemoed afskeid van 'n taak wat hom veel werk, baie sorg maar veral groot vreugde verskaf het. Dit is nie net dat sy werk as redakteur van *The Law of South Africa* nou al sy redaksionele aandag verg nie: hy het ook nog altyd geglo dat vernuwing geen onderneeming skade kan berokken nie. Daar is 'n tyd van kom en 'n tyd van gaan!

Hartlik geluk van my kant aan my opvolger as nuwe redakteur: professor Daan van Rensburg, my oud-student, kollega en veral gewaardeerde vriend. Ek is vas oortuig dat hy dieselfde samewerking van juriste uit alle hoeke van die land sal ontvang as wat my ervaring was. Dit mag my ook vergun word om te sê dat hy al die kwaliteite besit om die *Tydskrif* (en wie wil ons na meer as 40 jaar nog die naam misgun?) sy plek en diens te laat handhaaf. Nie net sy ervaring in die regs wetenskap nie, veral ook sy fyn aanvoeling vir taal is vir sy taak onontbeerlik.

Natuurlik wil ek nie nalaat om ander name (nie almal kan ek noem nie) ook te vermeld nie. Daar was die jare toe professor Sas Strauss en, na hom, professor Chris Schmidt my medewerkers was. Om met hulle te kon saamwerk het my net plesier verskaf. In die afgelope jare het professor Dawid Joubert en professor Daniel Cronjé bygekóm. DSP Cronjé het besluit om nou ook "die tuig neer te lê;" hy het uitmuntende werk verrig. Gelukkig gaan DJ Joubert voort met sy werk in die redaksie en het JM Potgieter ingewillig om 'n nuwe assistent-redakteur te word.

Ek dink terug aan Junie 1960 toe professor Daan Pont (is hy nie die vader van die *Tydskrif* nie?) sy taak aan my oorhandig het. Een van my laaste take vir die blad was om 'n artikel oor die huweliksreg uit die pen van professor Pont te hanteer (lees: aan my opvolger te oorhandig). Lesers sal na die verskyning daarvan uitsien.

WILLEM JOUBERT  
Junie 1979

(Terwyl die nuwe redaksie nou die woord het, beplan hulle om in die volgende nommer van die *Tydskrif* iets aan en oor ons uittredende redakteur te sê.)

# James Peter Yeats, 26.9.1913 - 9.3.1979†

In 1904 verhuis die later welbekende Johannes Visser as leier van 'n groep trekkers na Argentinië. Sy een dogter, Corrie, trou in 1908 met Charles Yeats, haar oud-onderwyser uit Barkly-Oos se dae, wat haar in 1907 na Argentinië gevolg het. Uit dié huwelik is twee dogters en die seun James Peter gebore. Terwille van behoud van eie taal, kultuur en godsdiens keer die gesin Yeats in 1919 terug na Suid-Afrika. Van 1920 tot sy oorlye in 1922 tree Charles Yeats as onderwyser op te Maclear, waar die jonge James en een van sy latere kollegas, JC de Wet, se paaië vir die eerste keer kruis. In 1923 keer die gesin terug na Argentinië om boedelsake af te handel, maar vestig hulle van 1924 af op Stellenbosch.

James voltooi in 1931 'n skitterende skoolloopbaan aan die Paul Roos Gimnasium, en in 'n ewe skitterende loopbaan aan die Universiteit van Stellenbosch behaal hy die grade BA in 1934 en LLB in 1936, albei cum laude. In 1937 vertrek hy na Oxford om daar met 'n Rhodes-beurs te gaan studeer, maar hy keer na 'n paar maande terug en laat hom as leerlingklerk by 'n prokureur inskryf. Die klerkskap word egter onderbreek toe hy met ingang 1 Januarie 1939 as dosent in die regsgeleerdheid aan sy ou alma mater aangestel word – eers waarnemend in die plek van die latere prof JC de Wet wat oorsee was, maar van 1941 af in 'n eie senior lektoraat.

Van besondere belang vir sy verdere loopbaan is die feit dat hy van die begin af oa handelsreg moes doseer. Belangrik vir sy verhouding met studente en oud-studente is die feit dat hy ook Privaatreg I moes behartig en dus die studente reeds aan die begin van hul onderskeie universitêre loopbane goed leer ken het . . . en hulle vir hom. Vir die meeste eerstejaars was hy eintlik maar die regs fakulteit. Dit het ook die fakulteit ten goede gekom aangesien hy 'n bekwame en geliefde dosent was.

In 1943 verwerf hy die graad LLD met 'n proefskrif getitel “Die Algehele Huweliksgemeenskap van Goedere” (in 1944 en 1945 in artikelvorm in die *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* gepubliseer) en in 1947 publiseer hy en prof De Wet die baie bekende handboek *Kontrakte-reg en Handelsreg*, beter kortweg bekend as “De Wet & Yeats.” Yeats was vir die gedeelte oor handelsreg in die eerste, tweede en derde uitgawes verantwoordelik. (In die vierde uitgawe is hierdie gedeelte verwerk deur sy opvolger in die fakulteit, prof Andreas van Wyk.) Hierdie handboek is 'n standaardwerk wat vir die skrywers daarvan sowel as vir die universiteit heelwat roem besorg het.

Van 1 Julie 1947 af is hy aangestel as professor in handelsreg, welke betrekking hy met onderskeiding beklee het totdat hy aan die einde van 1965 bedank het om voltyds tot die wêreld van die handel toe te tree. Vir die Universiteit van Stellenbosch was sy uittrede 'n baie groot verlies. Nie alleen was hy 'n goeie navorser en 'n uitstaande dosent nie, maar as voorsitter van verskeie belangrike komitees het hy baie belangrike dienste gelewer. Soms was hy ook dekaan van die fakulteit regsgeleerdheid.

Die besluit om van beroep te verander het nie onverwags gekom nie.

Met die loop van jare het sy belangstelling gaandeweg verskuif van regsnavorsing na algemene universiteitsadministrasie en eksterne handelsbedrywighede, en uiteindelik algeheel na laasgenoemde.

Vroeg in die jare veertig het hy al begin belangstel in die doen en late van die Rembrandt-groepmaatskappye, en in April 1965 'n direkteur van een van dié maatskappye geword. Van die begin van 1966 af was hy in die byna voltydse diens van hierdie groep, totdat hy op 1 Oktober 1973 met pensioen uit die gewone diens getree het. Daarna het hy nog in 'n raadgevende hoedanigheid aan die groep verbonde gebly, en nie alleen sy ou direkteurskappe behou nie, maar 'n paar belangrike nuwes bygekry.

Prof Yeats was 'n ware diplomaat. Hy kon fyn luister, gou begryp, vriendelik redeneer, konfrontasie feitlik altyd vermy en die vertroue van mense wen. Daarby was hy 'n wellewende man met baie vriende en geen vyande nie.

Om die wydverspreidheid van die vertroue in sy bekwaamheid en integriteit te beklemtoon, kan vermeld word dat hy vir jare lid van die Raad van die SAUK asook van die Suid-Afrikaanse Geneeskundige en Tandheelkundige Raad was.

WM VAN DER WESTHUIZEN  
*Stellenbosch*

*[E]n wat vra die Here van jou anders as om reg te doen en liefde te betrag en ootmoedig te wandel met jou God.*

Miga 6:8

# Die begrip quasi-delik

Pieter Pauw

BA LL.D.

Randse Afrikaanse Universiteit

## SUMMARY

In the classification of sources of obligations in the *Corpus Iuris Civilis*, the category of quasi-delict has always been a problem: why is the liability of the *iudex qui litem suam fecit*, liability in terms of the actions *de effusis vel deiectis* and *de positis ac suspensis*, and the liability of the *nauta*, *caupo* and *stabularius* for loss caused by theft or damage to property, classified as quasi-delictual?

Solutions to the problem already put forward include those of Stein, viz that liability was not based on personal fault of the defendant, and that of Stojcevic, that this category was merely an enumeration of instances of liability which could not be assigned to the existing delicts.

In this article it is submitted that some light is shed on this problem by D 50 13 6 where the liability of the misbehaving judge is discussed. This text contains the important clause: "... quasi ex maleficio teneri in factum actione. . ." Furthermore it must be noted that all the cases of liability which were classified as quasi-delictual were based on *actiones in factum*. It is therefore not impossible that the compilers took the "quasi ex maleficio" to refer also to all other cases, i.e. other than that of the misbehaving judge. In this way they created a new concept.

During the Middle Ages the concept of quasi-delict was commented upon. It does not seem, however, as if at that time there existed a specific definition for these phenomena. It is nevertheless interesting to note that liability under the actions *de effusis vel deiectis* and *de positis ac suspensis* as well as the liability of the *nauta*, *caupo* and *stabularius* were seen as based on *culpa*. The *culpa* consisted in allowing unsuitable persons to enter the premise or in employing such persons – a kind of vicarious liability.

During the Humanistic period various views were held on the theme of quasi-delict. Of these the views of Cuiacius were the most influential. For him quasi-delictual liability was based on *culpa*, but could be distinguished from Aquilian liability, in that for the latter *culpa* in itself was not sufficient. There also had to be damage to corporeal property.

The quasi-delicts still occurred in Roman-Dutch law, but in other forms. Thus liability of the judge was changed so that he could only be held liable for *dolus malus*. The concept of quasi-delict lost its importance and the majority of the authors concentrated on the various instances of quasi-delictual liability. One also finds that the form of vicarious liability which originated in the Middle Ages, was further extended.

In South African law the concept of quasi-delict does not exist any more. It has been replaced by vicarious liability. Only the actions *de effusis vel deiectis* and *de suspensis vel positis* remain. There is, however, uncertainty whether these actions are based on *culpa* or strict liability.

1 In die *Institutiones* van Justinianus kry mens die bekende vierdelige indeling van verbintenisse, naamlik verbintenisse *ex contractu*, *quasi ex contractu*, *ex delicto* (*maleficio*) en *quasi ex delicto* (*maleficio*).<sup>1</sup> In die

klassieke tyd is hierdie indeling nie gemaak nie. Gaius praat van drie bronne van die verbintenis: kontrak, delik en "proprio quodam iure ex variis causarum figuris."<sup>2</sup> Die vraag ontstaan nou of die regsfigure wat onder die hoof van quasi-delik geklassifiseer word inderdaad 'n besondere verwantskap gehad het in die klassieke tyd, en of dit nie slegs 'n aaneenskakeling was van regsfigure wat nie onder een van die bestaande delikte tuisgebring kon word nie.<sup>3</sup>

Voordat hierdie vraag beantwoord kan word, is dit nodig om kortliks die posisie van die vier quasi-delikte uiteen te sit. Eerstens is daar die aanspreeklikheid van die iudex qui litem suam fecit.<sup>4</sup> Letterlik beteken dit die aanspreeklikheid van 'n regter wat 'n geding as 't ware sy eie maak. Oor die presiese betekenis van hierdie vorm van aanspreeklikheid is daar al baie geskryf. Sommige skrywers<sup>5</sup> beweer dat mens hier te doen het met skuldlose aanspreeklikheid. Hübner<sup>6</sup> sê dat die regter die risiko dra van sy verkeerde uitsprake aangesien hy die gevare van die proses beheer. Ander<sup>7</sup> reken weer dat mens hier inderdaad te doen het met gevalle waar 'n regter bevooroordeel was en onbehoorlik opgetree het, met ander woorde waar hy as 't ware tot die geding toegetree het. Volgens Kaser<sup>8</sup> was die grondslag vir aanspreeklikheid die sogenaamde "typisierter culpa"-omstandighede wat meesal op culpa dui en as sodanig aanvaar word. In die onderhawige geval sal dit aanwesig wees deurdat die regter die verhoor onderneem sonder die nodige bekwaamheid.

Sonder om te poog om 'n finale oplossing vir die probleem te gee, wil ek na 'n aantal tekste verwys.

D 5 1 15 1 lui:

"Iudex tunc litem suam facere intelligitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur."

Teen hierdie teks is al besware van interpolasie ingebring.<sup>9</sup> Selfs al sou mens aanvaar dat alles na "dixerit" geïnterpoleer is, bly die essensie nog staan: 'n regter maak hom skuldig aan hierdie soort wangedrag indien hy onbehoorlik (dolo malo) opgetree het deur in fraudem legis uitspraak te lewer. Uit die teks blyk dit nie dat om 'n uitspraak in fraudem legis te lewer, die essensie van hierdie misdryf is nie. Myns insiens moet daar klem gelê word op die woord "tunc". Hierdeur word 'n besondere geval geïdentifiseer,

<sup>2</sup>D 44 7 1 pr. Vgl I 3 88, waar daar net van kontrakte en delikte gepraat word.

<sup>3</sup>Oor die begrip quasi-delik, sien veral Stein "The Nature of Quasi-delictual Obligations in Roman Law" in 5 (1958) *RIDA* (3) 561-570 en Stojcevic "Sur le caractère des quasi-délits en droit romain" in 8 (1957) *Jura* 57-74.

<sup>4</sup>Sien hieroor Hübner "Zur Haftung des iudex qui litem suam fecit" in 5 (1954) *Jura* 200-208; Kelly *Roman Litigation* (1966) 102-117; Gordon "The Roman Class of Quasi-Delicts" in *Estudios de derecho romano* (Homenaje al Professor Don Carlos Sánchez del Río y Peguero) (1967) 303-310.

<sup>5</sup>Stein en Hübner.

<sup>6</sup>204.

<sup>7</sup>Stojcevic 71; Kelly passim.

<sup>8</sup>*Das römische Privatrecht* 1 (1971) 630.

<sup>9</sup>Vgl Kelly 110.

en die strekking van die teks is dan dat ook die geval van 'n uitspraak in fraudem legis op 'n onbehoorlike wyse gelewer, 'n geval van iudex qui litem suam fecit sal wees.

Verder is daar D 50 13 6 (waarop D 44 7 5 4 en I 4 5 pr waarskynlik gebaseer is):<sup>10</sup>

“Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit.”

Hier word daar gesê dat 'n regter ook weens imprudentia aanspreeklik kan wees. Dit beteken dus dat blote onkunde en onbekwaamheid, selfs al is daar geen kwade gevoelens aanwesig nie, aanleiding kan gee tot aanspreeklikheid. Weens die benaming “iudex qui litem suam fecit” sou mens eerder verwag dat 'n meer subjektiewe gesindheid aanwesig moet wees. Tog lei mens uit Gaius 4 52 af dat 'n regter baie maklik hierdie soort aanspreeklikheid op die lyf kon loop:

“Debet autem iudex attendere ut, cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa posita condemnet; alioquin litem suam facit . . . .”

Sterk indirekte gesag word ook gevind in D 21 2 51 pr. Ulpianus ontken ten sterkste dat, indien 'n saak weens die onvermoë (imprudentia) of dwaling van 'n regter uitgewin is, die verkoper (weens uitwinning) aanspreeklik moet wees. Die onreg wat die koper getref het, moet nie die verkoper raak nie. Wie moet dan geraak word? Die teks sê niks nie, maar dit sal seker die regter wees, en hoe anders dan as iudex qui litem suam fecit?

Dit lyk dus asof die grondslag van aanspreeklikheid nie dolus is nie maar imprudentia. Oor die betekenis van hierdie woord laat die tekste hulle nie uit nie. Of dit ook skuldlose aanspreeklikheid kan inhou, klink nie waarskynlik nie: 'n leke-regter kan vooraf te kenne gee dat hy nie vir die saak opgewasse is nie, of hy kan hom vir inligting tot regsgeleerdes wend.<sup>11</sup> Indien hy nogtans nie prudens is nie en 'n verkeerde beslissing gee, lyk dit nie of hy die nodige sorg aan die dag gelê het nie. Sy gedrag kom dan na aan Kaser se “typisierter culpa.”

Verder moet daarop gelet word dat hierdie aksie 'n praetoriese actio in factum was, dat die veroordeling arbitrêr by die regter berus het,<sup>12</sup> en dat dit nie passief oorerflik was nie.<sup>13</sup>

<sup>10</sup>Ten spyte van besware wat reeds teen die egtheid van die teks ingebring is, lyk dit in substansie eg. Dit was dan ook die klassieke weergawe van die aanspreeklikheid van die iudex. Dit is vollediger oorgelewer as die ander tekste waar daar sprake is van hierdie soort aanspreeklikheid. Anders as in D 44 7 5 4 is daar 'n verwysing na die actio in factum wat die essensie van aanspreeklikheid was in die klassieke tyd. Verder is D 44 7 5 4 ook verkort om in te pas in die kader waarin dit bespreek word, nl aanspreeklikheid quasi ex maleficio.

<sup>11</sup>Kaser *Das römische Zivilprozessrecht* (1966) 142.

<sup>12</sup>D 50 13 6.

<sup>13</sup>D 5 1 16.



Tweedens was daar die praetoriese *actio de effusis vel deiectis*<sup>14</sup> en die *actio de positis ac suspensis*.<sup>15</sup> Eersgenoemde was van toepassing op gevalle waar iets uit 'n huis gegooi is en skade aangerig het. Laasgenoemde was iets besonder: 'n boete van tien solidi is opgelê indien iemand toegelaat het dat 'n voorwerp hang op 'n plek waar dit skade kon aanrig indien dit sou val.

Die bedoeling van die praetor, toe hy hierdie vorme van aanspreeklikheid ingestel het, was om te voorkom dat mense wat in die digbevolkte Rome woon, skade opdoen wanneer hulle hul op straat begewe. Daarom is daar ook voorsiening gemaak vir dubbele skadevergoeding.<sup>16</sup> Die sosiale omstandighede was dus die rede vir die betrokke bepalinge. Verder is die posisie van die eiser ook vergemaklik. Hy hoef nie te bewys, in die geval van die *actio de effusis vel deiectis*, wie iets gegooi het nie. Die bewoner van die gebou of vertrek waaruit die voorwerp geval het, is aanspreeklik gehou<sup>17</sup> selfs al het hy dit nie self gegooi nie. Indien verskeie persone 'n ruimte bewoon het waaruit 'n voorwerp geval het, is hulle solidêr aanspreeklik gehou en het betaling deur een die ander bevry.<sup>18</sup> As 'n ruimte deur verskeie persone bewoon is, maar tussen hulle verdeel is, was alleen die persoon aanspreeklik uit wie se gedeelte die voorwerp geval het.<sup>19</sup> 'n Gas is nie as 'n bewoner beskou nie.<sup>20</sup>

Aanspreeklikheid het nie afgehang van die skuld van die dader nie. Die oogmerk was om die strate te beveilig. Die tekste sê niks omtrent moontlike verwere nie – die enigste suksesvolle verweer sou waarskynlik wees dat die voorwerp nie vanuit die betrokke gebou of wooneenheid geval het nie. Vandaar, miskien, dat die *habitor* 'n regresreg gehad het teen die ware deiector.<sup>21</sup>

Dit lyk asof die grondslag vir aanspreeklikheid begin verander het in die na-klassieke en Justiniaanse tyd. D 9 3 1 4 is hiervan 'n voorbeeld:

“Haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid deieceretur vel effunderetur, non in dominum aedium: culpa enim penes eum est. nec adicitur culpae mentio vel infitiationis, ut in duplum detur actio, quamvis damni iniuriae utrumque exigit.”

Dit lyk asof “*culpa enim penes eum est*” 'n interpolasie is. Eerstens is dit teenstrydig met die volgende sin, omdat dáár juis gesê word dat daar geen melding gemaak is van culpa nie. Dit pas dus nie logies in nie. Verder word daar ook aangedui hoe hierdie soort aanspreeklikheid verskil van Aquiliese aanspreeklikheid: daar word nie na culpa gevra nie en die omvang

<sup>14</sup>Vgl Serrao “La responsabilita per fatto altrui in diritto romano” in 66 (1963) *Bullettino dell' Istituto di diritto romano* 19 22–23; Branca “Struttura costante della responsabilita extracontrattuala attraverso i secoli” in *Studi in onore di Edoardo Volterra* 1 (1971) 99 102–104.

<sup>15</sup>Watson “Liability in the *Actio de positis ac suspensis*” in *Melanges Philippe Meylan* 1 (1963) 379–382.

<sup>16</sup>D 9 3 1 pr.

<sup>17</sup>D 9 3 1 4.

<sup>18</sup>D 9 3 1 10, D 9 3 2, D 9 3 3.

<sup>19</sup>D 9 3 5 pr.

<sup>20</sup>D 9 3 1 9.

<sup>21</sup>Vgl D 9 3 5 4. Hierdie teks is ongelukkig nie baie duidelik nie.

van die skadevergoeding is vir twee maal die skade, terwyl culpa vereis word vir Aquiliese aanspreeklikheid en in daardie geval dubbel skadevergoeding gegee word slegs indien die verweerder aanspreeklikheid ontken.

D 44 7 5 en I 4 5 1 baseer aanspreeklikheid ook op skuld, maar dan meer bepaald op die culpa van 'n ander. Hierdie tekste is reeds na-klassieke of Justiniaanse weergawes van die oorspronklike.

Net soos in die geval van die iudex qui litem suam fecit is hierdie aksie ook nie passief oorerflik nie.<sup>22</sup>

Die actio de positis ac suspensis is om dieselfde rede as die actio de effusis vel deiectis geskep. Soos reeds aangedui, het dit bloot 'n boete meebring indien toegelaat is dat 'n voorwerp hang op 'n plek waar dit skade kan aanrig as dit val. Watson<sup>23</sup> toon oortuigend aan dat hierdie aksie op 'n ander grondslag berus het as die actio de effusis vel deiectis: die habitator<sup>24</sup> moes bewus wees van die feit dat iets hang en dit geduld het. Indien die hangende voorwerp sou val, is die persoon wat dit laat hang het aanspreeklik gehou.<sup>25</sup> Die bewoner of eienaar is nie sonder meer aanspreeklik gehou nie. Of 'n persoon wat geduld het dat die voorwerp hang, ook aanspreeklik was, is nie seker nie.<sup>26</sup>

Dit lyk dus of 'n mens hier met aanspreeklikheid te doen het waarby die element van skuld tog 'n rol speel.<sup>27</sup>

Laastens<sup>28</sup> was daar die aanspreeklikheid van nautae (skeepskapteins) caupones (herbergiers) en stabularii (stalhouers). Hier het die praetor twee aksies verleen: die een de recepto, waar hierdie persone aanspreeklik gehou is weens risiko-oornome ("salvum fore recipere")<sup>29</sup> en die ander waar hierdie persone aanspreeklik gehou is weens diefstal of saakbeskadiging deur hulle werkmense of andere gepleeg.<sup>30</sup> Hierdie laaste vorm van aanspreeklikheid is later as 'n quasi-delik geklassifiseer. Net soos die ander aksies wat hierbo bespreek is, was die betrokke aksie ook 'n actio in factum en was die aanspreeklikheid vir dubbel die skade wat gely is.<sup>31</sup> Die aksie is waarskynlik nie toegestaan teen die erfgename nie, en indien slawe of huisseuns die diefstal gepleeg het of sake beskadig het, het noksale aanspreeklikheid ingetree.<sup>32</sup>

<sup>22</sup>D 9 3 5 5.

<sup>23</sup>379.

<sup>24</sup>Die tekste praat hier nie van 'n *habitor* nie, maar van 'n persoon wat iets duld. In die praktyk sal dit 'n habitator of inwoner wees – iemand wat die gesag het om die voorwerp te laat verwyder, soos Watson suggereer.

<sup>25</sup>D 9 3 5 12.

<sup>26</sup>D 9 3 5 12 praat van "positum habuisse non utique videtur qui posuit." Die teks is egter baie korrup en daarvan kan nie afleidings gemaak word nie. Vgl Watson 381.

<sup>27</sup>Watson, loc cit, reken dat hierdie regsfiguur nie as 'n delik beskou kan word nie omdat daar geen skade ingetree het nie.

<sup>28</sup>Serrao 23–24.

<sup>29</sup>Kaser *RPR* 1 585.

<sup>30</sup>Sargenti "Osservazioni sulla responsabilità dell' *exercitor navis* in diritto romano" in *Studi Albertario* (1953) 1 553 557–567 reken dat die aksies vir saakbeskadiging teen die skeepskaptein nie klassiek is nie.

<sup>31</sup>D 4 9 7 1. Kaser *RPR* 1 628–629 noem dit egter nie as 'n aksie wat in duplum gegee is nie.

<sup>32</sup>D 4 9 7 4.

Indien daar, in die geval van skade aan skeepsvrag, meer as een persoon was wat op die skip beheer uitgeoefen het, het betaling deur die een die ander bevry.<sup>33</sup>

Aanspreeklikheid het waarskynlik nie op skuld berus nie. D 4 9 7 4 lui:

“Hac autem actione suo nomine exercitor tenetur, culpa scilicet suae qui tales adhibuit: et ideo et si decesserint, non relevabitur. . . .”

Die kaptein is self aanspreeklik, selfs al het sy mense gesterf. “Culpa . . . adhibuit” lyk na ’n interpolasie. Dit het niks met die substansie van die teks te doen dat ’n skeepskaptein in sy persoonlike hoedanigheid aanspreeklik is en dat die dood van die dader hom nie bevry nie. Ook D 44 7 5 6 is ’n na-klasieke weergawe: aanspreeklikheid word aan culpa gekoppel omdat daar van die dienste van slegte mense gebruik gemaak is. Serrao<sup>34</sup> reken dat die grondslag van hierdie vorm van aanspreeklikheid die bevordering van seeverkeer en verkeersontwikkeling in die algemeen was. Mens sou ook kon sê dat die doel van hierdie vorm van aanspreeklikheid was om reisigers of persone wat goedere versend, te beskerm: dit was nie vir hulle nodig om te bewys wie die skade aangerig het nie; hulle kon die ondernemer sonder meer aanspreek indien hulle skade gely het.

Uit hierdie kursoriese ontleding van die vier quasi-delikte blyk dit dat, hoewel hulle eintlik verskillende regsinstellings was, hulle tog ’n aantal gemeenskaplike kenmerke toon. So was hulle nie passief oorerflik nie en is hulle al vier gebaseer op ’n praetoriese actio in factum. Van verdere belang is dat hulle verskil van normale delikte ten opsigte van die omvang van die skadevergoeding wat toegestaan is. In geval van die aanspreeklikheid van die nauta, caupo en stabularius, asook die aanspreeklikheid ingevolge die actio de effusis vel deiectis, moes aan die benadeelde twee maal die omvang van die skade vergoed word; terwyl by die actio de positis ac suspensis daar slegs vir ’n boete voorsiening gemaak is. Laasgenoemde aksie het gegeld afgesien daarvan of enige skade ingetree het. Die iudex qui litem suam fecit is veroordeel tot ’n arbitrêre bedrag volgens die goeddunke van die regter.

In geval van die actio de effusis vel deiectis en (ten minste) ook dié van die nauta, het betaling deur een aanspreeklike die ander bevry – nog ’n verskil van ander deliktsaksies. Verder moet daarop gelet word dat hierdie figure nie onder een van die bestaande aksies, soos die actio furti of die actio legis Aquiliae tuisgebring kon word nie, aangesien die Romeinse deliktsaksies elkeen sy eie vereistes gehad het.<sup>35</sup>

Waarom staan hierdie aksies nou bekend as quasi-delikte? Stein<sup>36</sup> sien hul gemeenskaplike kenmerk in praetoriese aanspreeklikheid sonder persoonlike skuld. Hierbo is egter reeds daarop gewys dat dit nie moontlik is

<sup>33</sup>D 4 9 7 5.

<sup>34</sup>24. Vgl Sargenti 579–580 ta v die nauta.

<sup>35</sup>Sien hieroor Stojcevic 63–64.

<sup>36</sup>567–570. Hy reken dat daar in latere tye ’n verandering ingetree het en dat daar toe eers skuld aan die kant van die regter vereis is. Vgl Hochstein *Obligations quasi ex delicto* (1971) 30–31. Hy beskou ‘Gefahrenbeherrschung’ as grondslag van die quasi-delikte.

om vir die klassieke tyd skuldlose aanspreeklikheid te konstrueer in die geval van die *iudex qui litem suam fecit* nie. Verder is Watson se interpretasie van die *actio de positis ac suspensis* ook in stryd met so 'n standpunt.

Volgens Stojcevic<sup>37</sup> is die gemeenskaplike kenmerk van die quasi-delikte daarin geleë dat hulle nie onder een van die bestaande delikte tuisgebring kan word nie; 'n mens het met vier regsfigure te doen, elkeen met sy besondere vereistes vir aanspreeklikheid. Soos hierbo opgemerk is, was daar egter inderdaad 'n hele aantal gemeenskaplike kenmerke tussen die sogenaamde quasi-delikte en ander delikte. Stojcevic se oplossing is dus nie bevredigend nie.

Daar word aan die hand gedoen dat die sleutel tot die oplossing van die probleem te vinde is in D 50 13 6. Soos reeds hierbo opgemerk is, is hierdie teks waarskynlik in hoofsaak 'n weergawe van die posisie in die klassieke reg. In hierdie teks kry mens die sin: “. . . quasi ex maleficio teneri in factum actione.” Die betrokke aksie was in die klassieke reg 'n *actio in factum*. Die klem moet op hierdie deel van die sin val. Verder omskryf Gaius die aanspreeklikheid: dit is nie uit kontrak nie, maar die regter het iets verkeerd gedoen en daarom moet hy ingevolge hierdie praetoriese aksie aanspreeklik wees *asof hy 'n delik gepleeg het* (quasi ex maleficio).

Hieruit het later, toe die belang van die verskillende aksies en die vorme daarvan afgeneem het, die opvatting ontstaan het dat mens hier te doen het met 'n verbintenis, nie soseer in *factum* nie, maar quasi ex delicto. Omdat die verbintenis in *factum* in die geval van die regter eintlik quasi ex delicto sou wees, was die volgende stap waarskynlik om al die praetoriese aksies wat skadevergoedend én in *factum* was, as quasi-delikte te beskou; te meer nog aangesien hulle soveel gemeenskaplike kenmerke toon. Hierdie tendens is aangehelp deur die groter mate van simmetrie en klassifikasie wat in die Justiniaanse reg aangetref word.

In die Bisantynse tyd het die klem meer as voorheen op skuld as grondslag vir deliktuele aanspreeklikheid geval. Dit was miskien die rede waarom tekste aangepas is om die aanspreeklikheid van *nautae*, *caupones* en *stabularii* en ingevolge die *actio de effusis vel deiectis* op skuld te laat berus. Daardeur word die verwantskap met die “gewone” delikte beklemtoon.

2 Dit is interessant om te sien hoe die juriste van latere eeue die begrip quasi-delik gebruik het.<sup>38</sup> Die bedoeling is nie om elkeen van die betrokke regsfigure afsonderlik te bestudeer nie, maar slegs om die opvattings omtrent quasi-delik uit te lig.

'n Mens tref die uitdrukking *quasi maleficio* die eerste keer in Middel-euse geskrifte aan<sup>39</sup> – in die *Corpus Iuris* word daar net verwys na die verbintenis quasi ex maleficio/delicto.

<sup>37</sup>63 ff, 63: “. . . ce sant des actes illicites (tout comme les délits qui, pour des raisons particulières spéciales á chacun d'eux) ne sont pas des délits.”

<sup>38</sup>Sien hieroor veral Stein “The Actio de Effusis vel Deiectis and the Concept of Quasi-delict in Scots Law” in 4 (1955) *ICLQ* 356 363–371 en Hochstein 34–37.

<sup>39</sup>Accursius op die titel van I 4 5: “Quia de obligationibus ex maleficio diximus, sequitur de his quae ex quasi maleficio sunt” (my kursivering).

Azo<sup>40</sup> sien die gemeenskaplike kenmerk van die aksies wat uit quasi-delik ontstaan in die feit dat hulle almal in factum is. Aanspreeklikheid ingevolge die actio de effusis vel deiectis, die actio de positis ac suspensis en dié van die nauta, caupo en stabularius is nie ex maleficio nie, aangesien dit intree as gevolg van die culpa van 'n ander.<sup>41</sup> Die aanspreeklikheid van die iudex lewer egter 'n probleem op. Azo sê dat indien hy dolo opgetree het, hy ex maleficio aanspreeklik sal wees; indien hy slegs per imprudentiam opgetree het, sal sy aanspreeklikheid quasi ex maleficio wees. Van die regter word die dokter onderskei: om te sny is 'n maleficium op sigself en daarom is die dokter altyd ex maleficio aanspreeklik.<sup>42</sup>

Interessantheidshalwe kan daar gewys word op Révigny se verklaring van die aanspreeklikheid van die iudex.<sup>43</sup> Indien die iudex dolus aan die dag lê, is hy aanspreeklik ex delicto – andersins weens quasi-delik. Hy verskil met Azo omtrent die rede waarom die dokter ex maleficio aanspreeklik is en die regter weens quasi-delik. Die regter, anders as die dokter, sê Révigny, doen nie kundigheid voor nie. Indien hy dan sleg oordeel, is hy nie ex maleficio aanspreeklik nie, maar slegs op grond van quasi-delik.<sup>44</sup>

Die Accursiese glosse verwys spesifiek na die begrip quasi-delik. So dui die glos agendum op D 44 7 5 5 aan hoe quasi-delikte van delikte verskil: indien by 'n quasi-delik een van meerdere aanspreeklikes betaal, word die ander bevry; 'n persoon wat ingevolge 'n quasi-delik aanspreeklik is, kan van die werklike dader verhaal (hier lê die klem dus op aanspreeklikheid weens die handeling van 'n ander); en 'n quasi-deliktuele aksie sou dan nie noksaal wees nie – iets wat hierdie glos egter as onwaar beskou.

Die glos haeredi op I 4 5 4 bou hierop voort. Dit herhaal dat by 'n quasi-delik betaling deur een aanspreeklike die ander aanspreeklikes bevry, en dat 'n aksie ex maleficio nie aan 'n dief gegee word nie. 'n Quasi-deliktuele aksie word gegee selfs al het daar geen sessie plaasgevind nie. Verder word so 'n aksie ook meer gereedelik aan erfgename van eisers toegestaan as aksies wat ex maleficio ontstaan het.

Dit lyk egter nie of daar in die Middeleeue reeds 'n definisie vir quasi-delikte as 'n besondere klas bestaan het nie. Meesal word slegs die verskille tussen quasi-delikte en delikte aangedui. Verder is dit interessant om te sien dat in geval van die actio de effusis vel deiectis, die actio de positis ac suspensis en die aanspreeklikheid van die nauta, caupo en stabularius, die klem val op aanspreeklikheid vir ander mense se handeling weens culpa

<sup>40</sup>Summa op I 4 5, nr pr.

<sup>41</sup>idem nr 3-5.

<sup>42</sup>idem nr 1-2.

<sup>43</sup>Kommentaar op I 4 5. Révigny se kommentaar op die Institute is gedruk onder die naam van Bartolus. Stein 365 haal hom aan as sou dit Bartolus wees. So ook Hochstein 41-42. Sien hieroor Meijers *Etudes d'histoire du droit* 3 99-100. Verder is Révigny se kommentaar op I 4 5 ook gedruk onder die naam van Pierre de Belleperche in lg se *Lectura Institutionum*. Sien hieroor Weimar "Die Erstausgabe der sogenannten Lectura Institutionum des Pierre de Belleperche" in 35 (1967) *Tijdschr v Rechtsgesch* 284 285. Die uitgawe wat ek gebruik het is Belleperche se *Lectura Institutionum*.

<sup>44</sup>Kommentaar op I 4 nr 1: "iudex qui non praetendit peritiam, et sic non decipit si per imperitiam male iudicat, tenetur quasi ex maleficio." Stein 365 en Hochstein 41 sê slegs dat "male iudicare" die regter aanspreeklik stel.

in die keuring.<sup>45</sup> Die aksies is nie reïpersekutories nie. Daar word steeds 'n mate van straf veronderstel. Vandaar dat hulle nie passief oorerflik is nie. Getrou aan hulle werkwyse en tradisie, beweeg die Middeleeuers nie weg van die *Corpus Iuris* nie.

In die tydperk van die Humanisme word daar nuwe rigtings ten aansien van die quasi-delikte ingeslaan. 'n Belangrike stap word deur Cuiacius gedoen.<sup>46</sup> Volgens hom berus aanspreeklikheid quasi ex delicto op culpa. Hy is bewus daarvan dat in die geval van die actio legis Aquiliae culpa in beginsel voldoende is om tot deliktuele aanspreeklikheid te lei. Sy argument kom egter hierop neer: culpa plus saakbeskadiging is nodig vir deliktuele aanspreeklikheid; enige ander vorm van culpa waardeur 'n ander benadeel word, is nie 'n maleficium nie en word ook nie deur die actio legis Aquiliae geraak nie; so 'n geval kan egter ressorteer onder 'n actio in factum praetoria, waarvan die aksies weens quasi-delik verskyningsvorme is. Só verklaar Cuiacius hierdie vorm van aanspreeklikheid. Daarmee breek hy egter heeltemal weg van die gesag van die tekste in die *Corpus Iuris*.

Cuiacius se opvatting het groot invloed gehad. Janus a Costa<sup>47</sup> sê dat 'n quasi-delik eerder uit 'n mens se eie onkunde of nalatigheid as die onkunde of nalatigheid van mense onder hom ontstaan. Verder steun hy ook die idee van Cuiacius dat culpa sonder saakbeskadiging nie met die actio legis Aquiliae ageerbaar is nie, maar met 'n praetoriese actio in factum. Ook die Duitser Heineccius staan onder hierdie invloed. Volgens hom is quasi-delikte "facta illicita, sola culpa, sine dolo malo admissa."<sup>48</sup>

Hierdie invloed het deurgewerk tot by Pothier. So sê hy<sup>49</sup> dat 'n quasi-delik die feit is waardeur iemand sonder kwaadwilligheid, maar deur sorgeloosheid wat nie verskoon kan word nie, 'n ander benadeel. Die onderskeid deur Cuiacius gemaak tussen Aquiliese aanspreeklikheid en quasi-delik word egter nie meer gehandhaaf nie. Volgens Pothier bestaan daar nou twee breë groepe onregmatige dade: dié waarby daar opset aanwesig is ("délit") en dié waar daar nalatigheid is ("quasi-délit"). Hierdie onderskeid word nog in die Franse Code Civil aangetref in die vorm van artikels 1382 en 1383, ofskoon dit nie van enige praktiese belang is nie.

Donellus toon weer 'n heel ander benadering. In die algemeen sê hy dat die quasi-delikte gevalle is waar iemand nie weens 'n delik aanspreeklik is nie, maar waar daar iets soortgelyk aan 'n delik plaasgevind het.<sup>50</sup> Daar is

<sup>45</sup>Vgl glos culpae op D 9 3 1 4 en Albericus de Rosate se kommentaar op D 4 9 1 nr 1.

<sup>46</sup>Kommentaar op die titel van I 4 5 (in *Opera Omnia* vol 1 Neapoli 1758): "Quae ex culpa fiunt potius quam ex delicto. Culpa separatus a delicto: et tamen in lege Aquilia culpa etiam levissima delicto adnumeratur, si per imprudentiam quis sua corpore, vel per causam sui corporis alienum animal occiderit, aut vulneraverit, alienamve rem . . . usserit . . . ; haec damnorum genera culpam augent, et in maleficium convertunt. Alias vero culpa, quae alio modo laedit alterum, non est maleficium, nec vindicatur actione legis Aquiliae, sed actione in factum praetoria. . ."

<sup>47</sup>Kommentaar op die titel van I 4 5 en I 4 5 pr.

<sup>48</sup>*Recitationes in elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum* : . . op I 4 5.

<sup>49</sup>*Oeuvres de Pothier, contenant les traités du droit français* bd 1 62: "Le quasi-délit est le fait par lequel une personne, sans malignité, mais par une imprudence qui n'est pas excusable, cause quelque tort à un autre."

<sup>50</sup>*Commentarius de iure civili* 15 43 2.

twee soorte quasi-delikte: een soort waar iemand iets gedoen het en niemand benadeel het nie, en 'n ander waar die aanspreeklike nie self skade aangerig het nie, maar 'n ander persoon dit gedoen het as gevolg van die negligentia of iets soortgelyks van eersgenoemde.<sup>51</sup> Dit is interessant dat Donellus die iudex uitsluit van hierdie aanspreeklikheid.<sup>52</sup> Die iudex qui litem suam fecit lê nie negligentia aan die dag nie, maar dolus of daardie culpa wat 'n maleficium tot gevolg het en met die actio legis Aquiliae ageerbaar is.

Die Romeins-Hollandse reg ken ook aanspreeklikheid weens quasi-delik. By die resepsie van die Romeinse reg het aanspreeklikheid van die iudex egter 'n verandering ondergaan. Groenewegen<sup>53</sup> dui aan dat die regter nie meer aanspreeklik is weens imperitia<sup>54</sup> nie, maar slegs indien hy dolo malo opgetree het. Vinnius<sup>55</sup> huldig dieselfde standpunt: dit is nie onregverdig nie, aangesien daar teen 'n onbillike vonnis appèl aangeteken kan word.

Hugo de Groot toon 'n interessante benadering. In sy *Inleidinge* klassifiseer hy die ander drie quasi-delikte onder die titel "misdaed door wetduiding" (3 38). In 3 37 bespreek hy die "misdaed tegens goed" en in 3 37 9 sê hy dat "[e]n rechter, wijzend jegens wetten die men behoort te weten, ofte gunnende uitstel jegens recht" verantwoordelik is vir die skade wat daaruit voortvloei. In dieselfde asem noem hy die landmeter en beampteskrywer wat beroepsfoute maak. Dit lyk asof mens hier met 'n ontwikkelde vorm van Aquiliese aanspreeklikheid te doen het. Daarvolgens is ook skade wat nie in saakbeskadiging bestaan nie, verhaalbaar. Die invloed van Donellus kan bespeur word by De Groot se standpunt omtrent die aanspreeklikheid van die regter. Dié standpunt is nie algemeen aanvaar nie.<sup>56</sup>

Is daar nog enige waarde geheg aan die begrip quasi-delik? Vinnius<sup>57</sup> omskryf dit as "omne factum, quo quis proprie quidem dici non potest deliquisse, sed tamen quod maleficio est proximum." Verder<sup>58</sup> sê hy dat al hierdie aksies gebaseer is op 'n actio in factum subsidiaria en "commune autem hoc est omnium actionum poenaliu[m], quod haeredibus quidem dentur, sed adversus haeredem non competant: neque enim aequum esset haeredem ex delicto defuncti poenam sustinere." Hierdie sitaat is interessant: die Aquiliese aksie het reeds sy strafkarakter in die Romeins-Hollandse reg verloor, maar die quasi-delik blykbaar nog nie.<sup>59</sup> Die rede hiervoor was

<sup>51</sup>idem 15 43 3. Hier dink Donellus waarskynlik aan culpa in eligendo by werknemers of mense wat 'n gebou betree.

<sup>52</sup>idem 15 43 13. Omdat Donellus die klassieke reg weergee, is hy geregtig om die Justiniaanse indelings te verander.

<sup>53</sup>*De legibus abrogatis etc* op I 4 5 pr nr 1 en 2.

<sup>54</sup>Reeds in die Middeleeue het die juriste nie meer na *imprudencia* nie, maar na *imperitia* verwys. Dit is waarskynlik as gevolg van die spreuk "*imperitia culpa adnumeratur*" wat op die dokter van toepassing was.

<sup>55</sup>*In quattuor libros Institutionum . . . commentarii etc* op I 4 5 pr.

<sup>56</sup>Van Leeuwen *Censura Forensis* 2 1 8 9. Voet *Commentarius ad Pandectas* 5 1 58.

<sup>57</sup>in sy inleidende kommentaar op I 4 5.

<sup>58</sup>idem op I 4 5 3. Vgl Voet 9 3 1 en 4 9 3: die ander quasi-delikte is ook nie passief oorefflik nie.

<sup>59</sup>Vgl Scott *Die geskiedenis van die oorerflikheid van aksies op grond van onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1976) 154 ff.

miskien dat quasi-delik ontwikkel het in 'n soort middellike aanspreeklikheid en dat dit onbillik sou wees om die erfgename van 'n persoon wat nie eens self die skade aangerig het nie, aanspreeklik te hou. Hierdie feit verklaar miskien die bestaan van quasi-delikte naas die ander delikte.

De Groot en Van der Keessel behandel die drie oorblywende quasi-delikte as 'n besondere vorm van aanspreeklikheid. Voet laat hom nie uit oor die begrip quasi-delik nie, maar konsentreer op die verskillende verskyningsvorme daarvan.

By Van Leeuwen tref mens weer 'n ander benadering ten aansien van die begrip quasi-delik aan. In sy *Het Rooms-Hollands-Regt* 4 39 bespreek Van Leeuwen, op die voetspoor van Hugo de Groot se "misdaed door wetduiding," die "verbintenis uit saak gelijk als misdaad." Hieronder val die drie quasi-delikte, asook aanspreeklikheid vir diere en sake (byvoorbeeld skepe). In sy *Censura Forensis* 1 5 20 en 21 vertaal Van Leeuwen hierdie soort aanspreeklikheid in sy geheel met aanspreeklikheid quasi ex maleficio, naamlik aanspreeklikheid ". . . ex omni facto quo quis non recte deliquisse dici potest, ut cui dolus nullus intervenerit, sed tamen quod propter culpam accedentem delicto proximum est. . . ." <sup>60</sup>

Hierdie culpa is aanwesig òf waar iemand self skade aanrig òf waar hy aanspreeklik is weens die culpa van 'n ander of weens skade wat deur 'n saak aangerig is. Die iudex se posisie word ook bespreek. Van Leeuwen se definisie is nie baie duidelik wat aanspreeklikheid ex rebus nostris betref nie: waarin is culpa in so 'n geval geleë? 'n Moontlike verklaring vir Van Leeuwen se standpunt is die volgende: Van Leeuwen het Hugo de Groot se "misdaed door wetduiding" opgeneem as "verbintenis uit saak gelijk als misdaad." "Gelijk als misdaad" is toe in die *Censura Forensis* vertaal as quasi maleficio. Van Leeuwen se quasi-delik is dus iets anders as die Romeinsregtelike quasi-delik, en weerspieël nie die Romeins-Hollandse reg nie.

Soos reeds hierbo aangedui is, lyk dit asof die begrip quasi-delik in die Romeins-Hollandse reg slegs een funksie gehad het, naamlik om aan te dui dat 'n persoon aanspreeklik is vir skade wat in besondere gevalle deur 'n ander aangerig is. Die idee wat in die Middeleeue posgevat het, dat daar in hierdie gevalle aanspreeklikheid is weens culpa in die uitsoek van dienaars of keuring van persone wat die woning betree, kom ook in die Romeins-Hollandse reg voor. <sup>61</sup> Dit was alleen moontlik om tot hierdie punt te ontwikkel nadat die iudex se aanspreeklikheid onder 'n ander hoof ingedeel is. Verder was die begrip quasi-delik in die Romeins-Hollandse reg waarskynlik

<sup>60</sup>CF 1 5 20 1. Volgens Hochstein 87 ff is die actio de pauperie deur heelwat skrywers van die Usus modernus pandectarum-skool behandel as 'n verskyningsvorm van die quasi-delik. Daar sou ook 'n mate van culpa aanwesig wees, 'n soort culpa praecedens.

Op 89 verwys hy na Van Leeuwen se benadering en voeg by dat dit lyk asof Van Leeuwen, deur te praat van aanspreeklikheid ex propria sua persona en ex persona alterius, beïnvloed is deur Volteius (*Jurisprudentia Romana*) se onderskeid tussen propria en impropria delicta.

Hy slaag egter nie daarin om 'n bevredigende oplossing te gee vir die feit dat Van Leeuwen al hierdie kategorieë onder die quasi-delik tuisbring en nog steeds van culpa gebruik maak nie.

<sup>61</sup>Voet 9 3 1; Van der Keessel *Praelectiones* op *Inleidinge* 3 38 9 (implisiet).



van weinig praktiese belang: daar is meer gelet op die verskillende verskyningsvorme daarvan.

3 Ten slotte kan daar kortliks gekyk word na die posisie van die quasi-delik in die Suid-Afrikaanse reg. Op hierdie punt is daar baie min gesag. Daar kan egter aanvaar word dat die begrip nie meer in ons reg bestaan nie. Die rede hiervoor is die erkenning van die middellike aanspreeklikheid van werkgewers vir die onregmatige dade van hulle werknemers. Aanspreeklikheid van die nauta, caupo en stabularius het dus hierin opgegaan.

Aanspreeklikheid op grond van die actio de effusis vel deiectis en die actio de positis ac suspensis het weinig in die Suid-Afrikaanse reg ter sprake gekom.<sup>62</sup> Na aanleiding van 'n dictum van hoofregter Wessels in *Colman v Dunbar*,<sup>63</sup> lyk dit asof aanspreeklikheid in so 'n geval gebaseer word op die huisbewoner se culpa wat daarin geleë is dat hy nie sy huismense beheer nie. Mens sou ook kon sê dat dit hier gaan om skuldlose aanspreeklikheid: 'n huisbewoner kan sy huismense goed beheer, maar daar kan nog steeds gevälle voorkom waar hy aanspreeklik sal wees ten spyte daarvan dat hy die skade nie kon voorkom nie – byvoorbeeld waar 'n vreemdeling sy huis binnegedring het sonder dat hy daarvan geweet het of daar redelikerwys van hom verwag kon word om daarvan te weet. □

*We cannot fully understand an age, unless we understand how that age regarded the past, for every age makes his own past, and this re-creation of the past is one of the elements that go to the making of the future.*

*Christopher Dawson* Edward Gibbon 24

<sup>62</sup>Sien *Clair v Port Elizabeth Harbour Board*; *Kennedy v The Same* 5 EDC 311; *Marais v Eloff* (1893) Hertzog 138; *Transvaal and Rhodesian Estates Ltd v Golding* 1917 AD 18 27–28; *Colman v Dunbar* 1933 AD 141; *Bowden v Rudman* 1964 4 SA 686 (N) 692; Hunt “Gardy-loo” in 1963 *SALJ* 273–280.

<sup>63</sup>supra 159. Die okkupeerder is aanspreeklik “. . . as it is his duty to control his servants and dependants. Nor was there any great hardship in this because as a general rule the occupier of a house would only have his intimates or servants there, and these he ought to control. If a stranger did the act the occupier could recover from such stranger whatever damage he was compelled to pay . . . .”

# 'n Juridiese analise van die konstitusionele voorstelle vir 'n nuwe grondwetlike bedeling in Suid Afrika\*

SC Jacobs

BA LLB Drs Juris

Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys

## SUMMARY

This article deals with a juridical analysis of the government's proposals for a new constitutional dispensation for South Africa with special reference to the legal problems and legal shortcomings emanating from these proposals. An attempt is also made to indicate how these shortcomings and legal lacunae could be overcome.

In order to solve the problem concerning the doctrine of parliamentary sovereignty in the light of the *three* ethnical parliaments, the writer proposes a system of judicial supremacy which entails a fully entrenched constitution – ie in continental legal sense a Grundnorm constitution – coupled with judicial control by the appellate division of the supreme court of South Africa. Such a system of judicial control has several advantages. It could on the one hand be used to control the state president in the exercise of his almost unfettered powers under the new constitutional dispensation and on the other hand it could be a check on the ethnic parliaments not to adopt legislation which falls outside their sphere of competence, and if they do so, to declare such legislation ultra vires the constitution and therefore null and void. By far the greatest advantage of an entrenched constitution coupled with judicial control is that the legislative and executive branches of government do not stand above the constitution but are bound to legislate and rule in strict accordance with constitutional provisions. The old Free State case of *State v Gibson* quoted in *R v Roux* 1936 AD 271 on 296 and 297 is in this regard a case in point.

In addition, the writer favours the inclusion of a Bill of Rights provided that such a Bill of Rights not only safeguards individual rights but also group rights; and provided further that state security matters and the multi-ethnicity of South Africa's population and problems flowing therefrom are duly taken into account. Such a Bill of Rights should – in the writer's view – not only contain substantive human rights but also procedural human rights, eg the audi alteram partem-principle, the right to legal representation, the prohibition on the retroactive effect of statutes and the principle that the onus of proof in criminal law rests on the state.

The writer proposes that the constitutional bill be published as a white paper and that persons and organisations should be given full opportunity to make submissions and to propose amendments, alterations and the like. Without doubt, such a method will greatly enhance the acceptability of the new constitutional dispensation among the three population groups.

---

\*Lesing gehou op 17 November 1978 in die reeks Fakulteitslesings van die Fakulteit Regsgeleerdheid van die PU vir CHO. (Intussen is die *Konsepgrondwet van die Republiek van Suid-Afrika* op 3 April 1979 in Staatskoerant 6386 gepubliseer. Hierdie konsep is slegs die formele beliggaming van die voorstelle in hierdie artikel bespreek (redakteur).)

## 1 INLEIDING

Alvorens enkele probleemvlakke met betrekking tot die nuwe konstitusionele voorstelle aangedui en ontleed kan word, moet – ter wille van historiese en inhoudelike perspektief – die oorsprong en inhoud van die voorstelle nagegaan word. Sonder 'n behoorlike begrip van die oorsprong en inhoud van die voorstelle is dit onmoontlik om die voorstelle aan sinvolle juridiese ontleding te onderwerp. Hoewel die klem hier op die probleemvlakke rondom die konstitusionele voorstelle val, moet nie daaruit afgelei word dat die voorstelle slegs op 'n negatiewe wyse gekritiseer word nie. Veel eerder is dit die bedoeling om na aanleiding van die geïdentifiseerde probleemvlakke, perspektiewe te verkry en riglyne aan te dui wat by die nadere presisering van die voorstelle oorweeg kan word. Dat sodanige nadere presisering nodig is alvorens die nuwe voorstelle in wetgewerstaal gegiet kan word, staan bo twyfel. Trouens, die voorstelle is, soos dit tans daar uitsien, niks meer nie as 'n raamwerk wat dringend op inhoudelike vormgewing wag.

## 2 VOORGESKIEDENIS EN OORSPRONG VAN DIE KONSTITUSIONELE VOORSTELLE

Die gedagte om die bestaande konstitusionele bestel in Suid-Afrika te wysig en aan te pas om voorsiening te maak vir die politieke aspirasies van Suid-Afrika se multi-etniese bevolking, is geen nuwe gedagte nie. Tog was die regerende Nasionale party, tot heel onlangs nog, slegs bereid om net vir die verskillende Swart bevolkingsgroepe in Suid-Afrika – dit wil sê nie vir die Kleurling- en Asiërgroep nie – 'n eie konstitusionele bestel uit te werk. Hierdie konstitusionele bedeling vir die Swart volke het reeds kort na die bewindsaanvaarding van die Nasionale party in 1948 vorm begin aanneem deur die aanvaarding van die Wet op Bantoe-owerhede in 1951<sup>1</sup> wat enkele jare later in 1959 opgevolg is deur die Wet op die Bevordering van Bantoeselfbestuur.<sup>2</sup> Hierdie twee wette het op die etnies-geografiese grondslag wat deur die wette van 1913<sup>3</sup> en 1936<sup>4</sup> gelê is, gestalte begin gee aan eiesoortige bestuursinstellings vir Suid-Afrika se verskillende Swart volke in tuislandverband. Die oogmerk was om langs evolusionêre konstitusionele weg aan hierdie Swart volke omvattende selfbestuur en later soewereine onafhanklikheid te verleen. Die logiese eindpunt van hierdie konstitusionele ontwikkelingsgang is intussen reeds deur die Transkei en Bophuthatswana bereik.<sup>5</sup> Ook die Swartes buite die tuislande is by die konstitusionele patroon van die tuislande betrek. Trouens, die beleid van die regerende Nasionale party was en is klaarblyklik vandag nog steeds – alhoewel stemme óók in regeeringsgeledere daarteen begin opgaan – dat die Swartes buite die tuislande hulle politieke regte slegs in hulle betrokke tuislande, en nie in die Blankegebied nie, kan uitoefen. In aansluiting hierby word voorsien dat die pas

---

<sup>1</sup>Wet 68 van 1951.

<sup>2</sup>Wet 46 van 1959.

<sup>3</sup>Bantoe Grond Wet, 27 van 1913.

<sup>4</sup>Bantoe-trust en -Grond Wet, 18 van 1936.

<sup>5</sup>Sien in hierdie verband veral Venter *Die Suid-Afrikaanse Bantoe-staatsreg* (proefskrif Potchefstroom 1978) 596–750.

ingestelde gemeenskapsrade slegs om prakties-funksionele redes plaaslike bestuursfunksies in die Blankegebied sal uitoefen. Die bedoeling is dat hulle later juridies-polities onder die omvattende jurisdiksie van tuislandregerings sal funksioneer. Teen hierdie agtergrond is dit duidelik waarom die regering Swartes van die nuwe aangekondigde konstitusionele bestel uitgesluit het. Die argument waarvan die regering hom hier bedien, is dat daar vir die Swartes reeds 'n grondwetlike raamwerk bestaan en dat, ter wille van effektiewe identiteitshandhawende Blanke voortbestaan, daarvan nie afgewyk kan word nie.

Wat die Kleurlinge en Asiërs betref, is daar tot onlangs – voor die aanstelling van die kabinetskomitee wat die opdrag gekry het om 'n nuwe konstitusionele bedeling vir Suid-Afrika te oorweeg – van die standpunt uitgegaan dat die politieke aspirasies van hierdie twee bevolkingsgroepe op die een of ander wyse binne die bestaande Westminster- konstitusionele bestel geakkommodeer moes word. Hierdie staatsregstelsel het in Suid-Afrika sy beslag verkry deur die “Zuid-Afrika Wet” van 1909<sup>6</sup> waardeur die Unie van Suid-Afrika tot stand gekom het. Met republiekwording in 1961<sup>7</sup> is hierdie stelsel met enkele geringe wysigings voortgesit. Ten einde aan die Kleurlinge seggenskap oor hulle eie sake binne die bestaande grondwetlike bestel te gee, is die Uniale Raad vir Kleurlingsake in 1959<sup>8</sup> in die lewe geroep. Hierdie raad is in 1969 uitgebrei tot die Verteenwoordigende Kleurlingraad wat as 'n eie wetgewende vergadering vir die Kleurlinge deur Kleurlingstemgeregtigdes verkies word.<sup>9</sup> 'n Soortgelyke ontwikkelingspatroon het aanleiding gegee tot die instelling van die Indiërraad.<sup>10</sup>

Die laasgenoemde twee liggame beskik egter oor uiters beperkte bevoegdhede en die besef het algaande in regeringskringe posgevat dat die status en kring van bevoegdhede van hierdie liggame aansienlik uitgebrei sal moet word om enigsins – indien ooit – aan die politieke aspirasies van die betrokke twee bevolkingsgroepe te voldoen. Hierteenoor het Kleurlingleiers bykans sonder uitsondering deurgaans die standpunt ingeneem dat Kleurlinge mettertyd sitting in die Blankeparlement behoort te verkry. Van hierdie standpunt is tot dusver nie afgesien nie; selfs nie na die aankondiging van die konstitusionele voorstelle nie.<sup>11</sup> Alhoewel sommige Kleurlingleiers bereid is om hulle ondersteuning aan die nuwe voorstelle te gee, sien hulle die nuwe voorgestelde konstitusionele skema net as 'n voorlopige bedeling wat uiteindelik moet uitloop op Kleurlingverteenwoordiging in die Blankeparlement.<sup>12</sup> In hierdie verband dien daarop gewys te word dat ook som-

<sup>6</sup>Vir die teks van hierdie wet, sien Verloren van Themaat en Wiechers *Staatsreg* (1967) 553–555.

<sup>7</sup>deur Wet 32 van 1961.

<sup>8</sup>Wat die staatsregtelike posisie van die Kleurlinge rondom die Uniale Raad van Kleurlingsake en die Verteenwoordigende Kleurlingraad betref, sien die Verslag van die Kommissie van Ondersoek na Aangeleenthede rakende die Kleurlingbevolkingsgroep (hierna genoem die Erika Theron-verslag) (Staatsdrukker 1976) 338 en 339.

<sup>9</sup>ibid.

<sup>10</sup>Wet op Suid-Afrikaanse Indiërraad, 31 van 1968.

<sup>11</sup>Vgl *Die Burger* 30 Mei 1978 7.

<sup>12</sup>ibid.

mige Blankepolitici, akademici en selfs enkele leiersfigure in die Nasionale party die konstitusionele voorstelle slegs as 'n voorlopige skema beskou. Die skema sou as basis kon dien vir verdere onderhandelinge met die oog op direkte parlementêre verteenwoordiging vir die Kleurlinge en moontlik ook vir die Asiërs.<sup>13</sup> Daar is tans reeds sprake van 'n gesamentlike parlement met drie afsonderlike kamers vir die Blankes, Kleurlinge en Asiërs.<sup>14</sup>

Die direkte aanleiding tot die konstitusionele voorstelle van die regering is terug te vind in sowel die meerderheids- as die minderheidsaanbevelings van die sogenoemde Erika Theron-kommissie.<sup>15</sup>

Die meerderheidsaanbeveling met betrekking tot konstitusionele aangeleenthede lui soos volg:

“Aangesien die Kleurlingbevolking in die deurslaggewende wetgewende instellings van die Republiek van Suid-Afrika (d.w.s. die parlement, provinsiale rade, munisipale rade en landelike plaaslike owerhede) geen regstreekse aandeel of seggenskap het nie en die suksesvolle ontplooiing van die alternatiewe maatreëls wat vir die doeleindes van Kleurlingverteenvoordinging en -selfbeskikking getref is, aan bande gelê word deur sterk teenkanting van die kant van die oorgrote en effektiewe meerderheid van Kleurlinge, asook deur konstitusionele anomalieë wat volgens die kommissie nie op 'n bevredigende manier en volledig genoeg uit die weg geruim kan word nie, beveel die kommissie aan dat –

(a) met die oog op die verdere uitbreiding van die politieke burgerregte van Kleurlinge en die skepping van geleenthede tot meer konstruktiewe deelname en samewerking voorsiening gemaak word vir bevredigende vorme van *regstreekse* Kleurlingverteenvoordinging en -seggenskap op die verskillende owerheidsvlakke en in besluitnemingsliggame;

(b) met die oog op die implementering van bogenoemde voorstel, 'n komitee van deskundiges aangewys word om meer gedetailleerde voorstelle te doen i.v.m. die organisatoriese en statutêre aanpassings wat vereis word, met dien verstande dat volledig rekening gehou moet word met al die knelpunte en oorwegings wat in hoofstukke 17 tot 21 van hierdie verslag uitvoerig uiteengesit is;

(c) in die proses van konstitusionele aanpassing, aanvaar moet word dat die bestaande Westminster-gefundeerde regeringstelsel verander sal moet word om by die eiesoortige vereistes van die Suid-Afrikaanse plurale bevolkingstruktuur aan te pas.”<sup>16</sup>

Ook die minderheidsaanbevelings verdien aandag. Hierdie aanbevelings, voorafgegaan deur 'n analise van verskillende grondwetlike stelsels, lui dat:

“(a) in die proses van konstitusionele ontwikkeling en aanpassing, aanvaar moet word dat die bestaande Westminster-gefundeerde regeringstelsel verander sal moet word om by die eiesoortige vereistes van die Suid-Afrikaanse plurale bevolkingstruktuur aan te pas;

(b) met die oog op die effektiewe deelname van die Kleurlingbevolkingsgroep aan die regering van die land op sowel die plaaslike as die sentrale owerheidsvlak, bestaande regeringsinstellings opnuut ondersoek en oorweeg sal word in die lig van knelpunte en oorwegings wat in hoofstukke 17 tot 20 uiteengesit is;

(c) 'n komitee van deskundiges aangewys word om meer gedetailleerde voorstelle

<sup>13</sup>Die Burger 30 Junie 1978 3 en Rapport 11 Junie 1978 1.

<sup>14</sup>Volgens Rapport van 10 September 1978 het mnr Piet Marais en prof Ben Vosloo die gedagte van een parlement met drie kamers as 'n moontlike alternatief genoem.

<sup>15</sup>Sien vn 8.

<sup>16</sup>Sien Erika Theron-verslag 512 en 513.

te doen in verband met die organisatoriese en statutêre aanpassings wat vereis word ten einde bestendige ekonomiese en staatkundige ontwikkeling te verseker."<sup>17</sup>

Wanneer die meerderheidsaanbevelings met die minderheidsaanbevelings vergelyk word, blyk dit dat daar eensgesindheid bestaan, eerstens, dat die bestaande Westminster-gefundeerde regeringstelsel verander sal moet word om by die eiesoortige vereistes van die Suid-Afrikaanse plurale bevolkingstruktuur aan te pas en, tweedens, dat 'n komitee van deskundiges aangewys moet word om gedetailleerde voorstelle te doen in verband met die organisatoriese en statutêre aanpassings wat in hierdie verband gemaak sal moet word. Oor één aspek bestaan daar egter klaarblyklik meningsverskil. Terwyl die meerderheidsaanbevelings ten gunste is van bevredigende vorme van *regstreekse* Kleurlingverteenvoordinging en -seggenskap op die verskillende owerheidsvlakke en in besluitnemingsliggame, swyg die minderheidsaanbevelings hieroor. Hierdie swye van die minderheid kan in die lig van hulle aanbevelings en motivering nie anders geïnterpreteer word nie as dat hulle hierdie aspek wou oorlaat aan die voorgestelde komitee van deskundiges. Hulle wou die voorgestelde komitee nie by voorbaat bind nie.

In 'n tussentydse memorandum wat die regering in 1976 saam met die Erika Theron-verslag in die parlement ter tafel gelê het, word die genoemde meerderheidsaanbevelings verwerp sover dit *regstreekse* Kleurlingverteenvoordinging betref. Hierteenoor het die regering hom in die tussentydse memorandum met sowel die meerderheid- as die minderheidstandpunt vereenselwig dat die Westminster-gefundeerde staatsbestel nie noodwendig slaafs in Suid-Afrika nagevolg hoef te word nie. Verder het die regering in ooreenstemming met die meerderheids- en die minderheidsaanbevelings van die kommissie onderneem om 'n deeglike en gesaghebbende ondersoek in te stel na die organisatoriese en statutêre aanpassings wat in die Westminsterstelsel nodig mag wees om aan die behoeftes van Suid-Afrika se veelvolkige gemeenskap te voldoen. In ooreenstemming met hierdie onderneming is 'n kabinetskomitee bestaande uit 'n aantal ministers onder voorsitterskap van die nuut-verkose eerste minister, meneer PW Botha, aangestel om die aanleentheid te ondersoek met die oog op 'n grondwetlike bedeling wat die politieke aspirasies van sowel die Kleurlinge as die Asiërs kan akkommodeer. Hierdie kabinetskomitee het sy voorstelle gedurende Augustus 1977 bekend gemaak. Die voorstelle is daarna deur die onderskeie provinsiale kongresse van die Nasionale party aanvaar.

### 3 DIE VOORGESTELDE KONSTITUSIONELE RAAMWERK<sup>18</sup>

#### 3 1 SENTRALE GESAG

##### 3 1 1 Wetgewende gesag

##### 3 1 1 1 Drie afsonderlike volksrade

Volgens die voorstelle van die kabinetskomitee sal daar geen gemengde

<sup>17</sup>ibid.

<sup>18</sup>Die inligting hierin vervat is hoofsaaklik verkry uit die volgende bronne: *Toekomstige Staatsbestel vir Wit, Bruin en Indiër* Nasionale Party van Suid-Afrika (Oktober 1977); *Suid-Afrika se Nuwe Konstitusionele Plan* Departement Inligting Pretoria; *The Citizen* 12 Oktober 1977 3; *The Star* 12 Oktober 1977 21; *Die Burger* 5 November 1977 4; *Die Transvaler* 7 Oktober 1977 11 en *Die Transvaler* 15 September 1977.

verteenwoordiging in die parlement, hetsy in die volksraad, senaat of 'n derde kamer wees nie. 'n Parlement bestaande uit drie afsonderlike kamers, een vir elke bevolkingsgroep, word ook nie in die vooruitsig gestel nie. Wat beoog word, is drie afsonderlike volksrade, gelyk in status – een vir elk van die drie bevolkingsgroepe: Blankes, Kleurlinge en Asiërs. Die lede van die drie volksrade word deur die stemgeregtigdes van die onderskeie bevolkingsgroepe volgens afsonderlike kieserslyste verkies op die basis van belading en ontlading van stedelike en plattelandse kiesafdelings onderskeidelik.

(a) Magte en bevoegdhede van die drie volksrade

Elke volksraad beskik oor uitsluitlike wetgewende bevoegdhede ten opsigte van partikuliere aangeleenthede, dit wil sê aangeleenthede wat die betrokke bevolkingsgroep uitsluitlik raak. Daarby verkry die drie volksrade medeverantwoordelikheid en medebesluitnemingsbevoegdheid ten opsigte van gemeenskaplike sake: wetgewing van gemeenskaplike belang moet deur een of meer volksrade aangeneem word nadat sodanige wetgewing deur die kabinetsraad geïnisieer en opgestel is. Prakties beskou, beteken dit dat die magte en bevoegdhede van die huidige Blankeparlement slegs soveel verander word as wat nodig is om magte en bevoegdhede ten aansien van aangeleenthede wat uitsluitlik die Kleurling- en die Asiërbevolkingsgroep raak, aan die Kleurling- en die Asiërvolksraad oor te dra. Dit is die voorneme om die oordrag van magte en bevoegdhede geleidelik te laat plaasvind nadat in die kabinetsraad daartoe ooreengekom is. Wat finansiering betref, maak die voorstelle voorsiening daarvoor dat die Kleurling- en die Asiërvolksraad volle bevoegdhede verkry ten opsigte van paslike belastings en lenings wat nie vir goedkeuring aan die Blankevolksraad onderworpe is nie.

Volgens die voorstelle het die drie volksrade die bevoegdheid om *onder andere* oor die volgende partikuliere aangeleenthede wette vir hul onderskeie bevolkingsgroepe te maak:<sup>19</sup>

- alle opvoedkundige aangeleenthede;
- maatskaplike welsyn, pensioene en gesinsbeplanning;
- ekonomiese ontwikkeling, beheer oor handels- en nywerheidsaangeleenthede asook die uitreiking van lisensies *binne die groepe se eie geografiese gebiede*;<sup>20</sup>
- gemeenskapsbou, behuising en ontspanning;
- beheer oor munisipale en plaaslike bestuursinstellings asook die ontwikkeling van nuwe dorpsgebiede;
- landbou-ontwikkeling en beheer oor eie landelike gebiede;<sup>21</sup>
- mynwese en prospektering in eie gebiede;<sup>22</sup>
- beheer oor openbare werke, geboue en skole;
- registrasie van kiesers en die administrasie van verkiesings vir sover dit die eie volksraad, streeks- en plaaslike besture raak;

<sup>19</sup>Sien *Suid-Afrika se Nuwe Konstitusionele Plan 9*.

<sup>20</sup>Dat die nuwe bedeling *een of ander* geografiese beslag sal hê, blyk uit die uiteensetting deur die Departement van Inligting gegee in *Suid-Afrika se Nuwe Konstitusionele Plan 9*.

<sup>21</sup>ibid.

<sup>22</sup>ibid.

– administrasie van en beheer oor 'n eie staatsdiens.

Die bevoegdheid ten opsigte van die ondertekening van wette wat in die huidige staatsregtelike bestel by die staatspresident berus, word ten opsigte van daardie wetgewing waaroor elke volksraad uitsluitlike gesag het, deur die eerste minister van die betrokke volksraad uitgeoefen.

(b) Samestelling van die drie volksrade

(i) Blankevolksraad

Die Blankevolksraad bestaan uit 185 lede waarvan 165 verkies word op dieselfde grondslag as die huidige volksraad. Van die oorblywende 20 volksraadslede word 8 deur die staatspresident benoem, terwyl 12 verkies word op die grondslag van proporsionele verteenwoordiging. Slegs politieke partye wat volksraadsetels by die voorafgaande algemene verkiesing verower het, kom vir proporsionele verteenwoordiging in aanmerking.

(ii) Kleurlingvolksraad

Die Kleurlingvolksraad bestaan uit 92 lede waarvan 82 verkies word, terwyl 6 van die oorblywende 10 lede proporsioneel verkies word, en 4 deur die Kleurlingmeerderheidsparty benoem word.

(iii) Asiërvolksraad

Die Asiërvolksraad bestaan uit 46 lede waarvan 41 verkies word, terwyl 3 van die oorblywende 5 lede proporsioneel verkies word, en 2 deur die Asiërm meerderheidsparty benoem word.

(c) Stemregkwalifikasies

(i) Vir die Blankes bly die stemregkwalifikasies soos tans.

(ii) Die stemregkwalifikasies vir Kleurlinge en Asiërs sal in oorleg met die leiers van die betrokke bevolkingsgroepe bepaal word.

Die voorstelle maak ook voorsiening vir verskeie advieskomitees wat die wetgewende gesag behulpsaam kan wees.

### 3 1 1 2 *Gesamentlike Advieskomitees (Beslegtingskomitees)*<sup>23</sup>

Wanneer teenstrydige besluite in die komiteestadiums in die onderskeie volksrade ten opsigte van wetgewing oor sake van gemeenskaplike belang geneem word, word daardie sake op aanbeveling van die kabinetsraad na gesamentlike advieskomitees verwys om die teenstrydighede uit te stryk. So 'n aangeleentheid kan ook na die presidentsraad vir oorweging en aanbeveling verwys word. Wanneer sodanige teenstrydighede nie deur die gesamentlike advieskomitees bygelê kan word nie, berus die finale beslissing by die staatspresident.<sup>24</sup>

<sup>23</sup>Daar word aan die hand gedoen dat beslegtingskomitee in die lig van die funksie van hierdie liggaam 'n beter benaming as advieskomitee is.

<sup>24</sup>Die staatspresident sal dan die bevoegdheid hê om sodanige wetsontwerp na een volksraad vir aanname deur te stuur.



Die gesamentlike advieskomitees word so dikwels as wat nodig is ad hoc saamgestel.

### 3 1 2 Uitvoerende gesag

#### 3 1 2 1 *Die staatspresident*

##### (a) Verkiesing

Die staatspresident word vir 'n termyn van vyf jaar verkies deur 'n kieskollege wat vir dié doel saamgestel word deur die drie volksrade op 'n bepaalde verteenwoordigende getallegrondslag. Die staatspresident kan ook deur dié kieskollege, in omstandighede wat in die grondwet bepaal word, van sy amp onthef word. Die kieskollege bestaan uit 88 lede waarvan 50 lede deur die Blankevolksraad aangewys word, 25 deur die Kleurlingvolksraad en 13 deur die Asiërvolksraad. Die grondslag waarop die kieskollege saamgestel word, word nie verander nie, tensy elkeen van die drie volksrade daartoe instem.<sup>25</sup>

##### (b) Waarnemende staatspresident

Die staatspresident benoem 'n permanente plaasvervanger wat in sy plek kan optree. Die plaasvervanger tree as waarnemende staatspresident op wanneer die staatspresident afwesig is of nie sy funksies kan waarneem nie.

##### (c) Magte, bevoegdhede en pligte

As uitvoerende staatshoof sal die staatspresident nie slegs nominale staatshoof soos die huidige staatspresident wees nie, maar 'n aktiewe rol in die staatsadministrasie, openbare lewe en politiek van die dag speel. Die staatspresident is die voorsitter van die kabinetsraad en benoem ook die voorsitter van die presidentsraad uit die geledere van daardie liggaam. Sy bevoegdhede en pligte sluit onder andere die volgende in: die opening van sittings van die onderskeie volksrade, asook die vergaderings van die presidentsraad; die akkreditering van diplomatieke verteenwoordigers en die ondertekening van wetgewing wat oor gemeenskaplike aangeleenthede handel.<sup>26</sup>

#### 3 1 2 2 *Die kabinetsraad*

##### (a) Samestelling

Die kabinetsraad bestaan uit die staatspresident, die drie eerste ministers van die onderskeie bevolkingsgroepe en verder ses Blankeministers, drie Kleurlingministers en twee Asiërmínisters; ander ministers kan vir bepaalde gemeenskaplike aangeleenthede op 'n ad hoc-grondslag betrek word.

##### (b) Funksies en bevoegdhede

---

<sup>25</sup>Die getallesamestelling van die kieskollege word dus in die grondwet verskans aangesien een of twee volksrade wat nie ten gunste van 'n verandering van die getallesamestelling van die kieskollege is nie, 'n vetoreg teenoor die ander volksraad of -rade het.

<sup>26</sup>Daar kan aangeneem word dat die staatspresident in die nuwe bedeling ook daardie bevoegdhede sal hê wat uitdruklik in a 7(2) en (3) van die huidige grondwet, wet 32 van 1961, getabuleer is. Of die nuwe staatspresident ook daardie funksies en bevoegdhede sal hê soos in a 7(4) bepaal is, is op hierdie stadium nog 'n ope vraag.

Een van die vernaamste funksies van hierdie liggaam is die inisiëring en opstel van wetgewing oor gemeenskaplike sake welke wetgewing daarna na die drie volksrade vir goedkeuring deurgestuur word. 'n Lid van die kabinetsraad kan enige volksraad toespreek oor aangeleenthede van gemeenskaplike belang. Verder reël die kabinetsraad die ordelyste van die verskillende volksrade ten opsigte van gemeenskaplike sake in oorleg met die leiers van die onderskeie rade.

Geen aanbevelings deur die kabinetsraad word beskou as 'n beperking op die prerogatië van die voorsitter van die kabinetsraad, dit wil sê die staatspresident, nie. Die kabinetsraad het die bevoegdheid om met die instemming van die onderskeie volksrade wetgewing oor gemeenskaplike sake aan een volksraad vir afhandeling op te dra. Wanneer instemming oor wetgewing van gemeenskaplike belang nie bereik kan word nie, word sodanige wetgewing deur die staatspresident aan een volksraad vir afhandeling opgedra. Nadat sodanige wetgewing deur daardie volksraad goedgekeur is, word dit deur die staatspresident onderteken.

Die kabinetsraad sal op dieselfde wyse as die huidige kabinet funksioneer in dié opsig dat beslissings nie by wyse van 'n formele stemming bereik sal word nie, maar deur konsensus ná bespreking. Die staatspresident formuleer daarna die konsensusbesluit.

### 3 1 2 3 *Die onderskeie volkskabinette*

Die staatspresident benoem vir elke volksraad 'n persoon as eerste minister wat na sy mening 'n meerderheid in die betrokke volksraad kan monster. Daarbenewens stel hy ook ministers aan op advies van die onderskeie eerste ministers. Die staatspresident het verder die bevoegdheid om ná oorlegpleging met die betrokke eerste minister, ministers te ontslaan.

Alhoewel die getal ministers van die onderskeie volkskabinette op hierdie tydstip blykbaar nog vir onderhandeling oop is, word in die voorstelle voorsiening gemaak vir die volgende getalle: in die geval van die Blankes, 17 plus die Blanke-eerste minister, terwyl in die geval van die Kleurling-kabinet 5 ministers plus die Kleurling-eerste minister en in die geval van die Asiërkabinet 3 ministers plus die Asiër-eerste minister voorsien word.

Die bevoegdheid ten opsigte van die ondertekening van wette wat tans in die huidige staatsregtelike bedeling by die staatspresident berus, word ten opsigte van daardie wetgewing waaroor elke volksraad uitsluitlike gesag het, deur die eerste minister van die betrokke volksraad uitgeoefen.

### 3 1 2 4 *Die presidentsraad*

'n Totaal nuwe instelling is die presidentsraad wat 'n nie-parlementêre liggaam is en wat uit 55 lede sal bestaan. Hiervan word 20 deur die Blanke-volksraad verkies, 10 deur die Kleurlingvolksraad en 5 deur die Asiërvolksraad. Daarbenewens benoem die staatspresident 20 lede op grond van besondere bekwaamhede, kwalifikasies en dienslewering. Niemand mag terselfdertyd lid van 'n volksraad en die presidentsraad wees nie: daarom doen 'n volksraadslid afstand van sy lidmaatskap van sy volksraad indien hy tot die presidentsraad verkies of daarin aangestel word.

Wat die kwalifikasies vir lidmaatskap van die presidentsraad betref, bepaal die voorstelle dat 'n persoon minstens 30 jaar oud moet wees, stemreg moet hê, oor 'n boedel van minstens R15 000 moet beskik en/of 'n jaarlikse inkomste van minstens R3 000 moet hê. Verder moet 'n lid van die presidentsraad 'n professie, beroep of ambag beklee of beklee het. Die voorstelle maak ook voorsiening vir die verdere oorweging van die kwalifikasies met die oog op die aanstelling van persone van besondere gehalte en wat oor gespesialiseerde kennis beskik.

Die staatspresident benoem 'n voorsitter uit die geledere van die presidentsraad.

Die belangrikste bevoegdheid van die presidentsraad is om die staatspresident en/of die kabinetsraad op sy of hulle versoek oor sake van gemeenskaplike belang te adviseer. Die presidentsraad kan ook uit eie beweging oor sodanige sake beraadslaag en aanbevelings maak. Die presidentsraad kan in komitees verdeel om sy werksaamhede te verrig en het die bevoegdheid om sy eie huishoudelike reglement op te stel.

### 3 2 STREEKSGESAG (PROVINSIALE EN STREEKSRAD E)

Aangesien daar nie provinsiale rade vir Kleurlinge en Asiërs bestaan nie, beveel die voorstelle 'n stelsel van streeksrade vir die Kleurlinge en Asiërs aan. Hierdie rade sal geen wetgewende bevoegdheid hê nie. 'n Streeksadministrateur sal in beheer van elke streek wees. Bestaande provinsiale grense sal as uitgangspunt by die afbakening van hierdie streke gebruik word, maar om doeltreffende administrasie te verseker, word aanbeveel dat Kaapland in drie streke vir Kleurlinge verdeel word. Vir Asiërs word daar vir twee streke in Transvaal en twee in Natal voorsiening gemaak.<sup>27</sup> Wat die Blankes betref, word dit aan die bestaande provinsiale owerhede self oorgelaat om te besluit of hulle die voorgestelde verdeling in streeksgebiede wil volg.

### 3 3 PLAASLIKE GESAG

#### 3 3 1 Plaaslike bestuursinstellings (dorps- en stadsrade)

Die grondwetkomitee beveel aan dat elk van die drie bevolkingsgroepe in stede en dorpe sy eie plaaslike raad moet verkies volgens 'n kiesstelsel wat uitgewerk moet word op die grondslag van volksraadskieserslyste wat vir hierdie doel aangepas is op grond van kwalifikasies soos ouderdom, eiendom, inkomste en okkupasie. Die landelike gemeenskappe van elke bevolkingsgroep word op 'n streeksbasis by die stelsel van plaaslike bestuur ingeskakel.

#### 3 3 2 Bevoegdhede van plaaslike besture

Die bevoegdhede van plaaslike besture word nie in die voorstelle omskryf nie. Daar word slegs aangedui dat sodanige bevoegdhede nog in be-

<sup>27</sup>Ook hieruit blyk dit dat een of ander vorm van geografiese beslag in die voorstelle voorsien word.

sonderhede omskryf moet word met inagneming van die grootte en inkomste van die betrokke gebiede.

### 3 3 3 Skakelorganisasie

'n Skakelorganisasie tussen plaaslike bestuursinstellings vir Blankes, Kleurlinge en Asiërs moet, waar nodig, tot stand gebring word.

## 4 KNELPUNTE EN RIGLYNE

Teen die agtergrond van die konstitusionele voorstelle soos hierbo uiteengesit, word die knelpunte en probleme wat uit die voorstelle blyk vervolgens uitgewys en word riglyne verskaf wat moontlik kan help om dié probleme op te los.

### 4 1 DIE LEERSTUK VAN PARLEMENTÊRE SOEWEREINITEIT<sup>28</sup>

Een van die belangrikste vrae wat oor die nuwe konstitusionele bedeling ontstaan, het betrekking op die leerstuk van parlementêre soewereiniteit. Word hierdie fundamentele beginsel, wat dié hoeksteen van ons huidige staatsreg vorm, oorboord gegooi met die aanvaarding van 'n drie-parlement-sisteam? Indien dit nie oorboord gegooi word nie, waar gaan parlementêre soewereiniteit in die nuwe bedeling setel? Verskeie moontlikhede ontstaan in dié verband. Indien die Blankevolksraad soewerein sou bly, sou dit beteken dat die twee ander volksrade tot 'n ondergeskikte rol gedegradeer sou word; en dit skyn in stryd met die gees van die voorstelle te wees. Volgens 'n ander standpunt is soewereiniteit deelbaar en kan parlementêre soewereiniteit gevolglik in die drie parlemente gesamentlik setel. Teoreties beskou, mag dit lyk asof dié suggestie 'n oplossing kan bied. In die praktyk bring dit egter baie probleme mee. Die soewereiniteit wat hier ter sprake is, is staatsregtelike soewereiniteit ('n ondeelbare begrip) en nie die volkeregtelike soewereiniteit wat wyle generaal Hertzog in gedagte gehad het toe hy die deelbaarheid van die kroon bepleit het nie. 'n Derde moontlikheid is dat die kabinetsraad die soewereine liggaam in die nuwe bedeling word. Dit sou beteken dat daar 'n verskuiwing in ons staatsreg sou plaasvind vanaf parlementêre na sogenaamde *uitvoerende soewereiniteit* aangesien die voorgestelde kabinetsraad nie 'n wetgewende liggaam is nie. In die lig van die (in hierdie stadium?) raadplegende aard van die kabinetsraad, moet hierdie standpunt afgewys word. Uitvoerende soewereiniteit is in elk geval staatsregtelik onhoudbaar.

Die soewereiniteitsprobleem kan moontlik opgelos word deur 'n verkanste grondwet gekoppel aan die een of ander vorm van judisiële kontrole.<sup>29</sup> In so 'n stelsel geld die leerstuk van parlementêre soewereiniteit nie, maar bestaan daar 'n ewewig tussen die uitvoerende, wetgewende en regsprekende gesag. Dit is dus nie die soewereiniteit van die parlement wat voorop staan nie, maar die grondwet, wat immers deur die volk, as afgeleide

<sup>28</sup>Wat die leerstuk van parlementêre soewereiniteit betref, sien veral Verloren van Theemaat en Wiechers *Staatsreg* 27 e.v.

<sup>29</sup>Oor judisiële kontrole sien veral Ekkehart Stein *Staatsrecht* (1973) 241-247.

gesagsdraer van God, gegee is, wat voorrang geniet en waaraan die handelinge van alle owerheidsliggame – en dus ook die handelinge van die parlement – hulle geldigheid ontleen.<sup>30</sup>

#### 4 2 DIE INHOUD EN OMVANG VAN DIE KABINETSRAAD SE BEVOEGDHEDE

Die belangrikste vrae wat ten opsigte van hierdie liggaam ontstaan, is die volgende: Sal die kabinetsraad slegs 'n raadplegende en konsulerende liggaam wees wat op 'n losse, nie-gereguleerde voet fungeer en waar beslissings slegs deur konsensus geneem word? Sal dié liggaam slegs wetgewing oor gemeenskaplike sake inisieer en opstel of sal hy ook as 'n multi-etniese kabinet funksioneer en beleid oor gemeenskaplike sake kan formuleer? Sal die kabinetsraad die bevoegdheid hê om sy voorsitter, die uitvoerende staatspresident, enigsins te kontroleer, en indien wel, wat sal die inhoud, trefwydte en regsgevolg van sodanige kontrole wees?

Daar moet deeglik besef word dat die kabinetsraad nie op losse skroewe kan funksioneer nie omdat die konsensusbeginsel net goed kan werk ten opsigte van nie-kontroversiële aangeleenthede. Sodra sensitiewe sake ter sprake kom waaruit noodwendig prinsipiële meningsverskil – die vyand van die konsensusbeginsel – kan voortspruit, kan die nie-gereguleerde karakter van die kabinetsraad sy grootste struikelblok in die besluitnemingsproses word. Dientengevolge is dit noodsaaklik dat die bevoegdheede en prosedurereëls van die kabinetsraad duidelik in die grondwet omskryf word. Die argument word dikwels gebruik dat die kabinetsraad vergelykbaar is met die huidige kabinet en dat 'n ongestruktureerde funksionering en die konsensusbeginsel daarom in die nuwe liggaam behoue kan bly. Dié argument gaan nie op nie. Die ministers in die huidige kabinet behoort aan dieselfde party en deel oorwegend dieselfde politieke standpunt. Konsensus is derhalwe makliker bereikbaar, alhoewel ministers sal kan getuig dat meningsverskil konsensus selfs in hierdie homogene liggaam bemoeilik en vertraag. Hoeveel moeiliker sal konsensus nie in 'n multi-etniese kabinetsraad wees nie?

#### 4 3 DIE ONDERSKEID TUSSEN GEMEENSKAPLIKE EN PARTIKULIERE SAKE EN VERWANTE AANGELEENTHEDE

Die skeidslyn tussen gemeenskaplike en partikuliere sake is nêrens in die konstitusionele voorstelle getrek nie. Watter sake gaan as gemeenskaplik aangemerkt word en watter sake gaan, daarteenoor, 'n partikuliere karakter dra? Hierdie vrae moet as een van die grootste knelpunte gesien word wat uit die voorstelle voortspruit. Indien die swartepunt by gemeenskaplike sake lê, word die weg ongetwyfeld voorberei vir 'n geïntegreerde staatsregpatroon; want dan word nie net die meeste wette gesamentlike aangeleenthede nie, maar ook die uitvoerende gesag – en dus die staatsdiens – oorwegend geïntegreerd. Hierdie konsekwensie word nie genoegsaam besef nie, of diegene wat dit besef, swyg daaroor. Dit bring nie net de facto magsdeling mee nie maar beteken ook de jure magsdeling in die volle

<sup>30</sup>Vgl *R v Roux* 1936 AA 271 op 295 en 296 per ar Beyers en Voet 48 4 2.

sin van die woord naamlik deling van mag vir sover dit gemeenskaplike sake betref.<sup>31</sup>

Indien die regering hierdie integrasiepatroon wil vermy, sal die klem noodwendig op partikuliere sake moet val en sal gemeenskaplike sake tot die laagste minimum beperk moet word. Dit is 'n onomstootlike noodwendigheid. Dieselfde uitgangspunt sal uit die aard van die saak ook vir die uitvoerende gesag en dus vir die staatsdiens moet geld. Dit beteken dat soveel departemente as moontlik verdrievoudig sal moet word. Departemente soos justisie, polisie en verdediging, wat op die oog af 'n gemeenskaplike karakter dra, sal in die geheel of gedeeltelik<sup>32</sup> gedifferensieer moet word. Dat die verdrievoudiging van die oorgrote meerderheid van staatsdepartemente hoë koste sal meebring, is 'n noodwendige konsekwensie van die konstitusionele voorstelle.

Dit is onwenslik dat daar huidig nog geen duidelikheid bestaan oor die wyse waarop daar tussen gemeenskaplike en partikuliere sake onderskei gaan word nie. Die enigste wyse waarop dit juridies sinvol kan geskied, is om gemeenskaplike en partikuliere sake uitdruklik in die grondwet af te baken, te omskryf en te tabuleer. Indien dit nie gebeur nie, kan die verskillende volksrade in die duister verkeer oor die sake ten opsigte waarvan hulle wetgewing mag aanneem. Verdere vrae wat in hierdie verband ontstaan, is of die afbakening, omskrywing en tabulering van gesamentlike en partikuliere sake (waarby 'n uitdruklike bepaling met betrekking tot die uitsluitlike wetgewende bevoegdhede van elk van die drie volksrade ingesluit is) in die grondwet verskans gaan word en of die regsprekende mag kontrole daaroor gaan hê. Myns insiens behoort nie net die genoemde aangeleenthede verskans te word nie, maar die grondwet in sy geheel. Dit is voorsienbaar dat selfs indien die bevoegdhede van die onderskeie volksrade in duidelike taal in die grondwet omskryf word, daar, soos by enige ander wet, interpretasieprobleme oor die inhoud en trefwydte van dié bevoegdhede kan ontstaan. Dit kan dus in gegewe gevalle gebeur dat een of meer volksrade wetgewing aanneem waaroor hulle geen bevoegdheid het nie met die gevolg dat sodanige wetgewing op grond van bevoegdheidsoorskryding ultra vires en dus nietig sal wees. Die grondwetlike voorstelle bepaal nie hoe geskille van hierdie aard opgelos kan word nie. Waarskynlik sal die opstellers van die grondwetlike voorstelle die gesamentlike advieskomitee ook vir die beslegting van geskille van hierdie aard wil aanwend ten spyte daarvan dat die gesamentlike advieskomitee, soos in die voorstelle voorsien, 'n ander taak het.

Wanneer die onderskeie volksrade in die komiteestadiums teenstrydige besluite aanneem ten opsigte van wetgewing oor gemeenskaplike sake, word die aangeleentheid op aanbeveling van die kabinetsraad na 'n gesamentlike advieskomitee verwys om die teenstrydighede uit te skakel. (Sodanige aan-

<sup>31</sup>Synde 'n regsanalise word hier nie standpunt ten gunste van of teen magsdeling ingeneem nie.

<sup>32</sup>In hierdie verband kan 'n mens jou goed voorstel dat selfs 'n departement soos verdediging omskep kan word in 'n gemeenskaplike departement wat oorkoepelende sake hanteer. Daarbenewens kan elke bevolkingsgroep oor sy eie departement van verdediging beskik.

geleenthede kan ook na die presidentsraad vir oorweging en aanbeveling verwys word.) Wanneer teenstrydighede nie deur die gesamentlike advieskomitee opgelos kan word nie, berus die finale beslissing by die staatspresident. Alhoewel die gesamentlike advieskomitee ad hoc aangestel word, moet, gesien die inhoud en gees van die voorstelle, aanvaar word dat die gesamentlike advieskomitee basies in kleiner formaat dieselfde etniese verhoudingsamestelling as die drie volksrade en die kabinetsraad sal hê. Dieselfde verdelingslyn wat oorspronklik tot die geskil aanleiding gegee het, sal met ander woorde hoogs waarskynlik ook in die gesamentlike advieskomitee bestaan.

Die ad hoc-karakter van die gesamentlike advieskomitee kan eweneens bevraagteken word. Die feit dat die advieskomitee waarskynlik dikwels opnuut saamgestel sal (kan) word, skep nie net die indruk van 'n samestelling met die oogmerk om een groep bo die ander groepe te bevoordeel nie, maar kan ook aanleiding gee tot ander interpretasies as dié waartoe advieskomitees gekom het wat voorheen saamgestel is om oor dieselfde teenstrydighede te beslis. Sulke gevalle kan tot etniese wrywing aanleiding gee waaruit politieke onstabieleit kan voortvloei.

Om die staatspresident alleen met die finale beslissing te belas waar die advieskomitee nie daarin kon slaag om die teenstrydighede op te klaar nie, lyk polities ongewens en juridies moeilik verantwoordbaar, veral in die lig daarvan dat die grondwetlike raamwerk geen uitdruklike voorstelle bevat oor die wyses waarop die uitvoerende president gekontroleer kan word nie. Aangesien die president buite die volksrade staan, kan die bestaande leerstuk van ministeriële verantwoordelikheid teenoor die parlement nie mutatis mutandis op hom van toepassing gemaak word nie. Voorts hou die argument dat die president deur die kieskollege gekontroleer kan word, nie steek nie. Die kieskollege kan die staatspresident net verkies en hom in die geval van ernstige wanpraktyke "impeach." In 'n sekere sin kan die kieskollege die staatspresident in geval van wanpraktyke dus wel "kontroleer" deur hom te ontslaan. Dit beteken egter nie dat die president in die alledaagse uitoefening van sy bevoegdhede en by die neem van besluite rakende bestaande politieke aangeleenthede aan die kieskollege verantwoording verskuldig is nie, of dat die kieskollege hom ten opsigte van hierdie handelinge en besluite kan kontroleer nie.

Tot dusver is daar kritiek gelewer oor:

- die afwesigheid van 'n behoorlike omskrywing, afbakening en tabulering van gemeenskaplike teenoor partikuliere sake;
- die afwesigheid van die bevoegdheidsafbakening van die drie etniese volksrade;
- die samestelling en funksionering van die gesamentlike advieskomitee en die rol wat die staatspresident in hierdie geval geroepe is om te speel;
- onvoldoende kontrole oor die bevoegdheidsuitoefening van die uitvoerende staatspresident.

Heelwat van die bogenoemde knelpunte kan moontlik in die geheel of gedeeltelik die hoof gebied word met behulp van die volgende:

'n *Geheel verskanste grondwet (Grundnorm-tipe grondwet)*<sup>33</sup> 'n Stelsel waarin die grondwet in sy geheel verskans is, hou die voordeel in dat bevoegdheidsoorskryding deur owerheidpersone en -liggame makliker geïdentifiseer en aan bande gelê kan word. Elke etniese volksraad sal die bevoegdheid hê om sy eie huishoudelike reëls by wyse van huishoudelike reglemente op te stel, met dien verstande dat sodanige reglemente nie strydig met die grondwet mag wees nie. Ondergeskikte wetgewing soos ordonnansies en regulasies van tweede- en derdevlakliggame soos streeksrade en plaaslike besture, mag ook nie in botsing met die grondwet wees nie.

*Kontrole deur die regsprekende gesag* In die lig van die kritiek hierbo teen 'n algemene gebrek aan kontrole oor bevoegdheidsuitoefening en die verwagte onmag van die advieskomitee om geskille effektief op te los, word aan die hand gedoen dat voorsiening gemaak word vir 'n stelsel van kontrole deur die regsprekende gesag. As hoogste hof van die land behoort die appèlafdeling van die hooggeregshof hierdie funksie te vervul.

Die kritiek word dikwels geopper dat 'n stelsel van judisiële kontrole oor die wetgewende en uitvoerende gesag tot gevolg het dat die "howe regeer" en nie die wettig verkose volksverteenwoordigers nie. Hierdie kritiek gaan nie noodwendig op nie. Alhoewel daar toegegee moet word dat die Amerikaanse stelsel van judisiële kontrole deur die Amerikaanse hooggeregshof nie net die indruk wek dat die howe regeer nie, maar in die praktyk inderdaad daarop neerkom, moet dit eerder aan die besondere Amerikaanse staatsregstelsel as aan die aanwesigheid van judisiële kontrole gewyt word. Die Amerikaanse stelsel met sy onhoudbare staatsregte likpolitiese gevolge<sup>34</sup> word dan ook geensins vir Suid-Afrika bepleit nie. Wat wel belangrik is, is dat judisiële kontrole nie regering deur die wettig verkose volksverteenwoordigers in enige opsig hoef te belemmer nie, maar as waarborg kan dien teen bevoegdheidsoorskryding deur owerheidsliggame.

Indien die een of ander vorm van judisiële kontrole in die grondwet ingebou word, moet daar toegesien word dat die howe nie in die geleentheid gestel word om hul toetsingskompetensie te oorskry nie. Die hof se enigste plig is om sorg te dra dat daar in ooreenstemming met die reg en veral in ooreenstemming met die verskanste grondwet regeer word. In so 'n stelsel word die soewereinitiet van die parlement nie verabsoluteer nie. Trouens, die stelsel gaan glad nie van die leerstuk van parlementêre soewereiniteit uit nie, maar bring 'n ewewig tussen die uitvoerende, wetgewende en regsprekende gesag teweeg. Dit is dus nie die soewereiniteit van die parlement wat voorop staan nie, maar die grondwet wat voorrang geniet en waaraan owerheidshandelinge hulle geldigheid ontleen. Die grondwet is en bly die uitgangspunt: die *Grundnorm* waaraan alle wette van die wetgewende liggaam of liggame en handelinge van die uitvoerende gesag getoets moet word. Na my mening is so 'n stelsel die aanvaarbaarste. Regter Hertzog

<sup>33</sup>Vir 'n analise van die begrip *Grundnorm* sien veral Hans Kelsen *Reine Rechtslehre* (1960) en *General Theory of Law and State* (1961).

<sup>34</sup>Dit kan nie ontken word dat die Amerikaanse hooggeregshof in verskeie sake die rol van die wetgewer tot 'n groot hoogte oorgeneem het en sodoende die regspraak verpolitiseer het nie.



steun ook hierdie standpunt in *Staat v Gibson* 1898 CLJ XV 4,<sup>35</sup> terwyl hy die vraag bespreek waar die hoogste gesag, (majestas, "majesty") in die staat setel. Met verwysing na die regsposisie in die Republiek van die Oranje-Vrystaat en die betekenis van artikel 5 van die Vrystaatse grondwet, beslis regter Hertzog soos volg:

"To appeal, in defence of the contrary contention, to art 5 of the Constitution, which states that 'the highest legislative authority rests with the Volksraad', is idle. The Volksraad is beyond doubt the highest legislative authority, but still not unqualifiedly the highest authority. Above the legislative authority stands the constitution - giving authority - that is, the sovereign people, to whom the majesty belongs."

#### 4.4 'N AKTE VAN MENSE- OF BURGERREGTE?

Die standpunt hierbo ingeneem met betrekking tot die toetsingsreg van 'n konstitusionele hof laat die vraag ontstaan na die wenslikheid al dan nie van die inskrywing in die nuwe grondwet van 'n akte van mense- of burgerregte, waarby groepsregte<sup>36</sup> ook geïnkorporeer kan word. Daar word nie bepleit dat so 'n akte noodwendig in die grondwet opgeneem moet word nie. Die gedagtes wat hierna volg, word bloot ter oorweging aangebied. Sou daar op 'n akte van mense- of burgerregte besluit word, behoort die VSA-model myns insiens nie as uitgangspunt te dien nie aangesien individuele menseregte daarin oorbeklemtoon en verabsoluteer word. In die Amerikaanse stelsel kom die belange van die gemeenskap en dus van die staat nie tot hul reg nie. Veel eerder behoort die Duitse grondregtesistiem - waarin daar 'n beter balans tussen individuele regte en die belange van die staat bestaan - tot vertrekpunt geneem te word. Om slegs een voorbeeld te noem: terwyl die Amerikaanse menseregtesistiem die spanning tussen vryheid en gelykheid nie kan oplos nie, slaag die Wes-Duitse sistiem tog grotendeels daarin.

Indien 'n akte van publiekregtelike subjektiewe regte vir Suid-Afrika oorweeg word, kan daar nie alleen aandag gegee word aan individuele menseregte nie, maar ook aan die regte van die staat en veral aan die regte van die verskillende etniese groepe. Aangesien die voorgestelde konstitusionele bedeling op die drie etniese pilare rus, sal groepsregte besondere aandag moet kry. 'n Voorbeeld hiervan is die subjektiewe reg van elke bevolkingsgroep om binne groeps-geografiese verband aanspraak te maak op eie skoolonderrig, hospitalisasie en verblyf in woongebiede. Gedagtig aan die heterogene bevolkingstruktuur van Suid-Afrika, sal daar in 'n stelsel van die beskerming van publiekregtelike subjektiewe regte voorsiening gemaak moet word vir die beginsel dat *blote* onderskeiding of differensiasie tussen die onderskeie bevolkingsgroepe nie in stryd met die grondwet sal wees nie. Aanknopingspunte vir hierdie standpunt is reeds in die Suid-Afrikaanse regspraak te vinde.<sup>37</sup>

<sup>35</sup>aangehaal in *R v Roux* supra vn 30 295.

<sup>36</sup>Selfs die handves van die VVO verleen erkenning aan groepsregte. Vgl die konsiderans van die VVO-handves asook a 1(2) en 73(a) en (b).

<sup>37</sup>Sien oa *R v Carelse* 1943 KPA 242 en *R v Abdurahman* 1950 3 SA 136 (A) op 150 asook Wiechers *Administratiefreg* (1973) 263 en 264 en die bronne daar aangehaal.

'n Verdere aspek wat in 'n akte van publiekregtelike subjektiewe regte ernstige aandag verdien, is dié van staatsveiligheid. Ook hier kan die Duitse sisteem eerder as uitgangpunt dien. Anders as die Amerikaners het die Duitsers, wat teenswoordig met ernstige stedelike terrorisme te kampe het, die probleme betyds raakgesien. Nieteenstaande die beklemtoning van menseregte in die Duitse grondwet, word voldoende voorsiening gemaak vir die belange en regte van die staat wanneer staatsveiligheid ter sprake kom. So is by die bekende Bader-Meinhof-verhoor selfs voorsiening gemaak vir die persoonlike toesig deur regsamptenare oor die konsultasies tussen die beskuldigdes en hul regsverteenvoerders.<sup>38</sup> In hierdie verband kan dit ook nuttig wees om kennis te neem van die posisie in 'n staat soos Israel wat oor 'n lang tydperk met staatsveiligheidsbedreigings van 'n besondere aard te kampe het. Die ernstige aard van die bedreiging teen Suid-Afrika maak dit noodsaaklik dat die regte van die staat teenoor die vryhede van die individu en van die onderskeie volksgroepe gewaarborg moet word.

Afgesien van die waarde wat 'n akte van substantiewe burger- en groepsregte (byvoorbeeld 'n groep se reg op onderwys) in die grondwet mag hê, moet beklemtoon word dat prosesregtelike burgerregte – dit is die regte van die enkeling of groep in die regsproses en regspleging – nie gering geskat mag word nie.

Die opneem van prosesregtelike burgerregte in die grondwet verdien ook oorweging – moontlik selfs ernstiger oorweging as die opneem van substantiewe burgerregte. Enkele voorbeelde van prosesregtelike burgerregte is die volgende: die aanspraak op regsverteenvoerding;<sup>39</sup> die verbod op terugwerkende krag van wetgewing; die gebondenheid van die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag aan die verskanste grondwet;<sup>40</sup> die waarborg van die onafhanklikheid en onpartydigheid van laer sowel as hoër howe; die onaantasbaarheid van regters en landdroste en die waarborg dat hulle nie willekeurig van hul pligte onthef sal word nie maar net volgens prosedures wat in die grondwet omskryf word; die beginsel audi alteram partem; eenmalige strafregtelike aanklagte en die beginsel dat die bewyslas in strafsake op die staat rus.

#### 4 5 DIE GETALLEVERHOUDINGSPROBLEEM EN DIE VRAAGSTUK RONDOM DIE EEN OF ANDER VORM VAN GEOGRAFIESE BESLAG

'n Besondere vraagstuk is die getalleverhouding wat in die nuwe grond-

<sup>38</sup>Daar word natuurlik nie so 'n stelsel vir Suid-Afrika bepleit nie aangesien ons besondere klem op die vertroulike mededelinge tussen kliënt en regsverteenvoerder laat val, iets wat myns insiens juridies gesond is. Die voorbeeld word net aangehaal om aan te toon hoe selfs in 'n gesofistikeerde regstelsel soos die van die Bondsrepubliek Duitsland uiterste middele aangewend word in 'n poging om staatsveiligheidsprobleme te onder-  
vang.

<sup>39</sup>In a 73 van die nuwe Strafsproeswet, wet 51 van 1977, word die aanspraak op regsverteenvoerding in strafsake reeds gewaarborg. In die nuwe konstitusionele bedeling behoort hierdie bepaling uitgebrei te word na alle regsprosesse en as algemene bepaling in die grondwet opgeneem te word.

<sup>40</sup>Sodanige bepaling wat die hoeksteen van die Duitse regstaat vorm, is reeds in a 8(1) van die grondwet van die Republiek van Bophuthatswana opgeneem.

wetlike bedeling ingebou is. Die vraag ontstaan of die getalverhouding in die nuwe grondwet verskans gaan word sodat wysiging daarvan moeilik deurvoerbaar sal wees en of, daarteenoor, dit die bedoeling is dat die verhouding voortdurend by die verskille in bevolkingsaanwas aangepas gaan word. Vanuit 'n politieke oogpunt beskou, is hierdie vraagstuk waarskynlik een van die nypendste knelpunte in die voorgestelde konstitusionele bedeling en een wat baie moeilik, indien enigsins, oorbrug kan word. Dit is feitlik 'n uitgemaakte saak dat die Kleurling- en Asiërbevolkingsgroep op 'n voortdurende aanpassing van die getalverhouding in ooreenstemming met die verskille in bevolkingsaanwas sal aandring. Die Blankes sou kwalik hiermee akkoord kon gaan omdat sodanige aanpassings hulle aandeel in die regering tot 'n blote minderheid sal reduseer ten spyte daarvan dat hulle op haas alle vlakke die leiding gee.

In die lig van die bykans onoplosbare meningsverskil wat tussen die onderskeie bevolkingsgroepe oor die getalverhoudingsverteenvoordiging verwag word, is albei moontlikhede – 'n getalverhoudingsverskansing sowel as 'n voortdurende aanpassing in ooreenstemming met die verskille in bevolkingsaanwas – polities en juridies onhoudbaar. Die oplossing vir hierdie probleem moet dus elders gesoek word.

Die verteenwoordiging van die verskillende bevolkingsgroepe in owerheidsliggame moet nie in ooreenstemming met die groottes van die verskillende bevolkingsgroepe en hul getalverhoudings bepaal word nie. Veel eerder moet die etnies-geografiese streek of streke, waarvoor die konstitusionele voorstelle reeds voorsiening maak,<sup>41</sup> tot vertrekpunt dien. Hierdie streke kan in 'n aantal kiesafdelings onderverdeel word. Dit kom daarop neer dat elke kiesafdeling op een verteenwoordiger in die bepaalde volksraad geregtig sal wees. Die kiesafdeling dien ook in ons huidige staatsregtelike bedeling as uitgangspunt vir verteenwoordiging op owerheidsliggame. Hierdie benadering het tot gevolg dat die onnodig ingewikkelde en polities steeds veranderende bevolkingsverhouding van 4 : 2 : 1 verval. Die land kan byvoorbeeld in ongeveer 12–15 streke vir die Blankes, 6–8 vir die Kleurlinge en 2–3 vir die Asiërs verdeel word. Die getal kiesafdelings binne elke streek kan afhanklik gestel word van belading en ontlading van stedelike en plattelandse kiesafdelings onderskeidelik. Oor die wyse van verdeling, asook oor die getal streke, kan daar nog gedagtes gewissel word.

Ten einde die streeksgebiede geografies sinvol af te baken, kan bestaande vestigingsgebiede van die drie bevolkingsgroepe as uitgangspunt dien. Voorbeelde van vestigingsgebiede is die Atlantis-Kleurlinggebied in Wes-Kaapland en Kleurlingvestigingsgebiede in die omgewing van Port Elizabeth, die Witwatersrand en elders.<sup>42</sup>

Wat die Blankes betref, het die opstellers van die konstitusionele plan

<sup>41</sup>Vgl die bronne aangehaal in vn 19 en 20.

<sup>42</sup>Hierdie poging om een van die ingewikkeldste probleme in die nuwe grondwetlike bedeling op te los kom dus daarop neer dat 'n meer konstante bevolkingsverspreiding eerder as steeds veranderende bevolkingsgetalle as uitgangspunt geneem word. Dat hierdie riglyn nie alle probleme sal oplos nie en selfs eie probleme kan skep, spreek vanself. Nogtans sal dit myns insiens meer probleme oplos as wat dit nuwes sal skep.

dit aan die onderskeie provinsies self oorgelaat om oor die voortbestaan van die huidige provinsiale owerhede en geografiese grense te besluit. Hierdie werkswyse kan nie onderskryf word nie om die eenvoudige rede dat broodnodige eenvormigheid daardeur in die slag kan bly. Wat sal byvoorbeeld gebeur indien een provinsiale raad sou besluit om wel in streke te verdeel, terwyl die ander provinsies die status quo handhaaf? Ook oor hierdie probleem bestaan daar in die voorstelle geen duidelikheid nie. Dit is myns insiens onwenslik dat die huidige provinsiale grense in die nuwe bedeling onveranderd voortbestaan. Met uniewording in 1910 het elk van die vier provinsies as gevolg van historiese, politieke, juridiese en geografiese faktore 'n eenheid gevorm. Vandag sien die situasie daar anders uit. Nou dwing politieke en ander faktore ons tot nuwe denke. Terwyl die Afrikaans-Engelsverhouding in 1910 voorop gestaan het en die volkereverskeidenheidsvraagstuk relatief min aandag geniet het, is dit vandag noodsaaklik om die pluraliteit van volkere, ook in hul geografiese verband, in die nuwe bedeling voor oë te hou. Gevolglik behoort Blankegebiede ook in streeksgebiede uiteen te val wat op hul beurt weer in kiesafdelings onderverdeel behoort te word. Hierdie streeksgebiede vorm dan saam die bevoegdheidsgebied van die Blankevolksraad. So 'n standpunt hou myns insiens die belangrike voordeel in dat die drie volksrade nie "in die lug hang nie" ('n staatsregtelike anomalie) maar bevoegdheid oor hul onderskeie geografiese gebiede uitoefen. Indien hierdie aanbeveling verwerp word, sal die territorialiteitsbeginsel plek moet maak vir die personaliteitsbeginsel.<sup>43</sup>

#### 4 6 ROL VAN POLITIEKE PARTYE

'n Belangrike aspek waaraan daar tot dusver nog glad nie aandag gegee is nie, is die rol wat opposisiepartye *binne elke bevolkingsgroep* sal speel. Indien die voorstelle in die praktyk daarop sou uitloop dat die drie bevolkingsgroepe teenoor mekaar te staan sou kom – veral in gevalle waar konsensus nie bereik kan word nie – eerder as dat die regerende party en 'n opposisieparty(e) van dieselfde bevolkingsgroep mekaar beveg, spreek dit vanself dat opposisiepartye hul effektiwiteit in 'n groot mate sou inboet. So 'n toedrag van sake sou nie slegs demokraties ongewens wees nie, maar sou ook op 'n ongesonde polarisasie tussen die bevolkingsgroepe kon uitloop. Daar sal beslis verder besin moet word oor hoe opposisiepartye in die nuwe bedeling behoorlik tot hul reg kan kom.

Die moontlikheid kan nie uitgesluit word nie dat veral sekere opposisie-groepe wat in hul eie bevolkingskring gefrustreerd is, mag poog om samewerkingsooreenkomste of politieke alliansies oor die etniese grense heen te sluit ten einde hulle politieke mag en invloed te vergroot. In sodanige samewerkingsooreenkomste kan daar byvoorbeeld ooreengekom word dat 'n persoon of persone uit die opposisiegelede van een bevolkingsgroep deur die meerderheidsparty van 'n ander bevolkingsgroep as 'n lid of lede van beslegtings- of uitvoerende liggame benoem word. Die vraag na die voortbestaan al dan nie van die Wet op die Verbod op Politieke Inmenging, 51 van 1968, kom hier in gedrang.

<sup>43</sup>Daar moet egter toegegee word dat die personaliteitsbeginsel reeds in die Suid-Afrikaanse reg geld ten opsigte van Swartes wat hul buite die onafhanklike state bevind.

Die bogenoemde sake, wat nie pertinent in die grondwetlike voorstelle behandel word nie, verg dringende opklaring. 'n Huis waarvan een van die fondamentstene ondergrawe word, kan nie staande bly nie. 'n Mens kan nie die beginsel van etnisiteit of pluraliteit toepas en terselfdertyd toelaat dat dié belangrike fondamentsteen gerysmier word nie.

Alhoewel daar nie aan die Kleurlinge en Asiërs voorgeskryf mag word hoe hulle stemregkwalifikasies behoort te wees nie, het die Blankevolksraad die demokratiese reg om sy stemregkwalifikasies so in te klee dat Blanke kiesers van enige vorm van deelname aan die Kleurling- en Asiërpolitiek weerhou word.

#### 47 OORKOPELENDE STAATSDEPARTEMENTE?

Alhoewel dit klaarblyklik die regering se standpunt is dat gemeenskaplike sake tot die laagste minimum beperk moet word, is dit 'n feit dat die bestaan van selfs enkele gemeenskaplike aangeleenthede die skepping van oorkoepelende staatsdepartemente sal noodsaak. Die vraag is of beheer oor dié departemente aan die ietwat lompe en skynbaar bloot oorlegplegende kabinetsraad toevertrou gaan word en of vaste ministers uit die geledere van dié liggaam vir oorkoepelende departemente aangestel gaan word. Kan die staatspresident hierdie ministers *slegs* uit die geledere van die kabinetsraad aanwys of ook uit ander liggame soos die presidentsraad? 'n Verdere vraag wat hiermee saamhang is of die ministers wat die oorkoepelende staatsdepartemente in uitvoerende hoedanigheid behartig, saam 'n afsonderlike uitvoerende liggaam sal uitmaak.

Om praktiese redes is ek van mening dat die ministers wat die oorkoepelende departemente sal behartig, *vas* aangestel moet word en dat dit onwenslik sal wees om 'n bykomende uitvoerende liggaam te skep. Die bestaande leerstuk van ministeriële verantwoordelikheid aan 'n parlement sal dus in die nuwe bedeling *op hierdie gemeenskaplike vlak* in die slag bly. Die enigste alternatief is ministeriële verantwoordelikheid aan die staatspresident, wat op sy beurt aan die partikuliere volksrade verantwoording verskuldig is. Ook hier kom die noodsaaklikheid van voldoende juridiese kontrole duidelik na vore.

#### 48 DIE PROBLEEM MET BETREKKING TOT BESTAANDE WETTE

'n Besondere vraagstuk, wat regskontinuiteit ten nouste raak, het betrekking op bestaande wette wat vóór die inwerkingtreding van die nuwe konstitusionele bedeling deur die Blankeparlement aangeneem is. Die vraag ontstaan op watter wyse hierdie wette herroep of gewysig gaan word. In-dringende aandag sal nog aan hierdie probleem gegee moet word, veral wat sogenaamde sensitiewe wetgewing betref. Twee benaderings kan hier aan die hand gedoen word: eerstens dat net die Blankeparlement bestaande wette kan wysig of herroep omdat dit immers hierdie parlement was wat die wette oorspronklik aangeneem het; tweedens dat bestaande wette slegs gewysig of herroep kan word indien al drie die volksrade daartoe instem. Die laasgenoemde moontlikheid hou in dat elke volksraad in hierdie verband 'n veto teenoor die ander volksrade verkry. 'n Verdere knelpunt wat hiermee

saamhang, is die vraag of byvoorbeeld die Kleurlingvolksraad uit eie beweging bestaande wette wat binne sy geografiese gebied geld, kan wysig of herroep. Hier het ons, juridies en polities, met een van die ingewikkeldste probleme te doen. Ook in dié geval kan die een of ander vorm van verdeling van bevoegdihede op geografiese grondslag moontlik 'n uitweg bied.

#### 4 9 WYSIGING VAN DIE GRONDWET

In die voorstelle is daar geen verwysing na die belangrike vraag omtrent wysigingsprosedures van die grondwet nie. Die antwoord op hierdie vraag sal daarvan afhang of die grondwet in sy geheel verskans gaan word, en of die grondwet slegs enkele verskanste artikels gaan bevat. Uit my standpunt dat die grondwet in sy geheel verskans behoort te word, volg dat die grondwet nie maklik gewysig behoort te kan word nie. Wysigings sou byvoorbeeld kan geskied by wyse van 'n tweederde-meerderheidstem in elkeen van die volksrade.

#### 4 10 WYSE VAN INVOERING

Ten slotte enkele gedagtes oor die wyse waarop die nuwe konstitusionele bedeling in werking gestel gaan word. Die vraag ontstaan of die nuwe bedeling trapsgewys deur die aanname van verskillende wette of deur die aanneem van 'n enkele grondwet teweeggebring gaan word. Myns insiens behoort 'n middeweg tussen dié twee uiterstes gevolg te word. Om verskillende redes, maar veral weens die feit dat ons bevolking nie deurgaans op dieselfde ontwikkelingsvlak is nie, behoort die oorgangsfase nie té onmiddellik en té drasties te wees nie. Daarom behoort die verandering aanvanklik trapsgewyse ingevoer te word waarna die nuwe grondwet met die minimum ontwinging in werking gestel kan word.

In die lig van die belangrikheid van 'n nuwe grondwetlike bedeling, behoort die grondwet vóór aanname in konsepvorm by wyse van 'n witskrif gepubliseer te word. Daarna behoort persone en instansies uit al drie die bevolkingsgroepe – Blank, Kleurling en Asiër – die geleentheid te kry om skriftelike gemotiveerde voorleggings te doen. Op dié wyse kan daar 'n bydrae gemaak word tot 'n beter aanvaarding van die nuwe grondwetlike bedeling. □

*The total power exercisable in the modern State is formidable. How to place controls upon it and prevent its abuse by those in whom it is vested has been an intractable problem in the history of many countries. Unchecked authority can be a threat to freedom and justice. Even where despotism does not prevail, societies have felt the need to place restraints upon the organs of State, to ensure that the laws and the administration are responsive to the will of the people, and that justice is fairly dispensed.*

*Patrick J Dalton en Robina S Dexter Constitutional Law 29*

# Accidents in sport and games in Roman and modern German law\*

Andreas Wacke

*Dr jur*

*University of Cologne*

## OPSOMMING

Die ontleding van tekste uit die Romeinse reg lei onder andere tot beter insigte in probleme rondom aanspreeklikheid weens sportbeserings en -sterftes in die moderne reg.

'n Aantal bekende tekste word ontleed, hoofsaaklik met die oog op hul betekenis vir die hedendaagse reg:

1 Die spiesgooiegeval van D 9 2 9 4 bring 'n beter begrip aangaande die kwessie van bydraende skuld.

2 Die barbiegeval van D 9 2 11 pr lewer interessante gesigspunte op aangaande die aanspreeklikheid van sportlui teenoor toeskouers en verbygangers vir beserings veroorsaak in die normale verloop van 'n sportbyeenkoms.

3 D 9 2 52 4 en 9 2 45 3, wat oor die aanspreeklikheid van deelnemers teenoor mekaar handel, bevat aanknopingspunte vir die probleme van vrywillige aanvaarding van risiko en die ligging van die bewyslas in sodanige gevalle.

4 D 9 2 7 4 is relevant vir gevaarlike, moderne kontak sportsoorte soos boks, stoei en karate.

5 Gaius se Institute 3 146 is 'n voorbeeld van die vindingrykheid van die Romeinse juris om deur 'n buitengewone aanwending van die koop- en huurkontrakfiguur 'n soort verkeeringskontrak te bewerkstellig.

6 *Collatio legum Mos et Rom* 1 11 lewer aanknopingspunte vir 'n aanraking van die moderne legaliteitsbeginsel, die doel van straf en die aanspreeklikheid weens veroorsaking van die dood van 'n mens.

Hy wat die Romeinse reg intensief en wetenskaplik bestudeer, sal vind dat dit nie slegs uit 'n klomp verouderde kuriositeite bestaan nie, maar dat dit gemoeid is met steeds wederkerende probleme van die menslike bestaan.

## 1 INTRODUCTION

In recent years much has been written on the legal aspects of sport.<sup>1</sup> The history of sport has also been extensively researched. This is especially

---

\*Lecture delivered in April 1978 at the University of South Africa.

Abbreviations: BGH = Bundesgerichtshof; BGHZ = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen; *BIDR* = *Bullettino dell'Instituto di diritto romano*; D (Dig) = Digest; *JR* = *Juristische Rundschau*; *JuS* = *Juristische Schulung*; *JZ* = *Juristenzeitung*; *NJW* = *Neue Juristische Wochenschrift*; *RE* = *Pauly Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*; *RIDA* = *Revue internationale des droits de l'antiquité*; *SD* = *Studia et documenta historiae et iuris*; *SZ* = *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*; *VersR* = *Versicherungsrecht*.

<sup>1</sup>See eg Reichert *Grundriss des Sportrechts und Sporthaftungsrechts* (1968); Werner *Sport und Recht* (1968) reprinted in Werner *Recht und Gericht in unserer Zeit: Reden, Vorträge*,

true of the period since 1896 when the modern world-wide Olympic games were established by the French baron Pierre de Coubertin. The great Panhellenistic games of classical Olympia seem to be of special interest to historians.<sup>2</sup> On the other hand research into the *legal history* of sport is still in its initial stages.<sup>3</sup> Apart from the more obvious connection between sport and the law, public games also played an important role in the political life of the Roman Empire.<sup>4</sup> Juvenal's oft quoted ironical reference to the mentality of the masses in the words "panem et circenses" underlines this fact. The Roman emperors were well aware of the excellent instrument of propaganda offered by massive sports meetings. Works of art, dating from late antiquity, especially ivory triptycha, depict the rulers as organizers of games.<sup>5</sup>

However, to-day's discussion will be limited to some Roman law texts dealing with accidents caused by sport and games. Accidents still give rise to most of the legal problems relating to sport to-day. Every year more than 100 000 sport accidents occur in the Federal Republic of Germany alone.<sup>6</sup> Accidents in sport may on the one hand result in liability of a participant *to third persons* (spectators in particular), or on the other hand in liability of participants *to each other*. Both forms of liability are discussed by the Roman jurists in connection with the *lex Aquilia*. I would like to begin with a set of problems related to the former.

*Aufsätze* (1971) 390–410; Schroeder and Kauffmann (edd) *Sport und Recht* (1972). For Austria see Pichler *Sport und Recht* (1972).

<sup>2</sup>In general see Finley and Pleket *The Olympic Games: The First Thousand Years* (1976) also translated into German by Berisch *Die Olympischen Spiele der Antike* (1976); Bengtson *Die Olympischen Spiele in der Antike* (1971). See also other standard works such as Rudolph *Olympischer Kampfsport in der Antike: Faustkampf und Pankration in den griechischen Nationalfestspielen* (1965); Jüthner (ed Brein) *Die athletischen Leibesübungen der Griechen* vol I and II 1 (1965/68); Harris *Sport in Greece and Rome* (1972); Gardiner *Athletics of the Ancient World* (1930, reprinted several times since 1955, the latest reprint being in 1971). On the social history of sportsmen see Rudolph "Zu den Formen des Berufssports zur Zeit der Poliskrise" in Welskopf (ed), *Hellenische Poleis* III (1974) 1472–83; further Welskopf "Die Krise des Sports im Spiegel der Literatur und Philosophie" in the same vol 1484–89 and, most important, Pleket "Zur Soziologie des antiken Sports" *Mededelingen van het Nederlands Instituut te Rome* 36 (1974) 57–87 and Pleket "Games, Prizes, Athletes and Ideology" in *Stadion* 1 (1975) 49–89. On athletic guilds in antiquity see Forbes "Ancient Athletic Guilds" *Class Phil* 50 (1955) 238–252; Pleket "Some Aspects of the History of the Athletic Guilds" *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik* 10 (1973) 197–227.

<sup>3</sup>An attempt was made by Gualazzini in his voluminous book *Premesse storiche al diritto sportivo* (1965), concerning mainly the legal sources of the Middle Ages. See further Amelotti "La posizione degli atleti di fronte al diritto romano" *SD* 21 (1955) 123–156; Wacke "Athleten als Darlehnsnehmer nach römischem Recht" *SD* 1978.

<sup>4</sup>Interestingly described by Carcopino *La vie quotidienne a Rome* (1939, new ed 1975) 253 ff ("les spectacles"); German translation by Carcopino and Pack *Rom, Leben und Kultur in der Kaiserzeit* (1977) 280 ff.

<sup>5</sup>An excellent description of these works of art is to be found in Gabelmann "Der Tribunal-typus der Consulardiptychen" in *Festschrift für E Diez* (1978).

<sup>6</sup>Cf Hellgardt *Die Haftung für Sportverletzungen* (1973) 1 f. In South Africa, I am told, despite the people being most enthusiastic about sport and frequently being participants themselves, few precedents concerning sport accidents exist. The reason might be that due to a strong feeling of solidarity among sportsmen, an injured person seldom dares to bring his case to court. For a golf player causing injury to the eye of another see *Clark v Welsh* 1975 4 SA 469 (W), 1976 3 SA 484 (A); for an official injured at a race for midget cars by a car coming off the track, see *Rosseau v Viljoen* 1970 3 SA 413 (C);



## 2 INJURIES INFLICTED ON PASSERS-BY AND SPECTATORS BY SPORTSMEN

2 1 In the *case of javelin-throwing*<sup>7</sup> Ulpian distinguishes according to the place where the fatal accident occurred:

D 9 2 9 4 (Ulpianus libro 18 ad edictum): Sed si per lusum iaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est: sed si cum alii in campo iaculantur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter impetive facere. qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique Aquilia tenebitur. D 9 2 10 (Paulus libro 22 ad edictum): nam lusus quoque noxius in culpa est.<sup>8</sup>

The first sentence of this passage, in which the javelin-thrower is held liable, obviously refers to the case in which people play with javelins in public places or streets. In such generally accessible localities this dangerous activity would not be permitted. The practice of sport in these circumstances in itself constitutes fault, according to Paul D 9 2 10. The thrower cannot excuse himself by relying on the dead slave's own negligence.

Like most sport activities practised in antiquity, javelin-throwing originated from military training.<sup>9</sup> Although blunt spear heads were used in sport, accidents were sometimes reported. The throwing power of the arm was increased by a leather sling wound around the shaft of the lance. This technique set the spear into rotation like a modern projectile. This sophisticated technique was much more effective than that used today.<sup>10</sup> In the untrained hand of a beginner such a lance was all the more dangerous and more likely to fly in a wrong direction.

On public roads no passer-by was obliged to guard against such lance exercises.

for a passenger injured in a "dicing" contest, see *Santam Insurance Co Ltd v Vorster* 1973 4 SA 764 (A); for an army trainee injured in a sham fight by a rifle shot with blank ammunition, see *Mandelbaum v Bekker* 1927 CPD 375. In the first case negligence was denied, whereas in the other three it was affirmed and the rule "volenti non fit iniuria" was rejected. Under English law examples of injury sustained by spectators during sporting events are to be found in *Hall v Brooklands Auto Racing Club* [1933] 1 KB 205 and *Woolridge v Summer and Another* (1962) 2 All ER 978 (CA). For injuries by golf or cricket balls, see *Cleghorn v Oldham* 43 LTR 465, *Bolton v Stone* (1951) 1 All ER 1078 (HL) and *Castle v St Augustine's Links Ltd* 38 LTR 615. An Australian case concerning a water-skiing accident is *Rootes v Shelton* 116 CLR 383. (For these references I am indebted to my colleague prof JC van der Walt, to whom I am also grateful for having revised my manuscript.)

<sup>7</sup>See the comments of Pernice *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht* (1867) 72 f; Van den Heever *Aquilian Damages in South African Law* (1944) 57 f; Kunkel *SZ* 49 (1929) 174 ff; Lübtow *Untersuchungen zur lex Aquilia* (1971) 106; McCormack *Daube Noster* (1974) 214 f; Wollschläger *SZ* 93 (1976) 127 ff.

<sup>8</sup>"If a slave is killed by persons who are hurling spears by way of sport, the *lex Aquilia* applies. But if, while people were hurling spears on an exercise ground, the slave passed that way, the *Aquila* does not apply, because the slave should not take his way at an improper time across the ground which is in use for hurling spears. Anyone, however, who deliberately aimed at the slave, will certainly be liable under the *Aquila*. Because the practice of a mischievous sport is also a piece of negligence."

<sup>9</sup>A similar case reported by Justinian's *Inst* 4 3 4 concerns the spear hurling exercised by soldiers. With regard to differences between this text and Ulpian's classical text see Pernice and Kunkel.

<sup>10</sup>For further detail see Jüthner vol II 1 325 ff.

However, if the arena was clearly marked off for javelin-throwing, everybody was expected to avoid the danger. A person who exposed himself to the danger ran the risk of being killed. The predominant negligence of the injured himself excluded the liability of the thrower. "Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire."<sup>11</sup>

This principle of the anticipation of danger was also observed in the case of setting traps.<sup>12</sup> Those who dug pitfalls for animal-trapping in close proximity to public roads were liable if somebody was injured by falling into them. However, those who dug pitfalls in a hunting area were only liable if the person injured had neither been warned nor knew about the danger and was thus unable to take care. There were many cases of this kind, according to Paul, where the injured person who could have avoided the danger would not have been entitled to any compensation.<sup>13</sup> On the other hand, had someone deliberately thrown a javelin at a slave crossing the athletic ground, the blameworthiness of the thrower would be greater than that of the injured, and consequently he would have to pay compensation, according to Ulpian at the end of the first quoted text.

This case of javelin-throwing was of fundamental importance for the development of the rule of contributory negligence.<sup>14</sup> Under present German law the damage is apportioned between the parties concerned in proportion to their respective degrees of causation and negligence (§ 254 BGB). However, this apportionment of damage is not very old. Christian Wolff put forward this doctrine around the middle of the 18th century.<sup>15</sup> In the 19th century it was still contested.<sup>16</sup> According to another interpretation of the Roman legal texts even minor negligence on the part of the injured completely precluded his claim.<sup>17</sup> But this point of view was presumably not shared by the Roman jurists themselves. They enquired instead, which party's fault was decisive. The Canonists distinguished between *causa proxima* and *causa remota*. The injured receives either full compensation or no compensation at all, according to whether the *causa proxima* was attributable to the defendant or to the plaintiff.

<sup>11</sup>This sentence deriving from the law of legacies was generalized to a *regula iuris* by Justinian in D 50 17 203. For its original context see Wollschläger *SZ* 93 118 ff. In Canon law the rule was more precisely formulated as follows: "Damnum quod quis sua culpa sentit, sibi debet, non aliis imputare" (VI 5 12 86); see Luig *Ius commune* 2 (1969) 203.

<sup>12</sup>Paulus D 9 2 28; Wollschläger 126; Lübtow 178 f.

<sup>13</sup>"... et multa huiusmodi deprehenduntur, quibus summovetur petitor, si evitare periculum poterit" (Paulus D 9 2 28).

<sup>14</sup>On the evolution of this doctrine see Hedemann *Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert* vol I (1910, reprinted 1968) 102 ff; Aumann *Das mitwirkende Verschulden in der neueren juristischen Dogmengeschichte* (1966); Luig *Ius commune* 2 (1969) 187-238; Wollschläger *SZ* 93 (1976) 115-137; Mayer-Maly *Festschrift Kaser* (1976) 229-264; Honsell *Die Quotenteilung im Schadensersatzrecht: Historische und dogmatische Grundlagen der Lehre vom Mitverschulden* (1977).

<sup>15</sup>Aumann 42 ff; Luig 231; Wollschläger 115 f.

<sup>16</sup>Luig 232 ff; Honsell *passim*.

<sup>17</sup>As expounded recently by Aumann; contra Luig.

2.2 In the famous *barber case*<sup>18</sup> liability is also determined by the circumstances:

D 9 2 11 pr (Ulpianus libro 18 ad edictum): Item Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servi, quem tonsor habebat [read radebat], gula sit praecisa adiecto cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam: et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.<sup>19</sup>

A barber had placed his chair in the open air near a playground, where people were playing with a ball. As Caesar and Augustus were in the habit of being shaved every day, other people did the same. Those who were rich enough went to an elegant barber's shop (also for entertainment). Lower class people were shaved at a lower cost in the open air.<sup>20</sup> The customers of our barber were not very distinguished. Whilst he was shaving a slave (shaving foam was not yet used at that time), a ball thrown somewhat forcibly by a player, unexpectedly hit the hand of the barber, so that he cut the throat of the unhappy slave. The ball game<sup>21</sup> was probably a hockey-like game played with sticks,<sup>22</sup> for "pila percussa" literally means the "hit ball." Fabius Mela, a jurist at the time of Augustus, states the rule: whoever causes the death by his culpa shall be held liable. However, the fact that the player threw the ball somewhat more forcibly than normally does not necessarily constitute culpa, because this was not altogether unexpected in the neighbourhood of playgrounds.

According to the views of Proculus the culpa was the barber's. Ulpian agreed that he should be accountable if it was his wont to shave near playgrounds. An argument against the barber's liability would be that it was the slave's own fault if he went to a barber who put his chair in a dangerous place; because, if the barber had been able to anticipate the danger, the same could be expected from the slave.

<sup>18</sup>Previously interpreted by Kunkel *SZ* 49 177 ff; Van den Heever 58; Aumann 6 f; Luig 194 f; Schipani *Responsabilita ex lege Aquilia* (1969) 328 ff 419 ff; Lübtow 105 f; MacCormack *Danbe Noster* 215 f and *SD* 41 (1975) 48; Mayer-Maly 247 f; Wollschläger *SZ* 93 131 ff.

<sup>19</sup>Mela writes: while several persons were playing at ball, one (of them) gave the ball rather a hard stroke and so drove it against the hand of a barber; thereby a slave, whom the barber was (just) busy shaving, had his throat cut in consequence of the razor being knocked against it; whichever party is guilty of negligence, will be liable under the *lex Aquilia*. According to Proculus the negligence is the barber's; and certainly, if he was carrying on his trade on a spot where the sport was usually practised, or where people were constantly passing, he is to some extent accountable; though on the other hand, there is some sense in the remark that where a man puts himself in the hands of a barber who has (set up) his stool in a dangerous place, he has himself to blame."

<sup>20</sup>On barbers, hairdressing and beard fashions in antiquity see Marquardt and Mau *Das Privatleben der Römer* vol II (1886, reprint 1964) 597 ff 604 ff; Mau "Barbier, Bart" *RE* 3 (1897) 3 f 30 ff; Carcopino (above n 4) 787 ff; Carcopino and Pack 223 ff; Blanck *Einführung in das Privatleben der Griechen und Römer* (1976) 60 ff 72 ff.

<sup>21</sup>With regard to ball-games in general see Mau "Ballspiel" *RE* 2 (1896) 2832 ff; Reinmuth *Der Kleine Pauly* I (1964) 817 f; Gardiner 230 ff; esp Harris 75-111. With regard to playgrounds for ball-games see Schneider "Sphaeristerium" *RE* III A 2 (1929) 1680 ff.

<sup>22</sup>Cf Harris 99 ff and the copy of a relief illustration from the National Museum of Athens in Gardiner no 213 B and Neutsch no 42. Wollschläger *SZ* 93 132 holds that in the barber-case the ball was only thrown by hand.

Both texts show that as a rule a player was not liable for injuries caused to passers-by and spectators in the normal course of a sporting event. Unfortunately Roman legal sources have little to say about the liability of organizers of competitions.<sup>23</sup>

### 3 INJURIES OF TEAM-MATES

3 1 Alfenus Varus, a jurist from the time of the Roman Republic, deals with injuries sustained by team-mates in the course of ball-games:<sup>24</sup>

D 9 2 52 4 (Alfenus libro 2 digestorum): Cum pila complures luderent, quidam ex his servulum, cum pilam percipere conaretur, impulit, servus cecidit et crus fregit: quaerebatur, an dominus servuli lege Aquilia cum eo, cuius impulsu ceciderat, agere potest. respondi non posse, cum casu magis quam culpa videretur factum.<sup>25</sup>

A young slave tried to catch the ball, was pushed over by a team-mate and broke his leg. Alfenus denies any liability on the part of the player, since the injury might be attributable rather to a misadventure than to negligence ("cum casu magis quam culpa videretur factum"). This presumption of innocence<sup>26</sup> is all the more significant, since under the *lex Aquilia* the wrongdoer is, in general, liable even for culpa levissima.<sup>27</sup>

"Harpastum" might have been a rugby-like ball-game.<sup>28</sup> The players apparently practised it for recreation. It is unlikely that a young slave would have been permitted to take part in an organized competition amongst adults. This is, however, not relevant to the question of liability. Modern French and German law agree that liability follows the same rules whether in serious competitions, in training,<sup>29</sup> in non-organized recreational activities amongst adults<sup>30</sup> or in play amongst boys.<sup>31</sup>

The reasons for the decision that the slave could not bring an action against the player under the *lex Aquilia* are only indicated briefly by Alfenus.

<sup>23</sup>In 27 AD, during the reign of Tiberius, when a wooden amphitheatre collapsed in Fidenae north of Rome, 50 000 spectators are reported to have been hurt or killed (Tacitus *Annales* 4 62 f). With regard to this catastrophe and similar fatal accidents see Grant (below n 54) 73 f.

<sup>24</sup>On this text see Pernice 54 f; De Sarlo *Alfeno Varo e i suoi digesta* (1940) 134; Visky *RIDA* 3 (1949) 457 f; Beinart *Studi Arancio-Ruiz* I (1953) 287 f; Schipani 175 ff; Lübtow 108 f; MacCormack *Daube Noster* 215 and *SD* 41 47 f.

<sup>25</sup>"When several persons were playing at ball, one of them pushed a young slave in the attempt to pick up the ball; the slave fell down and broke his leg. The question was asked whether the owner of the young slave could bring an action under the *lex Aquilia* against the player, who made him fall by his push. My answer was that he could not, as the accident appeared to have happened by misfortune rather than negligence."

<sup>26</sup>That this mere conjecture of the jurist is rebuttable by the proof of fault on the part of the defendant, may be concluded from a very similar case decided by Alfenus in D 10 3 26 (cf my article quoted above at n 66).

<sup>27</sup>Ulp D 9 2 44 pr; Mayer-Maly *Archiv für die civilist. Praxis* 163 (1963) 114 ff; cf further Lübtow 93 f.

<sup>28</sup>Cf Pernice 55 n 29 and Marquardt and Mau 846. In general cf Schneider "Harpastum" *RE* 7 (1912) 2405 ff and Gardiner 232 ff. Another rugby-like game was *episkyros*; cf Gardiner 235 f and Mau *RE* 6 (1909) 199 f.

<sup>29</sup>BGH *NJW* 1976 2161 (training for basket-ball).

<sup>30</sup>Cf Grunsky *JZ* 1975 110 (left column).

<sup>31</sup>Stoll *Das Handeln auf eigene Gefahr* (1961) 77 f; Deutsch *VersR* 1974 1049; Hellgardt 4 which include further references.

If somebody knocked down a person taking a walk, he would be liable.<sup>32</sup> During a game, however, players try to prevent their opponents from catching the ball, so that blows and falls are often unavoidable. Every player knows this from experience and voluntarily assumes such risks.<sup>33</sup> Alfenus only mentions the two concepts *culpa* and *casus*. He does not make any reference to *iniuria*, (the legal term used in the *lex Aquilia*) which was interpreted by the Roman jurists as including both unlawfulness and negligence.<sup>34</sup> It is controversial under modern law whether an injury sustained while playing sport, without an ascertained violation of the rules of the game, is in itself to be regarded as wrongful.<sup>35</sup> The Romans did not draw a clear distinction between grounds excluding unlawfulness on the one hand and those which exclude fault on the other.<sup>36</sup>

3 2 It is more important to note that according to Alfenus the burden of proving the fault committed by the opponent lay with the injured slave or his master. The same rule applies to the interesting *straw fire case*:<sup>37</sup>

D 9 2 45 3 (Paulus libro 10. ad Sabinum): Cum stramenta ardentia transilirent duo (servi), concurrerunt amboque ceciderunt et alter flamma consumptus est: nihil eo nomine agi, si non intellegitur, uter ab utro eversus sit.<sup>38</sup>

On 21 April, the day on which Rome is said to have been founded, the shepherds organized the festival of purgation, called *Parilia* in the honour of Pales, the god of the Palatin. This festival is vividly described by Ovid. The climax was reached when the participants jumped over the flames of straw fires which were regarded as having a purifying effect.<sup>39</sup> Two slaves, of different masters, accidentally collided over the flames, fell down, and one of them was burnt to death. According to Paul the owner of the dead slave could only bring an action against the other owner if he could prove that his slave was pushed into the fire by the survivor. In a previous case of similar facts, Quintus Mucius, a jurist from the time of the Roman Republic, relied on the same principle, namely, that if two rams or bulls fought against each other and one of them was killed the owner of the dead animal had to prove that it was provoked by the attack of the other (D 9 1 1 11). It is, of course, difficult to furnish evidence in such cases. The existence of such a rule of evidence concerning the non liquet situation is remarkable, because not long ago it was even questioned whether Roman

<sup>32</sup>With regard to thrusting someone from a bridge into a river see Dig 9 2 7 7.

<sup>33</sup>Lübtow 108 and Pernice 55 f.

<sup>34</sup>Kaser *Das Römische Privatrecht* (1971) 620.

<sup>35</sup>Petev holds that it is: "Zum Problem der Rechtswidrigkeit in Bezug auf . . . Sportunfälle" *VersR* 1976 320 ff 323. But the contrary opinion seems to be dominant: see the references in Emmerich *JuS* 1975 463. The Supreme Court (BGH) in *NJW* 1976 2161 explicitly left this question undecided.

<sup>36</sup>Kaser 505.

<sup>37</sup>Cf Pernice 58 and Van den Heever 97. The latter unconvincingly maintains that an addition was made by the compilers to the last sentence.

<sup>38</sup>"While two (slaves) leaped over a heap of burning straw, they collided, both fell and one of the two was burnt to death: here no action can be brought for what happened, as long as it is not ascertained which of the two was pushed by the other."

<sup>39</sup>See the articles "Parilia" in *The Oxford Classical Dictionary* (1949) 647, *Lexikon der Alten Welt* (1965) 2222 and *Der Kleine Pauly* IV (1972) 513 f.

jurists knew the idea of burden of proof at all.<sup>40</sup>

33 The cases mentioned above in 31 and 32 deal precisely with the situation which arises when injury is sustained by team-mates in a modern team match. The outcome of a claim is largely determined by the incidence of the burden of proof. The quick movements in sport can normally not be reconstructed with any certainty. The witnesses are often not reliable. In most sport accidents which come to court, a violation of the rules of the game is neither proved nor refuted by the evidence. Consequently, the party who has to prove either that the rules of the game were observed or violated, as the case may be, normally stands little chance of winning the case.<sup>41</sup>

As an example I would like to refer to a decision handed down by the German Federal Court in 1975.<sup>42</sup> The plaintiff who had sustained a leg fracture, alleged that his opponent had, by a foul, caused him to fall when he (the plaintiff) was kicking the ball. The defendant asserted on his part that the plaintiff had injured himself as a result of having missed the ball and having hit the foot of the defendant. Assuming that the unlawfulness of the act is already indicated by the mere fact of the injury, the defendant would have to clear himself in a case of this kind. This is the dominant theory in our law of delict. This means that if the defendant is unable to prove the elements of a ground of justification (in particular that he has observed the rules of the game) judgment would have to go against him. Several lower courts in Germany have formerly followed this approach.<sup>43</sup> However, this approach gives the injured plaintiff an unjust advantage over the defendant. There is no empirical evidence supporting the contention that sport injuries are, in a case of doubt, due to a violation of the rules by the opponent. In the case referred to, the German Federal Court expressed the opinion that it was equally possible that the plaintiff had caused his own injury. As long as the possibility that the plaintiff may have caused his own injury is not excluded, liability of the opponent is not justified. It is a basic principle of our law of delict that one has to bear one's own loss ("casum sentit dominus") unless the requirements of a ground of delictual liability are met.

This unwritten general principle even supersedes the more specific rule "alterum non laedere," which forms the basis of all modern law of delict.<sup>44</sup> The effect of the latter rule is that everyone should refrain from activities which might endanger other persons, and consequently injuries are presumed to have been caused unlawfully, which means that the defendant has to put forward reasons why his act should not be regarded as wrongful in

<sup>40</sup>Levy *Iura* 3 (1952) 155 ff, *Gesammelte Schriften* I (1963) 407 ff; Kaser *SZ* 71 (1954) 221 ff, *Das römische Zivilprozessrecht* (1966) 278 f. But see Pugliese *RIDA* (3) 3 (1956) 349 ff; cf Wacke 37 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (1969) 412 f.

<sup>41</sup>See Deutsch "Die Mitspielerverletzung im Sport" *VersR* 1974 1045 ff 1050.

<sup>42</sup>BGHZ 63 140 (*NJW* 1975 109; *JZ* 1975 122); Grunsky *JZ* 1975 109 ff; contra Heinze *JR* 1975 285 288; cf Emmerich *JuS* 1975 463.

<sup>43</sup>eg OLG München *NJW* 1970 2297; OLG Nürnberg 1972 quoted by Deutsch *VersR* 1974 1045; contra BGH, as n 42.

<sup>44</sup>Ulp D 1 1 10 1; cf Deutsch *VersR* 1974 1046 and n 4. For the relation of the two opposing principles see in general Deutsch *Haftungsrecht Band I: Allgemeine Lehren* (1976) 3 f.

the particular case. Should this rule be applied to sport accidents, every sporting activity would have to be stopped – which would, of course, be impractical. Everyone knows from experience that tussles for the ball lead to accidents. The rules of the law ought not to contradict the rules of the game. In a football match a forward could not be expected to stop his attack when the goal-keeper tries to catch the ball, just to avoid injury to the latter. This would defeat the purpose of the game. A forward is, after all, expected to outmanoeuvre the goal-keeper.<sup>45</sup>

In the absence of evidence to the contrary the doctrine of contributory negligence is also not applicable.<sup>46</sup> An apportionment of damages (approximately fifty-fifty) in the case of an unclarified violation of the rules of the game would be an inequitable solution. The application of the doctrine of contributory negligence requires, rather, that fault on the part of both defendant and plaintiff be proved. The rule is exactly the same as in the case of collisions of ships.<sup>47</sup> According to this rule no damages are awarded if the cause of damage is uncertain (§ 734 HGB). The collision of ships on the high seas and the collision of slaves jumping over blazing straw fires are analogous cases.

In brief, the risk which one has to bear when playing sport lies only in the possibility of sustaining injury oneself and not also in liability for unclarified injuries of one's opponent. This is, at the same time, the effect of the two decisions of *Alfenus* and *Paul* (3 1 and 3 2 above). If these decisions had previously come to the knowledge of modern judges, various incorrect judgments (cf n 43 above) would have been avoided.

3 4 According to the latest judgment of the Federal Supreme Court (a judgment delivered in 1976)<sup>48</sup> the defendant is not liable to pay damages for injuries caused by every minor violation of the rules of the game, for such a minor violation in the heat of the game might also have been committed by the plaintiff himself.

#### 4 DUELS BETWEEN COMBATANT ATHLETES<sup>49</sup>

Wrestling, boxing and the Greek "pankration" represent the most brutal forms of combative sports. The term "pankration" refers to what, in modern terminology, one might call a "no holds barred fight;" it was a combination of wrestling, judo and even boxing. This form of sport was greatly enjoyed by the spectators, because it was extremely fast. Strangling and other painful grips were permitted; only biting and putting one's fingers in one's opponent's eyes were prohibited.

<sup>45</sup>This has also been stated by our Federal Supreme Court in *VersR* 1957 290; cf *Deutsch VersR* 1974 1046.

<sup>46</sup>Justly emphasized by BGH *JZ* 1975 123 (*JR* 1975 286 f); (cf above n 42).

<sup>47</sup>Clearly regulated, with more details than the general rule of § 254 BGB, in §§ 734–736 of the "Handelsgesetzbuch" (HGB).

<sup>48</sup>*NJW* 1976 2161 f.

<sup>49</sup>See in general Rudolph, *Olympischer Kampfsport in der Antike*; cf also "Pale", "Pygme", and "Pankration" by Jüthner in *RE* 18 (1949) 82 ff, 619 ff and *RE* Su.pl 9 (1962) 1306–52 respectively; Reisch "Athletai", and "Athlon" in *RE* 2 (1896) 2049 ff 2058 ff and *Der Kleine Pauly*.

The Roman form of boxing, for which the fighters wound long leather straps around their fists, was even more dangerous. These leather straps were sometimes even reinforced with pieces of metal. In this way serious wounds could be inflicted. Many fights ended fatally. Even in modern boxing casualties are not unknown. Three world champions alone have died as a result of boxing injuries. In antiquity pugilism and sport in general were much more brutal than to-day. The hard fighting rarely permitted any sort of fair play. Although there were referees, no provision was made for weight divisions or rounds and breaks in the fighting. On the whole wrestling seems to have been the least dangerous form of fighting.

The common purpose of all three forms of combative sport was to knock out the opponent. It was not possible to win on points. By participating in the fight the competitors assumed the risk of bodily injuries, so that these injuries, in general, were not to be regarded as having been unlawfully inflicted. The maxim "alterum non laedere" did not apply to fighting, as long as the rules were observed. According to Ulpian the injuries were not unlawful because the purpose of fighting was to attain glory and to show courage; consequently there was no intention of harming the opponent:<sup>50</sup>

D 9 2 7 4 (Ulpianus libro 18. ad edictum): Si quis in collocatione vel in pancratio, vel pugiles dum inter se exercentur, alius alium occiderit, si quidem in publico certamine alius alium occiderit, cessat Aquilia, quia gloriae causa et virtutis, non iniuria gratia videtur damnum datum. hoc autem in servo non procedit, quoniam ingenui solent certare: in filio familias vulnerato procedit, plane si cedentem vulneraverit, erit Aquiliae locus, aut si non in certamine servum occidit, nisi si domino committente hoc factum sit: tunc enim Aquilia cessat.<sup>51</sup>

The lex Aquilia only applied to the killing and wounding of slaves, whereas in public competitions only freeborn people were permitted to participate. In Greece, originally, the right of participation was further restricted to noblemen. In the course of democratization the agonai were soon opened to all free citizens. Since gymnastics were originally preparatory exercises for military service, from which slaves were excluded, slaves were also not allowed to take part in public competitions. On the other hand the killing and wounding of freeborn people did not lead to any liability under Roman private law. In the case of the wounding of a filius familias, however, the lex Aquiliae was subsequently applied analogously by means of an actio

<sup>50</sup>The following text, as prof Van Warmelo has rightly observed does not always seem satisfactorily formulated; clearly there might be some gloss in it, but the substance is certainly reliable. For an interpretation of the text see Pernice 54; Van den Heever 55; Schipani 319 ff; Lübtow 119 142 f; Wittmann *Die Körperverletzung an Freien im klass röm Recht* (1972) 95 ff. I do not agree with the alterations to the text proposed by Albanese *Annali Palermo* 21 (1950) 136 f 284 f and Amelotti *SD* 21 (1955) 145 ff.

<sup>51</sup>"If one man kills another in a wrestling match or in the pancratium or in a trial of strength between two boxers, and indeed if one man kills another in a public contest, the lex Aquilia does not apply, because the damage must be held to be done for the sake of distinction and prowess, not with any wrongful intent. But this rule has no application in the case of a slave, as the practice is that (only) freeborn persons contend; it does apply where a filius familias is wounded. Of course, where a man injures someone who is just abandoning, the lex Aquilia applies, or where he kills a slave not in a (public) contest; as long as this doesn't occur with the consent of the owner: because then the Aquilia does not apply."



in factum, because the pater familias suffered the same losses in respect of income and medical treatment as in the case of a slave.<sup>52</sup> Liability with regard to a wounded filius familias required, however, that he should already have given up the fight ("si cedentem vulneraverit"). The sign for the abandonment of the fight was given by raising the arm or the index finger. If the opponent nevertheless continued fighting, he violated the rules of the game and was therefore liable for damage caused. In addition, the guilty fighter was punished for these violations of the rules by being whipped with a rod which every referee held in his hand.<sup>53</sup>

But how can we explain the killing of a slave during a tournament, as mentioned by Ulpian at the end of the text, if slaves were not actually permitted to take part therein? On the one hand it is possible that they fought privately with each other as amateurs, or that they appeared in a kind of "catch as catch can"-match for money like gladiators in show business. On the other hand it seems more likely that fighting with a slave was merely a form of practice by an athlete. In the place of the punching-bag already used for shadow-boxing in ancient times, well-to-do athletes kept a servant as a training partner. In the Hellenistic period slaves even had access to the gymnasium. If an athlete challenged a slave belonging to another master, he needed – according to Ulpian – the permission of that master, in view of the imminent danger of injury. Slaves were permitted to take part in harmless ball games (as mentioned in the Alfenus-text 3 1 above) without the permission of their masters; they were, however, not allowed to participate in dangerous duels, not even in a practice fight.

## 5 THE HIRING OF GLADIATORS

A strict distinction must be drawn between genuine Greek athletic tournaments and Etruscan-Roman gladiator games. As mentioned already, only freeborn people participated in public athletic tournaments, while the gladiators were slaves who fought each other for life or death in the arena. They were equipped with a sword, club and shield, or with a trident and net.<sup>54</sup>

The owner of a gladiator school was called "lanista."<sup>55</sup> He provided for his fighters' subsistence and training. The organization of the games was in the hands of a government official or occasionally in the hands of private donors. Gaius describes the legal relation between the lanista and the organizer of the games as follows:<sup>56</sup>

<sup>52</sup>On this development see Wittmann *passim*.

<sup>53</sup>Jüthner I 170 ff 180 ff; Finley and Pleket 59 ff (English) 111 ff (German).

<sup>54</sup>See esp Grant *Gladiators* (1967); also Schneider "Gladiatores" *RE* Suppl 3 (1918) 760–784.

<sup>55</sup>Cf Schneider "Lanista" *RE* 12 1 (1924) 690 f; cf Hug "Rudiarum", "Rudis 2" *RE* 1 A (1914) 1179 f.

<sup>56</sup>On this text see Haymann *SZ* 48 (1928) 355 365 ff; Krückmann *SZ* 60 (1940) 61 ff; Mayer-Maly *Locatio conductio* (1956) 72 ff; Prichard in Daube (ed) *Studies in the Roman Law of Sale, dedicated to the memory of F de Zulueta* (1959) 1 ff; Thomas "Gaius and the Gladiators" in *Homenaje Sanchez del Rio y Peguero (Themis 21 1967)* 151 ff; see also n 58 below.

Gaius inst 3 146: Item si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, quo integri exierint, pro sudore denarii XX mihi darentur, in eos vero singulos qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille, quaeritur, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. Et magis placuit eorum qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri, at eorum qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et venditionem esse: idque ex accidentibus apparet, tamquam sub condicione facta cuiusque venditione an locatione . . . .<sup>57</sup>

As Gaius tells us that the price of gladiators varied; 20 denars for those fighters who remained unhurt, 1 000 denars for those who were injured or killed, the question arose as to whether this kind of contract should be classified as sale or hire. Gaius opines that this constituted a mixed contract; an alternative combination of hire and sale. Those fighters who remained unhurt were regarded as having been hired by the organizer, whereas the wounded or killed were regarded as having been purchased. The question whether fighters had been hired or purchased in the individual case remained undecided until the outcome of the fight could be ascertained. Thus the result of the contest was the decisive condition for determining whether hire or sale was present. The effect of this condition has been exhaustively discussed by contemporary scholars.<sup>58</sup> I will only touch on two problems relating to this subject. The first being whether there is any sense in purchasing dead slaves. Does this not contradict the principle of "impossibilium est nulla obligatio"? Death would exclude performance, if the purchaser – as would usually be the case – wished to buy *living* slaves. In the case at hand, however, delivery of living slaves is not the obligation that the lanista took upon himself. The killing or wounding of the gladiators would constitute the fulfilment of the condition envisaged by the contracting parties. Fulfilment of the condition changed the hiring into purchase. The fact that the organizer of the game assumed the risk of killing or wounding constituted a major element in the contract. He suffered no disadvantage if the risk actually materialized.

The second problem arises when one asks how this agreement could have been compatible with the rule "periculum est emptoris."<sup>59</sup> A conditional sale, as this case appears to have been, was as a rule not perfect, and in imperfect contracts of sale the quoted rule was not applicable. Our condition is however, only an improper one, a sort of *condicio iuris*. It only gives effect to the law as it would be without this condition, namely that the purchaser bears the risk. The parties obviously employ the rule "periculum est emptoris" for their own benefit. This means that the rule is also valid in our case, which amounts to an application and not an exclusion of the rule.

<sup>57</sup>"If I supply you with gladiators upon the terms that for each man who comes out scatheless I shall be paid 20 denarii in return for his exertions, but for each one who is killed or disabled, 1 000, the question arises whether the contract is one of sale or of hire. The prevailing opinion was that it is one of hire of those who came out scatheless, but of sale of those who are killed or disabled: which it is now, the events declare, there being understood to be a conditional sale or hire of each single gladiator . . ."

<sup>58</sup>Grosso "Gai 3 146 e la retroattività della condizione" *SD* 9 (1943) 290 ff; Solazzi "Un tipo nuovo di condicio in Gai 3 146" *BIDR* 59/50 (1948) 350 ff; Masi *Studi sulla condizione nel diritto romano* (1966) 151 ff; Thomas 153 f; Calonge "El problema de la retroactividad de la condición" *Studi Volterra* III (1971) 161 ff.

<sup>59</sup>Cf Mayer-Maly (above n 56) 73.

Normally, the purchaser bears the risk by operation of law. Here, however, Gaius constructs a contract of purchase and sale, because the parties are agreed that the organizer should bear the risk. The organizer, however, does not really intend to buy the wounded or killed gladiators. Had he intended to do so he would have had to provide for the burial of the dead and for the medical treatment of the wounded. These were, in fact, duties of the lanista.<sup>60</sup> The employment of a contract of sale leads to the assumption of the risk by the organizer in a manner which in effect amounts to a form of insurance.<sup>61</sup> One can only admire the inventive mind of Roman jurists, who were very reluctant to adopt new legal institutions. By means of a conditional alternative between hire and sale they were able to solve this very special case in a most satisfactory manner.

## 6 AN ACCIDENT CAUSED BY TOSSING SOMEONE IN A BLANKET

At the time of Emperor Hadrian the "tossing accident" occurred in the Spanish province of Baetica. This accident is vividly described by Ulpian:<sup>62</sup>

Collatio legum Mos et Rom 1 11 (Ulpianus libro 7. de officio proconsulis): (§ 1.) Cum quidam per lasciviam causam mortis praebuisset, comprobatum est factum Taurini Egnatii proconsulis Baeticae a divo Hadriano, quod eum in quinquennium relegasset. (§ 2.) Verba consultationis et rescripti ita se habent: "Inter Claudium, optime imperator, et Evaristum cognovi, quod Claudius Lupi filius in convivio, dum sago iactatur, culpa Marii Evaristi ita male acceptus fuerit, ut post diem quintum moreretur. Atque apparebat, nullam inimicitiam cum eo Evaristi fuisse. Sed cupiditatis culpam coercendum credidi, ut ceteri eiusdem aetatis iuvenes emendarentur. Ideoque Mario Evaristo urbe, Italia et provincia Baetica in quinquennium interdixi, et decrevi, ut impendii causa HS. duo milia patri iuvenis persolveret Evaristus, quod manifesta erat eius paupertas. Velis rescribere." (§ 3.) Verba rescripti: "Poenam Marii Evaristi recte, Taurine, moderatus es ad modum culpae: refert enim et in maioribus delictis, consulto aliquid admittatur, an casu". (§ 4.) Et sane in omnibus criminibus distinctio haec poenam aut iustitiam provocare debet aut temperamentum admittere."<sup>63</sup>

<sup>60</sup>Krückmann *SZ* 60 (1940) 62 f.

<sup>61</sup>Krückmann loc cit; Mayer-Maly 73 f.

<sup>62</sup>For an interpretation cf Pernice *Labeo* II (1st ed 1878) 381 f; Hitzig in *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 9 (1896) 32 f; Binding *Die Normen und ihre Uebertretung* (2) II 2 (1916) 761 ff (doubtful); Beseler *Beiträge zur Kritik der röm Rechtsquellen* IV (1920) 244 f and esp Beseler *Juristische Miniaturen* (1929) 45 ff; Coing *SZ* 69 (1952) 48; Daube *Studi de Francisci* I (1956) 124 ff and Polara *BIDR* 57 (1974) 119 ff for further literature.

<sup>63</sup>(§ 1.) When someone caused another to die through negligence, Hadrian approved the order of the proconsul Ignatius Taurinus of the province Baetica, who exiled the wrongdoer for five years. (§ 2.) The words of the inquiry and the answer are as follows: 'Between Claudius, best emperor, and Evaristus I have determined that Claudius, the son of Lupus, at a banquet, while he was tossed in a coat, was so badly caught through the fault of Marius Evaristus, that he died four days later. It appeared that no hostility existed between him and Evaristus. Nevertheless, I thought to punish the negligence (caused) by high spirits, so that the other young people of the same age would be corrected. Therefore I exiled Marius Evaristus for five years from the city of Rome, from Italy and from the province Baetica, and ordered that Evaristus should pay two thousand sesterces for the purpose of refunding the costs to the father of the youth (who had died), whose poverty was proven. Would you please answer.' (§ 3.) The words of the rescript: 'According to the extent of the fault, Taurinus, you have apportioned the punishment correctly. Because also in serious delicts it should be distin-

The Latin word "sagum" in this text (§ 2) means a coat without sleeves, as worn by Roman soldiers. It was in fact no more than a kind of heavy woollen blanket. The accident occurred when a group of young people at a feast were tossing one of their table companions on such a blanket. The accused, M Euaristus, did not catch C Lupus, who was being tossed, correctly, Lupus fell to the ground and died four days later as a result of his injuries. The governor investigated the facts carefully. In theory the fall could have been due to intention or to mere negligence. The governor established, however, that no animosity existed between the deceased and the accused. From this the magistrate drew the conclusion that no intention to kill or wound had been present in the mind of the accused. Roman criminal law did not contain general sanctions regulating death caused by negligence.<sup>64</sup> The law of Sulla, in the context of which Ulpian discusses this case, punished only intentional killing. The punishment of criminal negligence was at the discretion of the magistrate. The modern principle "nullum crimen, nulla poena sine lege" did not apply yet. It was only established by Feuerbach at the beginning the 19th century.<sup>65</sup> No principle in Roman law prevented the punishment of an accused in terms of a rule construed by analogy. This discretionary power of the magistrate was not tantamount to despotism; it was only a means aimed at the proper fulfilment of his official duties.<sup>66</sup>

In this specific case the governor punished the wanton negligence "in order to educate the other young men of this age group," as the text says. The young offender was punished by a relegation for 5 years, that is less heavily than the punishment in the case of murder. In addition, the father of the deceased young man was given 2 000 sesterces for the reimbursement of costs – probably the costs of burial of his son. This sum would not have been at all sufficient as full compensation. This is the only case known to me where a third person was granted compensation in the form of burial costs in consequence of the killing of a freeborn person.<sup>67</sup> According to Roman law slaves had a commercial value, but the life of a freeborn person could not be assessed in terms of money.<sup>68</sup>

## 7 CLOSING REMARKS

The Roman sources of law concerning liability in cases of accidents occurring in the course of sporting events – although almost forgotten – continue to be relevant today. As has been shown, many problems arising in connection with the *lex Aquilia* still constitute the main issues of the law of delict. Those who want to work scientifically, must not regard the law

guished, whether something was done on purpose or by accident.' (§ 4.) And indeed this distinction must in all offences either permit the rightful punishment or have the effect of a mitigation."

<sup>64</sup>Hitzig 31 ff; Coing 48; Sinogowitz *SZ* 74 (1957) 341.

<sup>65</sup>Schreiber *Gesetz und Richter: Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen etc* (1976).

<sup>66</sup>Siber *Analogie, Amtsrecht und Rückwirkung im Strafrecht des röm Freistaats* (Sächs Akad Wiss Leipzig 1936) passim, esp 33 f.

<sup>67</sup>Wittman makes no mention of this text; cf above n 50.

<sup>68</sup>"Liberum corpus nullam recipit aestimationem" (Gaius D 9 3 7; cf Wittmann 66 ff).

from the perspective of a dachshund who only sees what is directly in front of his nose but is ignorant of the course legal science has taken for more than 2 000 years. Whoever deals intensively with classical Roman law will confirm that it does not consist of outdated curiosities, but deals with everlasting fundamental problems of private law on the basis of cultural history. □

*L'étude du droit actuel ne présente donc pour nous qu'un intérêt épisodique. Ce qui offre un intérêt durable, c'est l'étude de l'évolution du droit, faite des réactions constantes des conditions sociales essentiellement muables sur les formules juridiques toujours perfectibles. Embrasser du regard l'évolution dont surgirent nos institutions juridiques modernes, c'est le meilleur moyen de saisir la portée exacte de ces institutions et d'entrevoir leur destinée dans l'avenir.*

Georges Cornil Droit Romain 2

# Gedingvoering met die actio pro socio tydens die bestaan van 'n vennootskap

HJ Delport

BA LLD

Universiteit van Port Elizabeth

## SUMMARY

This article deals with the problem whether a partner may institute proceedings against his co-partners during the subsistence of the partnership.

After an analysis of this problem as it is dealt with in our common law and related modern legal systems the author submits that in South African law a partner may institute the actio pro socio during the subsistence of the partnership in the following cases:

(a) Where the claim does not include that a partnership account be rendered, for example where a partner claims the use of certain assets, or claims that a specific amount be paid into the partnership account.

(b) Where, although the claim includes that a partnership account be rendered, the contract of partnership provides for the rendering of the account at specific times, or it is equitable that an account be rendered.

(c) Where a partner claims payment of an amount which is owing to him and the contract of partnership provides for settlement to take place at certain specified times, or where it is equitable that settlement take place during the subsistence of the partnership.

## 1 INLEIDING

In *Pataka v Keefe*<sup>1</sup> het die appèlhof die vraag of 'n vennoot die actio pro socio tydens die duur van die vennootskap teen 'n mede-vennoot kan instel, uitdruklik onbeslis gelaat. Alhoewel die hof die moontlikheid van so 'n eis obiter oorweeg het, is by monde van ar Tindall duidelik verklaar dat indien dié aangeleentheid ooit direk ter sprake sou kom, 'n diepgaande ondersoek na tersaaklike gesag noodsaaklik sou wees.<sup>2</sup>

Tot op hede het bogenoemde vraag nog nooit vir beslissing voor die appèlhof gediën nie. Dit was ook eers relatief onlangs, in *Robson v Theron*,<sup>3</sup> dat die appèlhof hom weer obiter in hierdie verband uitgelaat het. By hierdie geleentheid is beslis dat 'n vennoot na ontbinding van die vennootskap, van sowel die actio pro socio as die actio communi dividundo gebruik kan maak

---

<sup>1</sup>1947 2 SA 962(A).

<sup>2</sup>1967.

<sup>3</sup>1978 1 SA 841(A).

om 'n verdeling van die klandisiewaarde van die vennootskap te bewerkstellig. In die loop van die uitspraak het die hof dit nodig geag om die gemeenregtelike grondslag en aard van beide bogenoemde aksies te ontleed, en ná behandeling van enkele bronne is die onderliggende beginsels van dié aksies kortliks opgesom. Sover dit die actio pro socio betref, is o.a. verklaar:

“This action may be instituted by a partner against a co-partner during the existence of the partnership for specific performance in terms of the partnership agreement and/or fulfilment of personal obligations (praestationes personales) arising out of the partnership agreement and business.”<sup>4</sup>

Twee afsonderlike aspekte van die actio pro socio is met hierdie dictum aangeraak naamlik

- (a) die instel van die aksie tydens die bestaan van die vennootskap,
- (b) die eis vir spesifieke nakoming van die vennootskapsooreenkom.

Die doel van die onderhawige bespreking is om die eerste van bogenoemde aspekte in diepte te ontleed.<sup>5</sup> 'n Volledige ondersoek van die gemene reg en Suid-Afrikaanse regspraak, asook 'n oorsig van enkele vreemde regstelsels, bring aan die lig dat die aangeleentheid meer gekompliseerd is as wat met die eerste oogopslag blyk.

## 2 GEMEENREGTELIKE ONDERSOEK

### 2 1 Die Romeinse reg

Die vraag of die actio pro socio in die Romeinse reg tydens die bestaan van 'n vennootskap ingestel kon word, word verskillend deur Romaniste beantwoord. Die rede vir die uiteenlopende standpunte word gevind in vier tekste nl *D* 17 2 63 10;<sup>6</sup> *D* 17 2 65 pr;<sup>7</sup> *D* 17 2 65 15;<sup>8</sup> en *C* 4 37 5.<sup>9</sup> Volgens eersgenoemde teks word 'n vennootskap o.a. ex actione ontbind, en volgens *D* 17 2 65 pr geskied so 'n ontbinding wanneer die causa societatis òf dm v stipulatio òf dm v iudicio gewysig word (mutata sit). Aan Proculus word dan die mening toegeskryf dat societas opgesê word (renuntiatam societatem) sodra regstappe gedoen word met die doel om dit te ontbind, (ut societas distrahitur). *C* 4 37 5 sluit hierby aan deur te verklaar dat 'n vennootskap

<sup>4</sup>855–856.

<sup>5</sup>Sien t.v. die tweede aspek Delpont *Gedingvoering tussen vennote* (ongepubliseerde proefskrif Universiteit Pretoria) 1977 197 e.v. en 253–254.

<sup>6</sup>*D* 17 2 63 10: “A partnership is terminated by the non-existence of those who compose it; by loss of its property; by the will of the partners and by legal proceedings” (Scott se vertaling).

<sup>7</sup>*D* 17 2 65 pr: “It is terminated by legal proceedings when the purpose for which it was formed is changed, either by stipulation or judicial decision; for Proculus says that a partnership is dissolved whether it be general or special, whenever legal steps are taken for the purpose of putting an end to it” (Scott se vertaling).

<sup>8</sup>*D* 17 2 65 15: “It is sometimes necessary to bring an action on partnership while the partnership is still in existence; as, for instance, where the latter was formed for the purpose of collecting taxes; if on account of various contracts it is to the advantage of neither partner to withdraw from the partnership, and one of them fails to place what he has collected in the common fund” (Scott se vertaling).

<sup>9</sup>*C* 4 37 5: “We decree that a partnership shall last as long as the consent of the parties to its continuance exists. Hence, if you have acquired a right of action on partnership, you will not be prevented from bringing it before a judge having jurisdiction” (Scott se vertaling).

net so lank duur as wat daar consensus tussen die vennote bestaan: indien consensus op 'n einde kom, en die vennootskap gevolglik ontbind het, kan 'n aksie voor 'n bevoegde iudex ingestel word.

*D* 17 2 65 15 lewer die meeste probleme op. Volgens Paulus was dit soms (nonnunquam) noodsaaklik om manente societate 'n actio pro socio in te stel, byvoorbeeld (veluti) in gevalle van 'n societas vectigalium wanneer 'n vennoot versuim het om sy ingesamelde bydraes in die arca communis te plaas, en dit tot voordeel van die vennote was dat die vennootskap nie ontbind nie. In direkte teenstelling met *D* 17 2 63 10 en 65 pr word dus in *D* 17 2 65 15 konstateer dat 'n vennootskap nie noodwendig ex actione ontbind het nie, maar dat dit tog moontlik was om 'n aksie in te stel terwyl die vennootskap bly voortbestaan.

Die konflik tussen bogemelde tekste, en die moontlike uitleg wat daaraan geheg kan word, gee aanleiding tot 'n verskil van mening oor die volgende beginselvrae:

(a) of die actio pro socio enigsins tydens die bestaan van 'n vennootskap ingestel kon word;

(b) indien wel, of dit by alle vorme van societas gedoen kon word; en

(c) of alle regte en verpligtinge van vennote manente societate afdwingbaar was.<sup>10</sup>

Oor die algemeen word daar baie krities gestaan teenoor *D* 17 2 65 15 en die actio pro socio manente societate. Volgens sommige skrywers is lex 65 15 'n na-klassieke ontwikkeling en was die posisie in die klassieke reg dat societas ex actione ontbind het.<sup>11</sup> Op gesag van *D* 17 2 65 pr word dan verklaar dat die blote instel van die aksie beskou was as 'n stilswyende renuntiatio – “manifeste la volonté d'un associé de ne plus être en société.”<sup>12</sup>

Ander skrywers is egter meer omsigtig in hul benadering. Volgens Buckland<sup>13</sup> “. . . *litis contestatio* ended the *societas* where it was brought as a general action on the contract though it could be brought in a friendly suit to adjust particular points without affecting the contract as a whole.” Watter

<sup>10</sup>Sien tov die verskillende regte en verpligtinge van vennote: Delport 49–62. Soos hieronder sal blyk was sekere skrywers van mening dat slegs die verpligting wat uitsluitlik in *D* 17 2 65 15 vermeld is, manente societate afdwingbaar was. sien verder oor die uitleg van lg teks, Delport 26 ev.

<sup>11</sup>Van Oven *Leerboek van Romeinsch privaatrecht* (1948) 290, en 1951 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 459; Monier *Manuel élémentaire de droit Romain II* (1948) 181; Schulz *Classical Roman Law* (1953) 552; Litewski 1972 *Revue Historique de droit Français et Étranger* 79; Del Chiaro *Le contrat de société en droit Romain* (1928) 199 ev; Thomas *The Institutes of Justinian* 241; Kaser *Romisches Privatrecht, ein Studienbuch* (1968) 189 en 1975 *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 329.

<sup>12</sup>Cuq *Manuel des institutions juridiques des Romains* (1928) 499 voetnoot 3; Lee *Elements of Roman law* (1956) 330; Iglesias *Derecho Romano* 412. sien ook Guarino *Diritto Privato Romano* 841 wat verklaar dat die aksie nie manente societate ingestel kon word nie omrede “che implicava il venir meno di quell' atmosfera di fiducia reciproca, che caratterizzava l'istituto.”

<sup>13</sup>*A text-book of Roman law from Augustus to Justinian* (1963) 512. Volgens hom was lex 65 15 “perhaps only in late law” van toepassing. Contra Thomas 1974 *Tulane Law Review* 1101.



“suits” almal “friendly” was en oor watter “particular points” ageer kon word, word egter nie op ingegaan nie. Thomas<sup>14</sup> se beskouing is dat die algemene reël was dat die instel van die actio pro socio die vennootskap ontbind het “. . . unless it was brought as a friendly proceeding to settle some minor point without affecting the contract as a whole.” Ook hy vermeld egter nie to v watter “minor points” manente societate ’n aksie ingestel kon word en to v watter “major points” nie.

’n Derde standpunt word gevind by skrywers wat verklaar dat lex 65 15 slegs op ’n societas vectigalium van toepassing was, maw dat dit slegs in daardie vorm van societas moontlik was om tydens die bestaan van die vennootskap ’n aksie in te stel. To v alle ander vorme van societas sou lex 63 10 en 65 pr geld, nl dat ’n vennootskap by die instel van die actio pro socio ontbind het.<sup>15</sup> Hierdie betoog vind sy oorsprong in die feit dat lex 65 15 spesifiek melding maak van societas vectigalium as ’n geval waar manente societate ageer kon word: voorstanders van hierdie siening argumenteer gevolglik dat dit net nog ’n verdere eienskap van die eiesoortige societas vectigalium was.<sup>16</sup> Soos Arangio-Ruiz<sup>17</sup> egter reeds oortuigend aangetoon het, gaan hierdie argument nie op nie om die eenvoudige rede dat societas vectigalium in lex 65 15 bloot as ’n voorbeeld gebruik is – die woord veluti in die betrokke teks laat duidelik blyk dat die actio manente societate nie net tot daardie vorm van societas beperk was nie.

Laasgenoemde skrywer skaar homself op sy beurt by ’n vierde skool van denke wat van mening is dat die onderhawige aksie ongekwalifiseerd in alle vorme van societas tydens die bestaan van ’n vennootskap ingestel kon word.<sup>18</sup> Volgens hierdie skool is daar niks in leges 63 10 en 65 pr wat ’n afleiding regverdig dat die instel van die actio pro socio ’n stilswyende renuntiatio tot gevolg gehad het nie. Intendeel maak die slotsin van die teks dit duidelik dat slegs ’n actio wat gerig was op die ontbinding van die vennootskap, solutio societatis tot gevolg sou hê – die gevolgtrekking skyn noodwendig te wees dat die aksie ook sonder solutio ingestel kon word. Bowendien kom dit ook vreemd voor dat ’n socius van ’n actio gebruik moes maak om die vennootskap te ontbind, terwyl hy deur blote renuntiatio hierdie gevolg teweeg kon bring.

## 2 2 Die Glossatore

Die vraag of die actio pro socio manente societate ingestel kan word,

<sup>14</sup>*The Institutes of Justinian* 241. Vgl ook Prichard *Leage's Roman private law founded on the Institutes of Gaius and Justinian* (1961) 367: “*Societas* might be dissolved by an *actio pro socio*, except where that was brought for minor adjustments.”

<sup>15</sup>Daube 1938 *Cambridge Law Journal* 390 voetnoot 30; Van Oven *Leerboek* 290; Szlechter *Le contrat de société en Babylone, en Grece et a Rome* (1947) 386.

<sup>16</sup>Volgens sommige skrywers het hierdie vennootskap oa ook oor regspersoonlikheid beskik. Vgl Duff *Personality in Roman law* 141; Buckland 513; Jolowicz and Nicholas *Roman Law* (1972) 297.

<sup>17</sup>*La Societa in diritto Romano, Corso di lezioni svolto nell' Università di Roma* (1949–1950) 181 voetnoot 1.

<sup>18</sup>Sien Arangio-Ruiz 180; Kaden 1951 II *Iura* 234; De Colquhoun *A summary of the Roman Civil Law* (1964) 80 en 415; Pernice 1888 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* 234–236. Sien egter ook De Zulueta *The institutes of Gaius* II (1953) 181: “The bringing of a hostile *actio pro socio* might well be interpreted as a renunciation.” Hy meld egter nie onder watter omstandighede die aksie noodwendig “hostile” sou wees nie.

het ook onder die glossatore wye bespreking uitgelok.<sup>19</sup> Volgens glos aut iudicio op *D* 17 2 65 pr het 'n renuntiatio plaasgevind indien vennote teen mekaar in geding getree het, en kon die aksie eers finita societate ingestel word. Dit word egter duidelik gestel dat dié reël nie gegeld het in 'n geval soos *D* 17 2 65 15 nie, maar daar word nie uitgebrei oor die strekking van laasgenoemde teks nie. Glos nonnunquam op *D* 17 2 65 15 stel dit onomwonde dat 'n vennootskap nie noodwendig deur die instel van die actio pro socio ontbind het nie. Daar word gesê dat dit dikwels (saepe) gebeur het dat vennote tydens die bestaan van 'n vennootskap onderling ageer het wanneer dit nie tot hulle voordeel was om hulle verbintenis te beëindig nie. Die strekking van die glos is voorts dat die vermelding van societas vectigalium in *D* 17 2 65 15 bloot as voorbeeld genoem is en dat dit ook by ander vorme van societas moontlik was om voor ontbinding 'n aksie in te stel. Hierdie siening word onderskryf deur glos nata est op *C* 4 37 5 waar voorts verklaar word dat alle praestationes personales<sup>20</sup> tydens die bestaan van 'n vennootskap afgedwing kan word, en nie net dié genoem in *D* 17 2 65 15, nl waar 'n socius nec refertur in medium quod ad alterum pervenerit nie.

Bogemelde siening, wat gesteun was deur Irnerius,<sup>21</sup> Pillius<sup>22</sup> en Azo,<sup>23</sup> het egter nie orals byval gevind nie. Volgens Placentinus,<sup>24</sup> Anselmus<sup>25</sup> en Odofredus<sup>26</sup> was die algemene reël dat die instel van die actio pro socio die vennootskap ontbind het, en dat dit slegs by societas vectigalium moontlik was om manente societate te ageer. Veral Placentinus stel dit duidelik dat daar selfs nie ageer kan word oor die geval vermeld in *D* 17 2 65 15 sonder om die vennootskap te ontbind nie.<sup>27</sup>

### 2 3 Die Ultramontani en Kommentatore

Wat die Ultramontani betref, vind die standpunte van Petrus de Bellapertica en Révigny in 'n groot mate aansluiting by dié van die glossatore. Volgens eersgenoemde was die reël dat actio pro socio durante societate non oritur, alhoewel daar tog ageer kan word met die doel om die vennootskap te ontbind.<sup>28</sup> Révigny<sup>29</sup> aan die ander kant verklaar egter dat die algemene reël was dat actio pro socio non nascitur nisi finita societate. Volgens hom was dit die geval waar die aksie as 'n actio generalis gebruik is; in gevalle waar

<sup>19</sup>Slegs enkele van die vernaamste standpunte word hier bespreek. Vir 'n volledige uiteensetting en 'n weergawe van die betrokke tekste waarna hieronder verwys word, sien Delpor 68 ev.

<sup>20</sup>Hierdie benaming word gebruik om alle vorderings tussen sodii te omvat. Vgl Heumann-Seckel *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, wat die uitdrukking as "obligatorische Leistung" vertaal. Sien ook Van Warmelo 1950 *THRHR* 273 voetnoot 3.

<sup>21</sup>*Summa Institutionem ad D* 17 2 65 15.

<sup>22</sup>*Libellus De Preparatoriis Litium ad D* 17 2 65 15.

<sup>23</sup>*Lectura Super Codicem ad C* 4 37 5.

<sup>24</sup>*Summa Codicis ad C* 4 37 5.

<sup>25</sup>*Iuris Civilis Instrumentum ad D* 17 2 65 15.

<sup>26</sup>*Lectura Super Codice ad C* 4 37 5.

<sup>27</sup>Vgl *De Varietate Actionum (Liber secundus)* tit 21 ad *D* 17 2 65 15. Sien ook Rogerius *De Dissensionibus Dominorum* (ed Haenel) 78 par 10.

<sup>28</sup>*Commentaria in Digestum novum ad D* 17 2 65 15.

<sup>29</sup>*Lectura codicis ad C* 4 37 5.

die aksie as 'n actio particularis ingestel is, kon dit wel durante societate geskied. As voorbeeld van laasgemaakte noem hy die geval waar 'n vennoot 'n geheime wins gemaak het of waar hy 'n sekere verlies gely het: daar kan tydens die duur van die vennootskap aageer word om 'n deel van die wins of verlies te verhaal. Révigny brei egter nie verder uit oor die beginselsverskil tussen 'n actio pro socio generalis en 'n actio pro socio particularis nie.

Onder die post-glossatore of kommentatore vind 'n mens ook wye meningsverskil. Cynus<sup>30</sup> sluit by die standpunt van Révigny aan deur te verklaar dat die actio pro socio as 'n actio particularis wel manente societate ingestel kon word, maar as 'n actio generalis slegs post finitam societatem.<sup>31</sup> Salycetus daarenteen, behandel die probleem vanuit 'n heel ander oogpunt.<sup>32</sup> Nadat hy gesê het dat die glossatore onseker was of die actio pro socio durante societate nata sit, verklaar hy dat die oplossing in die subjektiewe gesindheid van die eiser gesoek moet word. Indien die aksie ingestel was ea intentione et animo ut a tota societate recedatur, het die vennootskap deur die instel van die aksie ontbind. Die aksie kan egter wel durante societate ingestel word si non vult intentans a societate recedere.

Bartolus se standpunt daarenteen, is meer konserwatief.<sup>33</sup> Volgens hom kan 'n aksie slegs tydens die bestaan van 'n vennootskap ingestel word om iets (aliquid) te communicare.<sup>34</sup> In gevalle waar die aksie deur 'n vennoot ingestel is om pars sua van die vennootskapsbates op te eis, het die vennootskap onmiddellik ontbind. Die rede hiervoor was volgens Bartolus dat die eiser in so 'n geval 'n animus dissolvendi societatem gehad het: die eiser moet deur die instel van die eis per se ook die bedoeling gehad het om die vennootskap te ontbind. Bartolus verduidelik egter nie hoekom so 'n animus dissolvendi noodwendig aan 'n eiser toegedig moes word nie.

## 2 4 Franse en Duitse skrywers

Wat Franse skrywers betref, word gevind dat hulle oor die algemeen heelwat bygedra het ter verduideliking van die vraag of die actio pro socio tydens die bestaan van 'n vennootskap ingestel kon word. Netsoos Cynus en Révigny verklaar Cujacuis<sup>35</sup> dat die actio pro socio as 'n actio generalis slegs finita societate ingestel kan word. Indien die aksie egter in rem aliquam specialem non in generalem ingestel was, kan wel manente societate aageer word.<sup>36</sup> Gevalle waar die aksie as 'n actio generalis ingestel is, was dan waar rationes societatis in die eis ter sprake sou kom, dws waar daar verrekening tussen die vennote moes geskied.<sup>37</sup>

<sup>30</sup>*In codicem et aliquot titulos primi pandectarum tomi id est, digesti veteris, doctissima commentaria ad C 4 37 5.*

<sup>31</sup>Sien ook Angelus Ubaldus *In Codicem commentaria ad C 4 37 5.*

<sup>32</sup>*Opera omnia prima tomus ad C 4 37 5.*

<sup>33</sup>*Super Digesto Veteri II ad D 17 2 65 pr.*

<sup>34</sup>Klaarblyklik lei hy dit af van die voorbeeld wat in *D 17 2 65 15* genoem is. Oor die uitleg van die woord communicare soos wat dit in die *Digesta*-tekste voorkom, sien Delport 27 ev, en gesag aldaar bespreek.

<sup>35</sup>*Opera Omnia Tom 9 ad C 4 37 5; Opera Tom 2 ad D 17 2 65 pr.*

<sup>36</sup>*ibid.* Hy stel dit ook duidelik dat so 'n procedure by alle vennootskappe en nie net by societas vectigalium nie, gevolg kon word.

<sup>37</sup>*Opera Omnia Tom 5 ad C 4 37 5.*

Donellus se siening van *D 17 2 65 15* is weer baie konserwatief. Volgens hom is die strekking van dié teks dat daar slegs by *societas vectigalium* tydens die bestaan van die vennootskap ageer kon word: by ander vennootskappe was die instel van 'n aksie manente societate gelykstaande aan 'n stilswyende *renuntiatio* van die vennootskap.<sup>38</sup> *Molinaeus*<sup>39</sup> daarenteen, maak geen onderskeid tussen gedingvoering by *societas vectigalium* en die ander vennootskapsvorme nie. Hy konstateer net soos *Cujacius* dat ontbinding van die vennootskap wel 'n vereiste was wanneer die *actio pro socio* as 'n *actio generalis* ingestel is, dws wanneer die eis die opstel van die vennootskapsrekeninge ingehou het. Aangesien so 'n rekening eers post *finitam societatem* opgestel kon word, kon die aksie noodwendig ook eers na ontbinding van die vennootskap ingestel word. Volgens *Molinaeus* kon daar egter nietemin in uitsonderlike gevalle op grond van billikheidsoorwegings durante societate ageer word, byvoorbeeld wanneer 'n vennoot eis dat hy vergoed word vir onkoste wat hy in belang van die vennootskap aangegaan het, of wanneer daar van 'n vennoot skadevergoeding geëis word vir skade wat hy die vennootskap berokken het.<sup>40</sup> Opvallend is egter dat hy geen melding maak van die geval in *D 17 2 65 15* nie.

*Pothier*<sup>41</sup> se standpunt is nie heeltemal duidelik nie. Daar moes volgens hom onderskei word tussen die sogenaamde "objets principaux" en die "objets particuliers" van die aksie. Onder eersgenoemde sou verdeling van die vennootskapsbates val, en met verwysing na *D 17 2 65 10* verklaar hy dat die *actio pro socio* in so 'n geval eers post *finitam societatem* ingestel kon word. Tans "objets particuliers" kon wel manente societate ageer word, maar wat alles as "objets particuliers" beskou moes word, word nie verduidelik nie. Met verwysing na *D 17 2 65 15* word slegs soos volg verklaar:

"[The *actio pro socio*] can be maintained, with regard to particular objects, during the time that the partnership lasts, for instance against such one of the partners who retains all the profits of the partnership, to make him share it with the others, and that he may be compelled, for that purpose, to give a short statement of the accounts, as also to allow the enjoyment of the common property, and to contribute to necessary repairs."<sup>42</sup>

Duitse skrywers het oor die algemeen min besware gehad teen die instel van die *actio pro socio* tydens die bestaan van die vennootskap. Daar was egter wel meningsverskil oor die vraag of alle regte en verpligtinge van vennote manente societate afdwinging kon word. Volgens *Lauterbach*<sup>43</sup> was alle *praestationes personales* voor ontbinding afdwingbaar, maar *Struvius*<sup>44</sup>

<sup>38</sup>Hy gee egter toe dat daar twyfel oor die presiese uitleg van *D 17 2 65 15* bestaan het – vgl *Opera Omnia et Commentariorum in Codicem Justiniani II ad D 17 2 65 15*.

<sup>39</sup>*Opera quae extant omnia Tom 3 ad C 4 37 5*.

<sup>40</sup>*ibid.* Skynbaar kon so 'n aksie eers na verstryking van 'n tydperk van vier maande ná ontstaan van die skuldoorsaak ingestel word. Sien voorts *Delport 81 voetnoot 57–59*.

<sup>41</sup>*Oeuvres par 135*.

<sup>42</sup>Die vertaling is dié van *Tudor A treatise on the contract of Partnership par 135*. Opvallend is dat *Pothier* gedingvoering manente societate toegelaat het in gevalle waar die opstel van vennootskapsrekeninge ter sprake was. Skynbaar het hy ook die instel van 'n *actio pro socio* as 'n *actio generalis* tydens die bestaan van die vennootskap goedgekeur.

<sup>43</sup>*Collegii theoretico practici pandectarum 933*.

<sup>44</sup>*Syntagma jurisprudentiae 809*.

en Bachovius<sup>45</sup> wou sodanige optrede slegs toelaat waar 'n vennoot *lucra vel fructus* moes verantwoord.

## 2 5 Die Romeins-Hollandse reg

Die Romeins-Hollandse skrywers was eweneens nie eensgesind oor die oplossing van die onderhawige probleem nie.<sup>46</sup> Volgens Noodt<sup>47</sup> was die algemene reël dat die *actio pro socio* eers ná ontbinding van die vennootskap ingestel kon word. As rede voer hy aan dat die hele doel van die aksie *exaequantur lucri et damni partes* was: aangesien die totale wins en verlies eers by ontbinding van 'n vennootskap, wanneer *rationem totius administrationis* opgestel is, bereken kon word, kon die aksie eers toe ingestel word. Noodt gee egter toe dat die aksie wel ook *manente societate* ingestel kon word ut in *commune conferantur*. Hy verduidelik egter nie of alle ander regte en verpligtinge ook so afgedwing kon word nie. Ook Zoesius<sup>48</sup> was van mening dat 'n vennootskap ontbind het wanneer die *actio pro socio* as 'n *actio generalis* ingestel is ad *totius administrationis rationes reddendas*. Wanneer die instel van die aksie nie so 'n algehele verrekening tussen vennote ingehou het nie, kon in alle vorme van *societas* tydens die bestaan daarvan ager word indien dit nie tot voordeel van die vennote was om die vennootskap te ontbind nie.

Matthaeus<sup>49</sup> en Wissenbach<sup>50</sup> se sienings daarenteen was dat die *actio pro socio* slegs by *societas vectigalium* tydens die bestaan van die vennootskap ingestel kon word. Op gesag van *D 17 2 65 pr* konkludeer beide skrywers dat in gevalle van *societas privata*, die instel van die aksie as 'n *stilswyende renuntiatio* beskou moes word. Voet<sup>51</sup> verklaar egter op sy beurt dat gedingvoering by alle vorme van vennootskappe tydens die bestaan daarvan moontlik was. Volgens hom het die instel van die *actio pro socio* alleen die effek van 'n *renuntiatio* gehad indien die aksie so geformuleer is dat dit op ontbinding van die vennootskap gerig is. Dit is egter belangrik om daarop te let dat alhoewel Voet in *casu* klaarblyklik geen beswaar gehad het teen die afdwinging van alle praestationes *personales* tydens die bestaan van die vennootskap nie, hy dit elders in een vername opsig kwalifiseer.<sup>52</sup> 'n Vennoot kon volgens hom nie te eniger tyd daarop aandring dat 'n mede-vennoot 'n formele vennootskapsrekening moet opstel nie: sulke rekeninge moes slegs òf aan die einde van die vennootskap, òf jaarliks òf op 'n tydstip wat gebruiklik was in 'n bepaalde gebied, opgestel word. Die afleiding is gevolglik noodwendig dat die *actio pro socio* ook slegs op laas-

<sup>45</sup>*Notae et animadversiones ad disputationes Hieronymus ad D 17 2 65 15.*

<sup>46</sup>Sien ook Huber *Praelectionum juris civilis* 3 26 7 wat konstateer dat 'n vennootskap ex *actione* ontbind het per *litis contestationem et novationem*. Hy gee egter toe dat die aksie tydens die bestaan van die vennootskap ad *aequalitatem redigendis* ingestel kan word. Vinnius *Institutionum* 3 26 4 num 2 se benadering is weer dat die instel van die aksie as 'n *stilswyende renuntiatio* van die vennootskap beskou moes word, wanneer dit gedoen was *distrahendae societatis causa*.

<sup>47</sup>*Opera Omnia ad D 17 2 65 15.*

<sup>48</sup>Zoesius *Commentarius ad digestorum seu pandectarum iuris civilis* 17 2 36.

<sup>49</sup>*De Auctionibus* 2 8 10.

<sup>50</sup>*In libros VII priores codicis Justiniani ad C 4 37 5.*

<sup>51</sup>*Comment ad Pand 17 29.*

<sup>52</sup>*Comment ad Pand 17 2 11.*

gemelde tydstipie ingestel kon word om 'n formele rekeningstaat te eis.<sup>53</sup>

Ten slotte kan nog verwys word na Van der Keessel, wat anders as Voet, die aksie skynbaar slegs in een geval manente societate wou toelaat. Dit was die geval vermeld in *D 17 2 74 nl* waar 'n vennoot versuim om bates wat hy na sluiting van die vennootskap verkry, te verantwoord. In ander gevalle wou Van der Keessel gedingvoering tussen vennote skynbaar slegs na ontbinding van die vennootskap toelaat.

Ander Romeins-Hollandse skrywers bespreek nie die onderhawige probleem nie. Wat wel opval, is dat ofskoon daar breedvoerig stilgestaan word by renuntiatio as 'n wyse vir ontbinding van societas, hierdie skrywers geen melding maak van ontbinding by wyse van die instel van die actio pro socio nie. Op die meeste kan derhalwe vermoed word dat dié skrywers nie die instel van die aksie per se as 'n stilswyende renuntiatio beskou het nie.<sup>54</sup>

## 2 6 Samevatting en gevolgtrekking

Dit blyk uit bostaande bespreking dat daar in die gemene reg hoofsaaklik vyf sienings was oor die vraag of die actio pro socio tydens die bestaan van die vennootskap ingestel kan word, nl:

(a) Die aksie kan nooit tydens die bestaan van die vennootskap ingestel word nie omrede die blote instel van die aksie as 'n stilswyende renuntiatio van die vennootskap beskou moet word.

(b) Die aksie kan net by societas vectigalium manente societate ingestel word. By societas privata is so-iets nie moontlik nie.

(c) Dit is net sekere regte en verpligtinge van die vennote wat tydens die duur van die vennootskap afgedwing kan word. (Watter regte en verpligtinge dit almal was, is egter nie duidelik aangedui nie.)

(d) Die actio pro socio kan as 'n actio generalis slegs ná ontbinding van die vennootskap ingestel word. Die aksie word as 'n actio generalis gebruik in gevalle waar 'n verrekening tussen vennote moet plaasvind. Daar kan egter vryelik manente societate ageer word in gevalle waar die aksie as 'n actio specialis ingestel word.

(e) Vennote kan vryelik in alle vorme van societas manente societate onderling ageer. Alle praestationes kon voor ontbinding afgedwing word, en dit is net wanneer die aksie ingestel word animus distrahendae causa societatis dat die vennootskap as gevolg van die instel van die aksie ontbind.

Na my mening is eersgenoemde standpunt nie aanvaarbaar nie. Daar bestaan eenvoudig geen rede hoekom die blote instel van die actio pro socio as 'n stilswyende renuntiatio van die vennootskap beskou moet word nie. 'n Mens kan jou wel indink dat die instel van die aksie die onderlinge vertroue tussen die vennote kon skend, maar dit op sigself beteken nie noodwendig dat die vennootskap moet ontbind nie.

<sup>53</sup>Hy kon egter op ander tydstipie aandrang op 'n informele verduideliking van die stand van sake – Voet *ibid*.

<sup>54</sup>Vgl Van Leeuwen *Het Rooms Hollands Regt* 4 23 10; De Groot *Inleiding* 3 21 8; Van der Linden *Koopmans Handboek* 4 1 13.

Die tweede standpunt berus op 'n foutiewe interpretasie van *D 17 2 65 15. Societas vectigalium* is in hierdie teks bloot as 'n voorbeeld gebruik, en daar is niks in die teks wat 'n afleiding regverdig dat daar nie in ander vorme van *societas* ook manente *societate* ageer kon word nie.

Laasgenoemde drie standpunte bevat elk 'n element van die waarheid. Sekere regte en verpligtinge van vennote was slegs afdwingbaar nadat daar 'n verrekening ("settlement of accounts") tussen die vennote plaasgevind het.<sup>55</sup> So 'n verrekening kon as algemene reël eers post finitam societatem geskied.<sup>56</sup> Dit volg dus hieruit dat in gevalle waar verrekening noodsaaklik was vir die afdwinging van sekere regte en verpligtinge, die *actio pro socio* eers na ontbinding van die vennootskap ingestel kon word. Dit volg derhalwe dat indien verrekening nie 'n voorvereiste vir die afdwinging van 'n betrokke reg of verpligting was nie, die *actio pro socio* ook manente *societate* ingestel kon word.<sup>57</sup>

Daar bestaan min aanknopingspunte betreffende die vraag of die *actio pro socio*, in gevalle waar verrekening 'n voorvereiste vir die instel van die eis was, ook tydens die bestaan van die vennootskap ingestel kon word. Volgens die Franse skrywer *Molinaeus* kon vennote op grond van billikheid durante *societate* ageer, en die gevalle wat hy as illustrasie van sy standpunt gebruik, is almal gevalle waar verrekening 'n voorvereiste vir die instel van die aksie was. Dit wil gevolglik voorkom asof billikheidsoorwegings in hierdie verband 'n deurslaggewende rol moet speel.<sup>58</sup> 'n Mens kan ook dink dat so 'n tipe eis tydens die bestaan van die vennootskap ingestel kan word, indien die vennote spesifiek ooreengekom het dat verrekening op 'n spesifieke tydstip manente *societate* kan geskied.

### 3 REGSVERGELYKENDE ONDERSOEK

#### 3 1 Die Engelse reg

Dit was 'n erkende reël van die Engelse reg dat vennote nie as skuldeiser en skuldenaar inter se beskou word nie, tensy daar reeds 'n verrekening tussen die vennote plaasgevind het.<sup>59</sup> Die Engelse howe het ook van vroeg af die standpunt ingeneem dat verrekening slegs by ontbinding van die

<sup>55</sup>Vir 'n opsomming van die regsposisie in hierdie verband, sien *Delport* 264 e.v. Dit val buite die bestek van die huidige artikel om verder hierop uit te brei.

<sup>56</sup>Vgl *Huber Heedendaegse Rechtigleerdtheyt* 3 2 11, 12: "Staat ook te letten, dat als de deelen van schade ende bate ongelijk genoomen worden, als dan de reekeninge niet moet gemaakt worden in yder voorval en handelinge, maer men moet de reekeninge als op het laest en op het eynden der maetschappije in het geheel opmerken, dan winst ende overblijft schadelijk ende profijtelyk, het selve moet gedeelt worden, nae de gemachte voorwaerde." Hy verduidelik voorts dat dit onbillik sou wees indien verrekening na elke transaksie sou plaasvind: vennote deel slegs in die netto wins en verlies van die onderneming as geheel, en so 'n netto bedrag kan net as algemene reël by beeëdiging van die vennootskap bereken word.

<sup>57</sup>Daar was spesifieke reëlings betreffende die tydstip waarop 'n vennoot die opstel van 'n formele rekeningstaat kon eis – vgl *supra* voetnoot 52.

<sup>58</sup>Sien ook die standpunt van *Pothier supra* voetnoot 41. Volgens hom kon 'n vennoot tydens die bestaan van die vennootskap sy deel van die wins eis mits 'n bondige vennootskapsrekening opgestel is.

<sup>59</sup>Vir bespreking van gesag, sien *Delport* 126.

vennootskap kan plaasvind.<sup>60</sup> Telkens wanneer 'n vennoot 'n aksie vir betaling van 'n bedrag geld teen 'n mede-vennoot wou instel, moes hy op gesag van hierdie beslissings tegelyk ook vra vir 'n ontbinding van die vennootskap. In later jare is hierdie standpunt egter geleidelik verslap,

“for it has been felt that more injustice frequently arose from the refusal of the court to do less than complete justice, than could have arisen from interfering to no greater extent than was desired by the suitor aggrieved.”<sup>61</sup>

Nieteenstaande die verslapping van bogenoemde starre reël, is dit nog hoegenaamd nie duidelik onder watter omstandighede die Engelse houe sal afwyk van die standpunt dat verrekening slegs by ontbinding van die vennootskap kan plaasvind nie. So verklaar Lindley:<sup>62</sup>

“The old rule . . . that a decree for an account between partners will not be made save with a view to the final determination of all questions and cross-claims between them, and to a dissolution of the partnership, must be regarded as considerably relaxed, although it is still applicable where there is no sufficient reason for departing from it.”

In *Forman v Homfray*<sup>63</sup> het die eiser beweer dat die verweerder sekere bedrae aan die vennootskap geskuld het. Sy eis dat daar 'n verrekening tussen die vennote moet plaasvind is egter van die hand gewys op grond daarvan dat daar nie tegelyk 'n ontbinding geëis was nie. Die ratio vir die beslissing was dat dit ongerieflik sou wees indien verrekening sonder 'n ontbinding kon geskied: in so 'n geval sou daar niks wees wat 'n vennoot verhinder om jaarliks 'n eis vir verrekening in te stel nie.<sup>64</sup> In *Harrison v Armitage*<sup>65</sup> daarenteen, was die hof “clearly of the opinion that one partner may file a bill against another for an account (pending the partnership), since it was the only remedy he had.” In casu is *Forman v Homfray* onderskei op grond daarvan dat dit slegs betrekking het “to a case of interim management” en dat verrekening in so 'n geval slegs by ontbinding kan geskied.<sup>66</sup> In *Wallworth v Holt*<sup>67</sup> het die hof hom obiter sterk uitgespreek teen die reël dat verrekening nie tydens die bestaan van die vennootskap kan geskied nie, maar geen verdere toeligting is in hierdie verband gegee nie.

In *Fairthorne v Weston*<sup>68</sup> het die hof die probleem soos volg verduidelik:

“The argument for the Defendant turned wholly upon the proposition that a bill praying a particular account is demurrable, unless the bill seeks and prays a dissolution of the partnership . . . That there may be cases to which the rule . . . is applicable – I am not prepared to deny, but the law as laid down in that case [*Loscombe*

<sup>60</sup>*Forman v Homfray* (1813) 2 Ves and B 329; *Knebell v White* (1836) 2 Y and C Ex 15; *Loscombe v Russel* (1830) 4 Sim 8; *Richards v Davies* (1831) 2 R and M 347.

<sup>61</sup>Lindley *Law of Partnership* (1971) 521.

<sup>62</sup>*ibid.*

<sup>63</sup>(1813) 2 Ves and B 329.

<sup>64</sup>Sien egter *Richards v Davies* (1831) 2 R and M 347 waar daarop gewys is dat die verweerder hom nie daarvoor kan bekla “if he repeated the injustice of withholding what was due to the plaintiff.”

<sup>65</sup>(1819) 4 Madd 143.

<sup>66</sup>Vgl ook *Bentley v Bates* (1840) 4 Y and C Ex 182 waar die hof van mening was dat ontbinding slegs geëis moet word in gevalle van “mercantile partnerships.”

<sup>67</sup>(1841) 4 M and Cr 619 op 244.

<sup>68</sup>(1844) 3 Hare 387.



*v Russell*] was never admitted to be a rule of universal application . . . I cannot but add that it is essential to justice that no such universal rule should be sustained. If that were the rule of the Court – if a bill in no case would be to compel a man to observe the covenants of a partnership deed, it is obvious that a person fraudulently inclined might, of his mere will and pleasure, compel his co-partner to submit to the alternative of dissolving a partnership, or ruin him by a continued violation of the partnership contract.”

Volgens Lindley<sup>69</sup> kan daar in hoofsaak drie gevalle onderskei word waar ’n aksie vir ’n rekening tydens die bestaan van die vennootskap ingestel kan word:

“1 Where one partner has sought to withhold from his co-partner the profit arising from some private transaction.<sup>70</sup>

2 Where the partnership is for a term of years still unexpired, and one partner has sought to exclude or expel his co-partner or to drive him to a dissolution.<sup>71</sup>

3 Where the partnership has proved a failure and partners are too numerous to be made parties to the action, and a limited account will result in justice to them all.”<sup>72</sup>

Hierdie indeling van Lindley is bloot kasuïsties van aard en berus op die enkele gevalle waar die howe eise vir ’n rekening tydens die bestaan van die vennootskap toegelaat het. Elders<sup>73</sup> som hy die onderliggende gedagte waarom die howe sulke eise toegelaat het, soos volg op:

“[I]t may be stated as a general proposition, that courts will not, if they can avoid it, allow a partner to derive advantage from his own misconduct by compelling his co-partner to submit either to continued wrong, or to a dissolution; and that rather than permit an improper advantage to be taken of a rule designed to operate for the benefit of all parties, the court will interfere in modern times when formerly it would have declined to do so. At the same time the court will not take the management of a going concern into its own hands, and, if it cannot usefully interfere in any other manner, it will not interfere at all unless for the purpose of winding up the partnership.”

### 3 2 Die Amerikaanse reg

Net soos in die Engelse reg, is die algemene reël ook in die Amerikaanse reg dat vennote nie tydens die bestaan van die vennootskap onderling kan ageer in gevalle waar verrekening ’n voorvereiste vir die eis is nie.<sup>74</sup> Story<sup>75</sup> verklaar soos volg:

<sup>69</sup>521.

<sup>70</sup>Met verwysing na *Hichens v Congrave* (1828) R and M 150; *Fawcett v Whitehouse* (1829) 1 R and M 132; *Beck v Kantorowitz* (1857) 3 K and J 230 en *The Society of Practical Knowledge v Abbott* (1840) 2 Beav 559.

<sup>71</sup>Met verwysing na *Harrison v Armitage* (1819) 4 Madd 143; *Chapple v Cadell* (1822) Jac 537; *Richards v Davies* (1831) 2 R and M 349, en *Fairborne v Weston* (1844) 3 Hare 387.

<sup>72</sup>Met verwysing na *Wallworth v Holt* (1841) 4 M and Cr 619, en sien ook die sake deur Lindley genoem 525 voetnoot 35.

<sup>73</sup>493.

<sup>74</sup>Sien by *Rondeau v Pedesclaux* (1832) 3 La 510, 23 Am Dec 463, aangehaal in 21 ALR 59: “The defendant has relied on the well-known principle of law . . . that an action by one partner against another can only be brought at the close of the partnership, and then for a settlement of the accounts.” Sien ook *Ledford v Emerson* 140 NC 288, 4 LRA (NS) 130, 525 641 6 Ann Cas 107 waar gesê is dat “[it] is a well-recognized principle that during the continuance of a partnership, one partner cannot sue another on any special transaction which may be made an item of charge or discharge in a general partnership account.” Dieselfde standpunt is ingeneem in *Starbuck v Shaw* (1858) 10 Gray (Mass) 492 aangehaal in 21 ALR 39, en in *Towle v Meserve* (1859) 38 NH 9 aangehaal in 21 ALR 117.

<sup>75</sup>*Commentaries on the law of partnership* (1859) 352 358.

"It is sometimes laid down by elementary writers, that, during the continuance of the partnership, an action at law will lie by one partner against the others, for money advanced, or paid, or contributed, on account of the partnership, or of the debts and obligations incurred thereby. But this doctrine, in the general terms in which it is laid down, is utterly untenable, and inconsistent with the rights, and duties, and relations of the partners with each other . . . [A] settlement of all the partnership concerns is ordinarily, during the continuance of the partnership, unattainable at law; and even in equity it is not ordinarily enforced, except upon a dissolution of the partnership. If one partner could recover against the other partners the whole amount paid by him on account of the partnership, they would immediately have a cross action against him for the whole amount, or his share thereof; and if he could recover only their shares thereof, then, in order to ascertain those shares, a full account of all the partnership concerns must be taken, and the partnership itself wound up. This would manifestly be a most serious inconvenience, as well as a change of the original contract, from a joint contract of all the partners, in solido, to a several contract, each for his aliquot part of the final balance, due to a particular partner upon a special transaction . . ." <sup>76</sup>

Nieteenstaande die algemene reël dat verrekening slegs by ontbinding van die vennootskap kan plaasvind, het die Amerikaanse howe egter al by verskeie geleenthede beslis dat verrekening in gepaste gevalle tydens die bestaan van die vennootskap kan geskied. Hierdie gevalle is die volgende:

(a) Waar 'n vennoot onregmatig deur sy mede-vennote van die vennootskapsbesigheid uitgesluit is. <sup>77</sup>

(b) Waar 'n vennoot hom skuldig gemaak het aan 'n skending van die vertrouensverhouding tussen hom en sy mede-vennote. <sup>78</sup>

(c) Waar die vennootskapsoreenkoms daarvoor voorsiening maak dat verrekening tydens die duur van die vennootskap kan plaasvind. <sup>79</sup>

(d) Waar dit "just and reasonable" is dat verrekening tydens die bestaan van die vennootskap plaasvind. <sup>80</sup>

#### 4 DIE SUID-AFRIKAANSE REG

Die vraag of 'n vennoot die *actio pro socio* tydens die bestaan van die vennootskap kan instel, het al by verskeie geleenthede in die Suid-Afrikaanse regspraak ter sprake gekom. Reeds in die vroeë beslissing van *Hathorn v*

<sup>76</sup>Sien ook *Lord v Hull* 178 NY 9, 70 NE 69, 102 101 Amst 484 aangehaal deur Rowley *Partnership* II 142: "Aside from the inconvenience of constant interfering, as litigation is apt to breed hard feelings, easy appeals to the courts to settle the differences of a going concern, would tend to do away with mutual forbearance, foment discord, and lead to dissolution. It is to the interest of the law of partnership that frequent resort to the courts by copartners should not be encouraged, and they should realize that, as a rule, they must settle their own differences, or go out of business."

<sup>77</sup>Vgl *Hogan v Walsh* 122 Ga 283, 50 SE 84; *Zerounis v Berry* 199 Ga 410, 34 SE (2nd) 275; *Lord v Hull* 178 NY 9, 70 NE 69, 102 Am St 484. Sien ook Rowley I 551.

<sup>78</sup>Ontbinding is by nie noodsaaklik in gevalle waar 'n vennoot 'n "geheime wins" gemaak het (*Waldor v Bruey* 24 NJ Misc 354, 49 A (2d) 151; *Sanger v French* 157 NY 213, 51 NE 979), of waar hy vennootskapsbates vir privaatgebruik aanwend nie (*Weathers v Roberts* 84 Okl 98, 202 p 775; *Graham v Street* 109 Utah 468, 166 P (2d) 524).

<sup>79</sup>*Patterson v Ware* 10 Ala 444; *Miller v Freeman* 111 Ga 654, 36 SE 961; *Rondeau v Pedesclaux* (1832) 3 La 510; 23 Am Dec 463, 21 ALR 59; *Martin v McBride* 21 ALR 12 op 19; *Young v Mc Kenny* 197 Ky 768, 769, 247 SW 964, 965.

<sup>80</sup>Vgl Rowley I 552; *Colville v Gilman* 13 WV a 314; *Mervis v Duke* 175 Md 300, 2 A (2nd) 11.

*The Salisbury Gold Mining Co Ltd*<sup>81</sup> is sonder veel bespreking aanvaar dat die aksie wel manente societate ingestel kan word.<sup>82</sup> Ook uit *Coben v Berman*<sup>83</sup> lyk dit asof die hof geen probleme voorsien het om 'n vennoot toe te laat om voor ontbinding skadevergoeding en die helfte van die vennootskap-skulde van 'n mede-vennoot te eis nie.<sup>84</sup> In *Silbert and Co v Evans and Co*<sup>85</sup> word duidelik verklaar dat 'n vennootskap nie noodwendig deur die instel van die actio pro socio ontbind nie: indien ontbinding nie geëis word nie, bly die vennootskap voortbestaan hangende die aksie.<sup>86</sup>

*Nelson v Stanley*<sup>87</sup> was 'n geval waar 'n vennoot ná ontbinding van die vennootskap, 'n sekere bedrag van sy mede-vennoot geëis het. Die beslissing van die hof was dat die eis nie kan slaag nie omdat daar nie 'n "settlement of accounts" tussen die vennote was nie. Die vraag of die actio pro socio manente societate ontvanklik is, het dus glad nie ter sprake gekom nie. Ook in *Dempers v Van Rensburg*<sup>88</sup> (waar met goedkeuring na *Nelson v Stanley* verwys is), is bloot verklaar dat "the actio pro socio cannot be instituted before the settlement of partnership accounts:" geen opinie is uitgespreek oor die vraag of die onderhawige aksie tydens die bestaan van 'n vennootskap ingestel kan word nie. Alhoewel hierdie twee beslissings dus streng gesproke nie ter sake is by die onderhawige probleem nie, het dit 'n belangrike invloed gehad op die beslissing in *Harvey v De Jong*,<sup>89</sup> wat op sy beurt weer as gesag gebruik is vir die standpunt dat die actio pro socio slegs na ontbinding van 'n vennootskap ingestel kan word. In die *Harvey*-saak het die hof te doen gehad met 'n vennoot wat ná ontbinding van die vennootskap, sekere bedrae geld van sy medevennoot geëis het. Omdat daar nie 'n "settlement of accounts" reeds plaasgevind het nie, het die hof die eis van die hand gewys, en soos volg by monde van regter Blackwell verklaar:<sup>90</sup>

"We were referred . . . to Hailsham (Vol 24, para 918), which reads: 'Partners are not, as regards partnership dealings, considered as debtor and creditor inter se until the concern is wound up or until there is a binding settlement of the accounts. It follows that one partner has no right of action against another for the balance owing to him until after final settlement of the accounts.' The law of this country appears from two authorities which have been cited by us: *Nelson v Stanley* (1913 CPD 160) and *Dempers v Van Rensburg* (1927 EDL 438). I need not refer in detail to these

<sup>81</sup>(1895) 16 NLR 193.

<sup>82</sup>Vgl ook *Fell v Goodwin* (1884) 5 NLR 265 en *Hillier v Davis* (1893) 8 NLR 195. Alhoewel die onderhawige vraag nie pertinent ter sprake gekom het nie, wil dit voorkom asof die hof in beide die twee sake ook ten gunste van die instel van die aksie tydens die bestaan van die vennootskap was.

<sup>83</sup>(1897) 4 OR 356. Die uitspraak is ongelukkig nie volledig gerapporteer nie.

<sup>84</sup>Vgl ook *Uren v Nelson* 1910 TS 562 565 waar 1 Bristowe skynbaar ook nie teen die instel van die aksie manente societate gekant was nie, alhoewel hy wel probleme met die formulering van die eis voorsien het.

<sup>85</sup>1912 TPD 425 428. As gesag is uitsluitlik gesteun op Voet 17 2 9.

<sup>86</sup>Sien egter *Fisher's Executors v Dickinson and Brown* 1914 NPD 505 waar die hof dit as die algemene reël stel dat die actio pro socio eers na ontbinding van die vennootskap "with a regard to a distribution of capital" ingestel kan word. Daar word egter toegegee dat daar "as regards other objects" manente societate ageer kan word, maar die strekking van sulke "other objects" word nie verduidelik nie.

<sup>87</sup>1913 CPD 160.

<sup>88</sup>1927 EDL 438.

<sup>89</sup>1946 TPD 185.

<sup>90</sup>op 188.

authorities because they fit exactly with the extract from Hailsham which I have quoted.”

Dit is belangrik om te beklemtoon dat net soos in *Nelson v Stanley* en *Dempers v Van Rensburg*, die betrokke vennootskap in *Harvey v De Jong* reeds ontbind was, sodat die vraag betreffende die actio pro socio manente societate glad nie ter sprake gekom het nie. Laasgenoemde beslissing was in werklikheid eenvoudig ’n bevestiging van die reël dat vennote nie inter se as skuldenaar en skuldeiser beskou word alvorens daar ’n verrekening plaasgevind het nie.

Minder as ’n jaar ná die beslissing in *Harvey v De Jong* het regter Blackwell egter weer eens die geleentheid gehad om hom uit te spreek oor die toepassing van die actio pro socio. Dit was in die geval van *Keefe and Keefe v Pataka*<sup>91</sup> waar een vennoot, tydens die bestaan van ’n vennootskap, van die ander vennoot ’n bedrag geld geëis het vir skade wat hy gely het as gevolg van laasgenoemde se beweerde verbreking van die vennootskapskontrak. Die beslissing was dat die eis nie kon slaag nie, en op gesag van *Nelson v Stanley* en *Harvey v De Jong* is verklaar:<sup>92</sup>

“The question . . . arises whether during the existence of a partnership and without any prayer for dissolution one partner can say to another – ‘You have failed to do this and that, in consequence whereof the partnership business has suffered, and I now claim from you my share of what I estimated to be the damage suffered by the partnership’ . . .

An action by one partner against another was known to Roman and Roman-Dutch law as the ‘actio pro socio’ and it has always been well understood that as a general rule an action of this sort cannot be brought while the partnership is still in existence.”

Daar word aan die hand gedoen dat hierdie dictum nie ’n heeltemal korrekte uiteensetting van die Romeins-Hollandse reg is nie. Soos reeds verduidelik, is nòg *Nelson v Stanley* nòg *Harvey v De Jong* gesag vir die stelling dat die actio pro socio as algemene reël nie tydens die bestaan van die vennootskap ingestel kan word nie. Soos ook reeds gesien, is daar verskeie aanknopingspunte by sowel die gemeenregtelike skrywers as vroeëre regspraak te vind, wat juis ten gunste van die actio pro socio manente societate is. Wat egter wel waar is, is dat die gemeenregtelike skrywers oor die algemeen van mening was dat die actio pro socio as ’n actio generalis eers post finitam societatem ingestel kan word. Omdat verrekening vir die onderhawige geval ’n voorvereiste vir die instel van die aksie was, en daar gevolglik van ’n actio pro socio generalis sprake was, kan daar om hierdie rede moontlik met regter Blackwell se siening in bogemelde dictum saamgestem word. ’n Mens sou egter verwag dat die hof dan die moontlikheid moes oorweeg of verrekening in casu nie dalk tydens die duur van die vennootskap kon plaasvind nie.

In appèl<sup>93</sup> is die uiteindelijke beslissing vir *Keefe and Keefe v Pataka* gehandhaaf, dog op ander gronde. Volgens die appèlhof was dit hoegenaamd nie nodig om te beslis of die actio pro socio manente societate ingestel

<sup>91</sup>1946 WLD 551.

<sup>92</sup>op 554.

<sup>93</sup>*Pataka v Keefe* 1947 2 SA 962 (A).

kan word nie, aangesien die eiser sy eis in casu verkeerd geformuleer het.<sup>94</sup> So word verklaar:<sup>95</sup>

“It is not necessary in this appeal to decide whether a partner can in no circumstances sue his partner during the existence of the partnership for reimbursement of money spent by the former for the business of the partnership; see Voet (17 2 9, 13), Pothier, Partnership (sec 135). This question does not arise here. If it were necessary to decide the question, a fuller discussion of the authorities would be required than is to be found in either of the cases (*Nelson v Stanley* 1913 CPD 160 and *Harvey v De Jong* 1946 TPD 185). Another relevant decision is *Fell v Goodwill* (5 NLR 265).”

Alhoewel bogenoemde dictum die onderhawige probleem nie veel verder voer nie, word aan die hand gedoen dat die appèlhof hier heeltemal tereg onderskei het tussen die vraag of die actio pro socio tydens die bestaan van die vennootskap ingestel kan word, en die vraag op watter wyse die eiser sy eis moet formuleer. Laasgenoemde probleem het streng gesproke niks te doen met die vraag of die actio pro socio tydens die bestaan van die vennootskap ingestel kan word nie: ’n vennoot wat begerig is om sy medevennoot tydens die bestaan van die vennootskap te dagvaar, moet in die eerste plek uitmaak of dit enigsins moontlik is om die aksie tydens die bestaan van die vennootskap in te stel. Indien hy daarop ’n positiewe antwoord gevind het, moet hy in die tweede plek bepaal op watter wyse hy sy eis prakties in werking moet stel.

*Taylor v Barnett*<sup>96</sup> was ’n geval waar die hof sonder bespreking eenvoudig aanvaar het dat die actio pro socio gedurende die bestaan van ’n vennootskap ingestel kan word. Die eiser en die verweerder het ’n vennootskapskontrak gesluit met die oogmerk om ’n perd aan perdewedrenne te laat deelneem en die wins wat daaruit sou voortvloei gelyk te verdeel. Na afloop van ’n sekere wedren het die eiser sy gedeelte van die wins van die verweerder geëis, en die hof het sy eis toegestaan. Die kopstuk van die saak formuleer die ratio van die beslissing soos volg:

“In law, partners are not considered as debtor and creditor inter se until the partnership is wound up or there has been a settlement of accounts. A special term in the partnership agreement may provide for settlement inter se at specific times and so found a cause of action.”

Die effek van dié beslissing is gevolglik dat, hoewel ’n vennoot slegs na ontbinding van die vennootskap sy gedeelte van die wins kan eis, hy dit wel tydens die bestaan van die vennootskap ook kan doen indien die kontrak voorsiening maak dat verrekening manente societate kan geskied. So ’n benadering is dan ook heeltemal korrek.<sup>97</sup>

In *Munro v Ekerold*<sup>98</sup> het die applikant en respondent in ’n vennootskap sekere aandele in ’n maatskappy gehou. ’n Dispuut het ontstaan oor die uitoefening van hul regte as aandeelhouders in die maatskappy, en die applikant het ’n verklarende bevel aangevra dat die respondent nie sy stemreg ingevolge sy aandele mag uitoefen sonder om die applikant te raadpleeg nie. Namens die respondent is aangevoer dat:

<sup>94</sup>Sien die bespreking hieroor deur Delpont 215 e.v.

<sup>95</sup>967.

<sup>96</sup>(1947) PH A2 (N).

<sup>97</sup>Sien ook *Dube v City Promotions* (1964) 1 PH A1 (DenK).

<sup>98</sup>1949 1 SA 584 (SWA).

"[T]his is a partnership dispute and applicant's remedy is to seek a dissolution of the partnership . . . As long as the partnership is in existence, no declaration of rights is possible."

Een van die regs vrae ter beslissing was gevolglik of 'n vennoot so 'n bevel kan aanvra. Die hof beslis soos volg:<sup>99</sup>

"Pothier in his *Pandectae ad Book XVII Tit 2* remarks in sec 3, art 3, that the *actio pro socio* is not always available only after the termination of the partnership for he points out that sometimes on account of various contracts it suits neither party to have the partnership dissolved. Voet (17, 2 para 9) is to the same effect. Then Pothier proceeds, 'Item manente societate pro socio ago ut socius meus ne communi uti patiatur'.

It is true<sup>100</sup> Matthaeus Over de Opveiligen in Book 2, Chap 8, para 10 (states that the *actio pro socio* cannot be maintained during the subsistence of the partnership). But both Voet and Pothier in the passages referred to above state that the rule is not universal, for it may be that a dissolution may not be to the advantage of either party while Pothier specifically states that one partner can sue the other, manenti societate to force the other partner to allow the claimant to use the partnership property. As the right to vote is a right of property . . . that dictum of Pothier becomes very apposite and seems to dispose of the contention on behalf of the respondent."

Alhoewel 'n mens sekerlik moet toegee dat die hof hier 'n baie beknopte oorsig van die gemene reg in dié verband gegee het, is dit my mening dat dit korrek was om die standpunt van Pothier en Voet bo dié van Matthaeus te verkies. Soos gesien,<sup>101</sup> was Matthaeus van mening dat die *actio pro socio* slegs in 'n *societas vectigalium manente societate* ingestel kan word. Hierdie standpunt was egter die gevolg van 'n foutiewe interpretasie wat hy aan *D 17 2 65 15* geheg het.

In enkele later beslissings is sonder veel bespreking eenvoudig aanvaar dat die *actio pro socio* tydens die bestaan van 'n vennootskap ingestel kan word. In *Oosthuizen v Swart*<sup>102</sup> verklaar die hof op gesag van *Silbert and Co v Evans and Co*:<sup>103</sup>

" . . . I am not aware that it has ever been held that the [*actio pro socio*] is no longer available in a case where a partnership is in operation and transfer of fixed property to the partnership is being claimed by one partner against the other."<sup>104</sup>

In *Shingadia Bros v Shingadia*<sup>105</sup> word weer op gesag van *D 17 2 65 15*,<sup>106</sup> Voet 17 2 9, 18, en Pothier *Contrat de Societe* 7 135, konstateer dat:<sup>107</sup>

"The ordinary action by which one partner sues another is the *actio pro socio*. It

<sup>99</sup>589.

<sup>100</sup>590.

<sup>101</sup>supra voetnoot 49.

<sup>102</sup>1956 2 SA 687 (SWA).

<sup>103</sup>Sien die dictum supra voetnoot 85.

<sup>104</sup>692. Vgl ook *De Abreu v Silva* 1964 2 SA 416 (T) 419 waar die hof van mening was dat 'n vennoot met die *actio pro socio* kan eis dat sy mede-vennoot vennootskapsbates aan hom moet oorhandig. In casu was die vennootskap nog nie ontbind nie, en alhoewel dié punt nie spesifiek bespreek is nie, is die effek van die saak dat die *actio pro socio* in dergelike gevalle manente societate ingestel kan word.

<sup>105</sup>1958 1 SA 582 (FSC).

<sup>106</sup>In die gerapporteerde beslissing is dié teks gedruk as *D 17 2 63 15* maar dit is klaarblyklik 'n setfout.

<sup>107</sup>583.

normally lies only after dissolution of the partnership, but in some circumstances, as where it is to the advantage of neither partner to withdraw from the partnership, it is permissible to bring it during the subsistence of the partnership.”<sup>108</sup>

In *Van Tonder v Davids*<sup>109</sup> het die hof op gesag van *De Abreu v De Silva*<sup>110</sup> en *Oosthuizen v Swart*,<sup>111</sup> eenvoudig aanvaar “dat gedurende die bestaan van die vennootskap ’n vennoot ’n ander kan dagvaar vir lewering van ’n bate of bydraes tot die vennootskapsbates.” Aangesien die onderhawige vraag nie direk ter sprake gekom het nie, kan hierdie dictum bloot as obiter beskou word. Daar is reeds by die aanvang van hierdie artikel verwys na die obiter dictum in *Robson v Theron*<sup>112</sup> waar die appèlhof van mening was dat die actio pro socio ongekwalfiseerd tydens die bestaan van die vennootskap ingestel kan word. Laasgenoemde beslissing is die jongste waarin daar van die actio pro socio manente societate melding gemaak word.

Ten slotte dien gelet te word op die belangrike beslissing in *Tshabalala v Tshabalala*,<sup>113</sup> waar die hof op gesag van Voet 17 2 11 die tydstip wanneer ’n vennoot op die lewering van ’n rekeningstaat kan aandrings, soos volg verduidelik het:

“It would be obviously inconvenient that every individual member or partner should be entitled to have formal accounts rendered and debated during the continuance of the going concern and without any application to terminate it . . . It comes then to this, that the Court is not bound to order an account and a debate of partnership dealings at the instance of an individual partner during the continuance of the partnership and when there is no application to dissolve it. There may be special circumstances which render such an order desirable, but the Court has a discretion in deciding whether such circumstances exist. The access to the books and the explanation which it is the duty of the administering partners to give will generally be found to meet the requirements of the case.”

Volgens De Wet en Yeats<sup>114</sup> moet vennootskapsrekeninge “op gesette tye soos vasgestel in die vennootskapsooreenkoms” opgestel word, en indien die ooreenkoms nie daarvoor voorsiening maak nie, moet dit jaarliks geskied. Die effek van die *Tshabalala*-saak is gevolglik dat ’n vennoot ook op ander tye as die “gesette tye” ’n formele rekening kan eis, mits die omstandighede dit regverdig. Alhoewel dit in casu duidelik gestel is dat die hof ’n diskresie in hierdie verband het, is daar nie ingegaan op die faktore wat in ag geneem moet word by die uitoefening van die diskresie nie. De Wet en Yeats<sup>115</sup> doen aan die hand dat die feit dat ’n vennoot ’n geheime wins gemaak het, of dat hy goed of geld van die vennootskap vir sy eie gebruik aangewend het, waarskynlik faktore is wat die beslissing sal beïnvloed.

<sup>108</sup>In casu word op gesag van *D 17 2 65 15* beslis dat ’n vennoot manente societate kan eis dat ’n mede-vennoot geld in die vennootskapskas moet inbetaal. Vgl voorts Delport 222.

<sup>109</sup>1975 3 SA 616 (K) 618.

<sup>110</sup>1964 2 SA 416 (T).

<sup>111</sup>1956 2 SA 687 (SWA).

<sup>112</sup>1978 1 SA 841 (A).

<sup>113</sup>1921 AD 311.

<sup>114</sup>*Kontraktereg en Handelsreg* (1978) 398.

<sup>115</sup>399.

## 5 ANALISE

Soos uit die bespreking hierbo blyk, was daar 'n verskeidenheid van standpunte betreffende die vraag of die actio pro socio tydens die bestaan van die vennootskap ingestel kan word. Alhoewel die Suid-Afrikaanse howe die aangeleentheid nog nooit diepgaande ondersoek het nie, is daar al dikwels te kenne gegee dat vennote wel manente societate onderling kan apeer.

My standpunt is dat daar nie in die Suid-Afrikaanse reg 'n algemene reël bestaan dat die actio pro socio slegs by of na ontbinding van die vennootskap ingestel kan word, of dat die blote instel van die aksie noodwendig as 'n stilswyende renuntiatio van die vennootskapsoreenkoms beskou moet word nie. Daar is egter wel sekere faktore wat 'n rol speel by gedingvoering tussen vennote voor ontbinding van die vennootskap. Hierdie faktore is die volgende:

**a Waar die eis inhou dat 'n vennootskapsrekening opgestel moet word**

Alhoewel 'n vennoot verplig is om rekenskap van vennootskapsaangeleenthede onder sy beheer te gee, is dit onbillik om te verwag dat hy telkens op aandrang van 'n mede-vennoot 'n lang en uitvoerige rekening moet opstel. As algemene reël sal die howe vanweë blote billikheidsoorweginge dus nie die opstel van 'n rekening anders as op die ooreengekome tye of by ontbinding van die vennootskap beveel nie.<sup>116</sup> Die howe het egter wel 'n diskresie om, wanneer die billikheid dit vereis, wel sodanige bevel tydens die bestaan van die vennootskap te gee. Alle gevalle waar 'n vennoot versuim om sy pligte as vennoot na te kom, behoort myns insiens as billike gevalle beskou te word. Indien 'n vennoot dus weier om 'n verduideliking van vennootskapsake te verstrek, of waar daar 'n redelike vermoede bestaan dat 'n vennoot besig is om geheime winste te maak, behoort die hof wel die opstel van 'n formele rekening te beveel. Dit is egter nie billik om te verwag dat 'n formele rekening opgestel moet word net om 'n mede-vennoot se nuuskierigheid te bevredig of waar daar in werklikheid geen rede is om te vermoed dat 'n vennoot se verduideliking van die stand van sake bedrieglik is nie.

**b Waar 'n vennoot betaling ingevolge die vennootskapsrekening eis**

Voordat 'n vennoot betaling kan eis van dit wat ingevolge die vennootskapsrekening aan hom verskuldig is, moet dit vanselfsprekend vasstaan dat hy op daardie spesifieke tydstip betaling kan eis. Uit die aard van die saak is daar geen probleem indien die vennootskapskontrak 'n spesifieke bepaling in hierdie verband bevat nie.<sup>117</sup> Die vraag is egter of daar op 'n ander tydstip as die ooreengekome op betaling aangedring kan word. Twee oorweginge speel hier 'n vername rol naamlik:

i Vennote deel slegs in die netto wins en verlies van die onderneming. In gevalle waar die aandele in die wins en verlies ongelyk is, kan dit soms tot onbillike resultate aanleiding gee indien 'n vennoot op enige tydstip op

<sup>116</sup>*Tshabalala v Tshabalala* 1921 AD 311.

<sup>117</sup>byvoorbeeld dat wins en verlies op 'n sekere tydstip verdeel moet word.



betaling kan aandrang.<sup>118</sup>

ii Verrekening tussen vennote is 'n voorvereiste alvorens 'n vennoot betaling kan eis van dit wat aan hom verskuldig is.<sup>119</sup> Net soos wat dit onbillik is om te verwag dat 'n vennoot te eniger tyd 'n formele rekeningstaat moet opstel, is dit onbillik indien 'n vennoot te eniger tyd op verrekening en betaling sou kon aandrang. Dit is bowendien ook in die beste belang van die vennote, sover dit hulle vertrouensverhouding betref, indien alle eise en teense wat onderling mag bestaan, by een geleentheid finaal besleg kan word.

In die lig van hierdie oorweginge word aan die hand gedoen dat 'n vennoot as algemene reël nie op ander tye as die ooreengekome op betaling kan aandrang nie: ontbinding van die vennootskap is gevolglik 'n voorvereiste vir so 'n eis.<sup>120</sup> 'n Hof behoort egter wel 'n diskresie te hê indien 'n vennoot wel manente societate betaling wil eis. Dit moet in gedagte gehou word dat die algemene reël op billikheid gegrond is: indien dit juis vanweë billikheidsoorweginge dienstig is dat 'n vennoot op betaling geregtig behoort te wees, behoort die algemene reël nie te geld nie. Sulke gevalle kan veral bestaan indien 'n vennoot 'n vennootskapskuldeiser uit sy eie sak betaal het, of indien hy uit sy eie sak uitgawes met betrekking tot die vennootskapsbesigtheid aangeaan het.

## 6 SAMEVATTING

Daar word in die lig van die bostaande bespreking aan die hand gedoen dat 'n vennoot in die volgende gevalle die actio pro socio tydens die bestaan van die vennootskap kan instel:

a Waar die eis nie inhou dat 'n vennootskapsrekening opgestel moet word nie, byvoorbeeld waar 'n vennoot die gebruik van sekere bates eis,<sup>121</sup> of waar daar geëis word dat 'n spesifieke bedrag in die vennootskapsrekening inbetaal moet word.<sup>122</sup>

b Waar die eis wel inhou dat 'n rekening opgestel moet word, en die vennootskapskontrak voorsiening maak vir die opstel van die rekening op spesifieke tye, of dit vanweë billikheidsredes dienstig is dat 'n rekening opgestel moet word.<sup>123</sup>

<sup>118</sup>Vgl Huber *HR* 3 2 11, 12 supra voetnoot 56.

<sup>119</sup>Vgl *Mc Donald v Sutherland* (1834) 1 Menz 91; *Fell v Goodwin* (1884) 5 NLR 265; *Nelson v Stanley* 1913 CPD 160; *Dempers v Van Rensburg* 1927 EDL 438; *Harvey v De Jong* 1946 TPD 185; *Taylor v Barnett* (1947) 1 PH A2 (N); *Pataka v Keefe* 1947 2 SA 962 (A); *Shingadia Bros v Shingadia* 1958 1 SA 582 (FSC); *Muller v Kaplan* (1958) 2 PH A6 (O); *Dube v City Promotions* (1964) 1 PH A1 (DenK). Sien egter ook *Cohen v Berman* (1897) 4 OR 356.

<sup>120</sup>Soos gesien, het die gemeenregtelike skrywers die actio pro socio as 'n actio generalis bestempel in gevalle waar 'n vennoot betaling geëis het van dit wat ex facie die rekening aan hom verskuldig was. Die communis opinio was dat die actio pro socio in sulke gevalle slegs post finitam societatem ingestel kan word.

<sup>121</sup>Vgl *Munro v Ekerold* 1949 1 SA 584 (SWA); *Oosthuizen v Swart* 1956 2 SA 687 (SWA); *De Abreu v Silva* 1964 2 SA 416 (T); *Van Tonder v Davids* 1975 3 SA 616 (K).

<sup>122</sup>*Shingadia Bros v Shingadia* 1958 1 SA 582 (FSC). Sien egter ook Delport 265.

<sup>123</sup>*Tshabalala v Tshabalala* 1921 AD 311.

c Waar 'n vennoot betaling eis van dit wat aan hom verskuldig is, en die vennootskapskontrak voorsiening maak dat verrekening op spesifieke tye moet plaasvind,<sup>124</sup> of waar dit vanweë billikheidsredes dienstig is dat verrekening tydens die bestaan van die vennootskap plaasvind. □

*Concern with law reform naturally produces emphasis on the new. At any given time, however, even when the spirit of change is at its peak, all that is new both in substantive law and in legal process appears in perspective as a relatively small part of the total legal system. Any comprehensive view of reform must deal with the problem of blending old and new into a unified system.*

*Robert E Keeton Venturing to do Justice 147*

---

<sup>124</sup>*Taylor v Barnett* (1947) 1 PH A2 (N).

# Aantekeninge

## BEPERKTE EN VOLLEDIGE EMANSIPASIE

In albei die twee jongste gewysdes wat op emansipatie betrekking het, te wete *Grand Prix Motors WP (Pty) Ltd v Swart* 1976 3 SA 221 (K) 223-4 en *Sesing v Minister of Police* 1978 4 SA 742 (W) 746, is die vraag of daar tussen verskillende grade van emansipatie onderskei kan word, geopper maar nie beslis nie. Dié vraag is van veel meer as net teoretiese belang. Dit gaan naamlik met allerlei ander strydvrae gepaard, byvoorbeeld die vraag of (volledige) emansipatie 'n wyse is waarop minderjarigheid opgehef word, wat op sy beurt bepalend is vir die verdere vraag of 'n geëmansipeerde persoon uit hoofde van sy emansipatie ook locus standi in iudicio verkry; of emansipatie, nadat dit eenmaal verleen is, weer herroep kan word; of 'n geëmansipeerde persoon restitutio in integrum kan aanvra; en ten slotte of emansipatie deur die Wet op die Meerderjarigheidsonderdom 57 van 1972 afgeskaf is. Die vraag aangaande beperkte en volledige emansipatie verdien dus grondige besinning.

## HISTORIESE PERSPEKTIEF

Die probleem waarom dit tans gaan, is 'n uitloper van die afwatering in die Suid-Afrikaanse reg van die gemeenregtelike vereistes vir emansipatie.

In die Romeins-Hollandse reg is in die algemeen vir emansipatie of handligting vereis dat die minderjarige sy eie woonplek en nering ("rook en vuur" of "*pot et feu*") moes gehad het; dit wil sê dat hy weg van sy ouers moes gewoon het en sy eie besigheid, bedryf of profesie moes beoefen het (vgl Grotius *Inl* 1 6 4; Van Leeuwen *RHR* 1 13 5; Voet 1 7 12; Groenewegen *De Legibus Abrogatis ad Inst* 1 12 en *ad C* 8 49; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 3). Voet (loc cit) beklemtoon dat die minderjarige met die toestemming van sy vader aldus 'n eie woning en nering daarop na moes gehou het, en dat dié toestemming of uitdruklik of stilswyend (dus met woorde of gedrag) gegee kon gewees het (vgl ook Grotius loc cit).

'n Minderjarige wat aldus geëmansipeerd was, het blykbaar handelingsbevoegdheid verkry om selfstandig kontrakte te sluit, en wel ten aansien van alle kontrakte buiten dié wat met onroerende goed van die minderjarige te make het, want vir regshandelinge met sodanige onroerende goedere moes ook nog die toestemming van die hof verkry word. Die geëmansipeerde persoon het ook nog ouerlike toestemming nodig gehad om te kon trou (vgl Voet 23 2 11). Dit kan dus nie gesê word dat 'n geëmansipeerde persoon in alle opsigte met die status van 'n meerderjarige toegerus is nie.

Hoewel daar enkele ouer gewysdes is waarin te kenne gegee word dat 'n eie woonplek en 'n eie bedryf, besigheid of profesie ook in die Suid-

Afrikaanse reg 'n vereiste vir emansipasie is (vgl by *Cairncross v De Vos* (1876) 6 Buch 5 6; *Van Rooyen v Werner* (1892) 9 SC 425 429; *Le Grange v Mostert* (1909) 26 SC 321 322), is die bedoelde voorskrif van die Romeins-Hollandse reg spoedig hier te lande afgewater. In die eerste plek kan gewys word op 'n reeks gewysdes waarin dit vir emansipasie voldoende geag is indien die minderjarige 'n salaris verdien, al het hy dus nie sy eie bedryf of besigheid en beoefen hy nie 'n besondere professie nie (vgl by *Nagle v Mitchell* (1904) 18 ED 56 58; *Bosch v Titley* 1908 ORC 27 28; *Steenkamp v Kamfer* 1914 CPD 877 878; *Ahmed v Coovadia* 1944 TPD 364 367 368; *Dickens v Daley* 1956 2 SA 11 (N) 13 16-17). In 'n ander reeks gewysdes is vir emansipasie nie op 'n eie woning of woonplek aangedring nie (vgl by *Gericke v Keyser* (1879) 9 Buch 147; *De Villiers v Liebenberg* (1907) 17 CTR 867 869; *Biel v Steenkamp* (1907) 17 CTR 1114; *Smit v Styger* (1908) 25 SC 697 701; *Le Grange v Mostert* (1909) 26 SC 321 323; *Dama v Bera* 1910 TPD 928 929-30; *Venter v De Burgbersdorp Stores* 1915 CPD 252 255; *Pleat v Van Staden* 1921 OPD 91 96). Hierdie afwatering van die gemeenregtelike vereistes vir emansipasie het met heelwat ander finesse gepaard gegaan. Aldus is byvoorbeeld in *Venter v De Burgersdorp Stores* (supra 255) te kenne gegee dat as die minderjarige nie weg van sy ouers woon nie, dit vir sy emansipasie noodsaaklik is dat hy 'n eie besigheid moet hê; in *Cohen v Sytner* (1897) 14 SC 13 15-16 is weer beslis dat 'n eie besigheid (vir 'n kort tydperk) nie op sigself voldoende is om emansipasie te konstitueer nie; en so meer.

Uiteindelik kom dit daarop neer dat die feit van emansipasie vasgestel moet word met die oog op alle omstandighede wat relevant mag wees vir die vraag of die minderjarige met die toestemming van sy ouer of voog op ekonomiese gebied selfstandig optree; en 'n eie woonplek en 'n eie bedryf, besigheid of professie is maar twee van vele faktore wat in dié verband in ag geneem kan word (vgl *Dama v Bera* 1910 TPD 928 929 930; *Pleat v Van Staden* 1921 OPD 91 96; *Ahmed v Coovadia* 1944 TPD 364 368; *Dickens v Daley* 1956 2 SA 11 (N) 15). Die toets wat aangelê moet word om vas te stel of 'n minderjarige geëmansipeer is, is in *Dickens v Daley* (supra 16) gereduseer tot die feit

“that respondent's [die minderjarige se] father, who was his guardian, had abandoned his right of control over the respondent in regard to the latter's mode of life and such operations as he undertook to maintain himself.”

By hierdie omskrywing kom daar egter 'n belangrike kantaantekening te pas: Onder “abandon his right of control . . .” moet nie verstaan word dat die ouer die kind verlaat het of bloot onverskillig teenoor hom optree nie. In *Sesing v Minister of Police* 1978 4 SA 742 (W) 745 is naamlik beklemtoon dat daar van daadwerklike toestemming sprake moet wees; en toestemming kan alleen gekonstrueer word as die ouer of voog nadruklik of stilswyend toelaat dat die minderjarige in die ekonomiese verkeer selfstandig optree.

Na gelang die idee beslag gekry het dat emansipasie van 'n verskeidenheid feite afgelei kan word, het die gedagte ook ontstaan dat, met die oog op die toepasbare feite, verskillende grade van emansipasie onderskei moet word. Die gedagte skyn te wees dat 'n volledig geëmansipeerde persoon – blykbaar 'n minderjarige wat met sy eie woonplek en 'n eie bedryf, besigheid

of professie (of wat vir 'n salaris werk) aan die streng vereistes vir emansipatie van die Romeins-Hollandse reg voldoen – volkome handelingsbevoeg word ten opsigte van alle kontrakte, buiten dié wat op sy onroerende goed betrekking het en met die verdere proviso dat die geëmansipeerde minderjarige steeds ouerlike toestemming nodig het om te kan trou. Waar die minderjarige toestemming van sy ouer of voog het om 'n bedryf, besigheid of professie te beoefen of om te gaan werk sonder dat die minderjarige andersins ontvoog is (hy woon byvoorbeeld nog by sy ouers in en staan nog onder die roede van ouerlike gesag), is hy net gedeeltelik geëmansipeer en strek sy handelingsbevoegdheid nie verder as kontrakte wat met sy bedryf, besigheid, professie of werk in verband staan nie (vgl *Auret v Hind* (1884) 4 ED 283 294 wat blykbaar tussen volledige en beperkte emansipatie onderskei; en verder *Biel v Steenkamp* (1907) 17 CTR 1114; *Riesle & Rombach v McMullin* (1909) 10 HCG 381 386; *Ambaker v African Meat Co* 1927 CPD 326 327; *Ochberg v Ochberg's Estate & another* 1941 CPD 15 36–37; *Ahmed v Goovadia* 1944 TPD 364 366; *Dickens v Daley* 1956 2 SA 11 (N) 13 14 16; *Grand Prix Motors WP (Pty) Ltd v Swart* 1976 3 SA 221 (K) 223–224; *Sesing v Minister of Police* 1978 4 SA 742 (W) 746).

#### DIE BESTAANSREG VAN BEPERKTE EMANSIPASIE

In die Suid-Afrikaanse regliteratuur is daar heelwat gestry oor die bestaansreg en wese van veral beperkte emansipatie. Conradie (1946 *SALJ* 25 ev) het probeer aantoon dat beperkte emansipatie wel in die Romeins-Hollandse reg bekend was en 'n bestaansreg in Suid-Afrika het; vroeër het Steyn (1927 *SALJ* 316–318) aangevoer dat dieselfde voorbeelde wat Conradie as gevalle van beperkte emansipatie beskou, in wese van emansipatie verskil; en in een van die jongste geskrifte oor die onderwerp betoog Boberg (1975 *SALJ* 202 en 205; *The Law of Persons and of the Family* (Juta & Kie 1977) 405 en 408) dat die sogenaamde “beperkte emansipatie” geensins emansipatie is nie maar neerkom op die stilswyende toestemming van die ouer of voog dat die minderjarige 'n sekere klas kontrakte kan sluit of transaksies kan aangaan.

Boberg se standpunt maak nie sin nie, want dit wat hy van emansipatie onderskei, is juis 'n goeie omskrywing van emansipatie.

Vir 'n behoorlike begrip van die aard en regsgevolge van emansipatie moet na my mening twee basiese kenmerke van hierdie regsfiguur voor oë gehou word:

(a) Eerstens die feit dat emansipatie gewoonlik nie iets is waarmee 'n minderjarige te koop loop nie: dis 'n regsfeit wat teen die minderjarige se hoof geslinger word (vgl *Ex parte Keeve* 1929 OPD 19 19–20). In die gewone gang van sake kom emansipatie min of meer soos volg ter sprake: A, 'n meerderjarige, kontrakteer met B, 'n minderjarige; B lewer nie prestasie nie; A skroef vir B op; B beroep hom daarop dat hy minderjarig is en die kontrak sonder die nodige bystand of toestemming van sy ouer of voog gesluit het; A sê dit mag so wees, maar B het die kontrak in elk geval as geëmansipeerde minderjarige gesluit en is daarom aan die kontrak gebonde.

Drie kantaantekeninge kom by (a) te pas:

(aa) In *Ex parte Keeve* (supra) is emansipasie voorgehou as 'n verskyningsvorm van estoppel, naamlik 'n estoppel wat die minderjarige belet om sy minderjarigheid op te werp teen iemand wat mislei is en geglo het dat die minderjarige in der waarheid meerderjarig is. Daarmee kan nie saamgestem word nie. Dit is nie vir die verweer van emansipasie nodig dat die ander kontraktant moes gedink het die minderjarige is meerderjarig, of andersins mislei moes gewees het nie. A kan hom op die emansipasie van B beroep ook as hy by kontraksluiting gewet het B is minderjarig en B is geëmansipeerd.

(bb) In *Sesing v Minister of Police* 1978 4 SA 742 (W) het 'n minderjarige hom inderdaad op emansipasie beroep ten einde sy locus standi in iudicio te begrond. Die hof het nie uitsluitel gegee oor die vraag of (volledige) emansipasie aan 'n minderjarige verskyningsbevoegdheid besorg nie. Na my mening is dit, soos hierna vermeld sal word, nie die geval nie en was die minderjarige se beroep op emansipasie om vir homself 'n meerdere status te bekom, in elk geval abortief. By die nalees van regter Margo se uitspraak in dié saak kom 'n mens verder tussen die reëls agter dat iets nie strook nie. Die regter praat naamlik tereg van *die beskerming* wat die reg aan 'n minderjarige kontraktant bied wat *verbeur* word in die geval van emansipasie (bv 745H), maar aan die ander kant eis die minderjarige in daardie saak vir hom 'n voordeel op deur hom op emansipasie te beroep. Dit is 'n teenstrydigheid wat net weer op die waarheid van my aanvanklike stelling dui, naamlik dat emansipasie nie iets is waarop 'n minderjarige roem nie maar iets is wat hom, by wyse van spreke, verwyd word.

(cc) Volledigheidshalwe kan vermeld word dat emansipasie bewys moet word deur die persoon wat hom daarop beroep (vgl *Cohen v Sytner* (1897) 14 SC 13 16; *Biel v Steenkamp* (1907) 17 CTR 1114; *Venter v De Burgersdorp Stores* 1915 CPD 252 255; *Pleat v Van Staden* 1921 OPD 91 97; *Ambaker v African Meat Co* 1927 CPD 326 327; *Ochberg v Ochberg's Estate* 1941 CPD 15 36; *Ahmed v Coovadia* 1944 TPD 364 365; *Grand Prix Motors WP (Pty) Ltd v Swart* 1976 3 SA 221 (K) 222; *Sesing v Minister of Police* 1978 4 SA 742 (W) 745). Aangesien dit in die praktyk feitlik sonder uitsondering nie die minderjarige nie maar die ander kontraktant is, sal die bewyslas in dié verband meestal op die ander kontraktant rus om aan te toon dat die minderjarige geëmansipeerd is en in sy hoedanigheid van geëmansipeerde minderjarige opgetree het toe hy die kontrak gesluit het.

(b) Daar moet verder in gedagte gehou word dat emansipasie op ouerlike of voogdelike toestemming berus. In *Sesing v Minister of Police* 1978 4 SA 742 (W) 745 stel regter Margo dit nadruklik soos volg: "Tacit emancipation can only be effected by the express or implied consent of the guardian;" en hy voeg daaraan toe dat blote onverskilligheid van die ouer jeens die kind nie op toestemming neerkom nie. 'n Minderjarige is dus geëmansipeerd as hy met die uitdruklike of stilswyende toestemming van sy ouer of voog vir sy eie rekening aan die handelsverkeer (in die breedste sin) deelneem (vgl bv *Orkin v Lyon* 1908 TS 164; *Ex parte Van den Hever* 1969 3 SA 96 (OK) 99). Die persoon wat moet toestem is in die eerste plek die minderjarige se vader (*Van Rooyen v Werner* (1892) 9 SC 425 428-429; *Edelstein v Edelstein* NO 1952 3 SA 1 (A) 10) – ook al is die ouers van die minderjarige

geskei en beheer en toesig van die minderjarige aan die moeder toegesê (*Grand Prix Motors WP (Pty) Ltd v Swart* 1976 3 SA 221 (K) 224). Die moeder kan die nodige toestemming verleen indien die vader dood is, alleenvoogdy oor die kind by egskeiding of ingevolge artikel 60 van die Kinderwet 33 van 1960 aan die moeder toegesê is, of as dit 'n buite-egtelike kind is. Indien die kind in die sorg van 'n voog is, kan die minderjarige deur die voog geëmansipeer word (*Le Grange v Mostert* (1909) 26 SC 321 323-324; *Pleat v Van Staden* 1921 OPD 91 96-97).

Met die oog hierop doen ek aan die hand dat emansipasie niks anders is nie as die algemene toestemming van die ouer of voog van 'n minderjarige aan daardie minderjarige om kontrakte wat binne die bestek van daardie toestemming te pas kom, te sluit. As die ouer of voog 'n kind byvoorbeeld toelaat om te gaan werk, kan aangeneem word dat daardie toestemming ook die sluiting van kontrakte wat met die kind se werk verband hou, insluit. In wese verskil emansipasie nie van die toestemming wat 'n man aan sy vrou (wat onder die man se maritale mag staan) verleen om as openbare koopvrou op te tree en dus (by implikasie) kontrakte te sluit wat uit haar amp as openbare koopvrou voortspruit nie.

Die toestemming van die ouer of voog kan meer of minder algemeen van aard wees; dit is 'n feitelike kwessie wat met inagneming van al die omstandighede van elke geval uitgemaak moet word. Aldus kan die ouer of voog aan die minderjarige uitdruklik of stilswyend toestemming gee om vryelik aan die handelsverkeer deel te neem; en in sulke gevalle kan die minderjarige binne die raamwerk van hierdie volmag feitlik enige soort kontrak sluit, maar die minderjarige sal in alle gevalle onbevoeg bly om self sy onroerende goed te vervreem of met 'n verband te beswaar (*Ex parte Van den Hever* 1969 3 SA 96 (OK) 98) of om sonder toestemming in die huwelik te tree (ibid 98-9). In ander gevalle mag die toestemming van die ouer of voog veel meer beperk wees en sal die volmag van die minderjarige nie verder strek as byvoorbeeld 'n enkele transaksie of 'n geslote klas kontrakte nie.

#### EMANSIPASIE EN MEERDERJARIGWORDING

In *Le Grange v Mostert* (1909) 26 SC 321 323 is die standpunt gehuldig dat emansipasie 'n wyse is waarop minderjarigheid opgehef word en dat 'n geëmansipeerde persoon "all the liabilities of an adult" verkry (vgl ook *Riesle & Rombach v McMullin* (1909) 10 HCG 381 385; Boberg 1975 *SALJ* 196 en 204 en *The Law of Persons and of the Family* 392 en 406). Die ander standpunt is dat emansipasie geensins aan die betrokke minderjarige meerderjarige status verleen nie, dog alleen maar betrekking het op die handelingsbevoegdheid van die minderjarige om ('n sekere klas of sekere klasse) kontrakte te sluit (sien Hahlo 1943 *SALJ* 297; d'Oliveira 1973 *SALJ* 60).

Die standpunt wat 'n mens inneem oor die vraag aangaande die invloed van emansipasie sal ook jou siening bepaal aangaande die ander omstrede aangeleenthede wat ter inleiding van hierdie artikel aangestip is, naamlik die volgende:

- (a) Verkry 'n geëmansipeerde persoon ook locus standi in iudicio uit

hoofde van sy emansipasie? In *Bosch v Titley* 1908 ORC 27 is sonder verdere navraag aanvaar dat 'n geëmansipeerde minderjarige volkome verskyningsbevoeg is, in *Ahmed v Coovadia* 1944 TPD 364 366 is die vraag oop gelaat, en in *Sesing v Minister of Police* 1978 4 SA 742 (W) 747 het die hof die vraag ontduik deur te bevind dat, as daar hoegenaamd op die feite van die saak van emansipasie sprake is (en aangenome dat daar tussen volledige en beperkte emansipasie onderskei kan word), daar in die betrokke geval hoogstens beperkte emansipasie bewys is wat in elk geval nie locus standi in iudicio insluit nie.

(b) Kan emansipasie, nadat dit een maal verleen is, weer herroep word? In *Cohen v Sytner* (1897) 14 SC 13 16 is te kenne gegee dat dit nie kan nie; en in *Riesle & Rombach v McMullin* (1909) 10 HCG 381 387, *Ex parte Keeve* 1920 OPD 19 20, *Ahmed v Coovadia* 1944 TPD 364 366 en *Ex parte Van den Heever* 1969 3 SA 96 (OK) 99 is van die veronderstelling uitgegaan dat emansipasie wel herroep kan word.

(c) Kan 'n persoon wat 'n kontrak as geëmansipeerde minderjarige gesluit het, restitutio in integrum aanvra indien die kontrak by die sluiting daarvan tot sy nadeel gestrek het? Hahlo (1943 *SALJ* 297) meen dat die geëmansipeerde minderjarige wel restitutio in integrum kan aanvra omdat emansipasie nie van hom 'n meerderjarige maak nie maar eerder meebring dat hy "sy eie voog" word – wat dit ook al mag beteken (vgl ook Hahlo & Kahn *The Union of South Africa: The Development of its Laws and Constitution* (1960) 366; De Wet & Yeats *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* (4e uitg 1978) 63; en in die algemeen Boberg 1975 *SALJ* 202–203 en *The Law of Persons and of the Family* 404–405).

(d) Is emansipasie deur die Wet op die Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972 afgeskaf? As aanhanger van die standpunt dat emansipasie 'n wyse is waarop minderjarigheid opgehef word, kom Boberg (1975 *SALJ* 202 en 205; *The Law of Persons and of the Family* 404–5 en 408) tot die slotsom dat dit wel die geval is. Die vraag is in *Grand Prix Motors WP (Pty) Ltd v Swart* 1976 3 SA 221 (K) 225 oop gelaat.

Aanvaar 'n mens dat (volledige) emansipasie 'n wyse is waarop 'n minderjarige meerderjarig word, moet jy konkludeer dat emansipasie wel aan daardie persoon locus standi in iudicio besorg, dat emansipasie nie herroepbaar is nie, dat die geëmansipeerde minderjarige nie restitutio in integrum kan aanvra nie (vgl Voet 4 4 7 wat beweer dat 'n persoon wat deur huweliksluiting meerderjarig word, nie restitusie kan aanvra nie), en dat emansipasie deur die Wet op die Meerderjarigheidsouderdom afgeskaf is.

In die lig van wat in die vorige afdeling van hierdie artikel gesê is, spreek dit vanself dat emansipasie nie aan 'n minderjarige meerderjarige status besorg nie dog slegs op toestemming van 'n algemene aard neerkom ingevolge waarvan die minderjarige selfstandig kontrakte kan sluit wat binne die bestek van daardie volmag tuisgebring kan word. Daarom sluit emansipasie na my mening nie locus standi in iudicio in nie, kan die ouer of voog te eniger tyd sy toestemming intrek en sodoende die emansipasie van die minderjarige beëindig, kan die geëmansipeerde minderjarige (omdat hy minderjarig bly ten spyte van sy emansipasie) wel restitutio in inte-



grum opeis indien die kontrak wat hy as geëmansipeerde minderjarige aangegaan het by die sluiting daarvan tot sy nadeel was, en het emansipatie van krag gebly ten spyte van die Wet op die Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972.

### SLOTOPMERKINGS

Hoewel die aangewese konstruksie van emansipatie, soos hierin uiteengesit, hemelsbreed verskil van Boberg se siening in dié verband, is die praktiese uiteinde van emansipatie ooreenkomstig sy siening en die bedoelde aangewese konstruksie presies eners. Boberg se siening van emansipatie kan naamlik soos volg saamgevat word: Daar bestaan nie so iets soos beperkte emansipatie nie; die enigste verskyningsvorm van emansipatie, te wete volledige emansipatie, is 'n wyse waarop minderjarigheid beëindig word; aangesien emansipatie op meerderjarigwording neerkom is dit deur die Wet op die Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972 afgeskaf; naas emansipatie moet 'n soort algemene volmag onderskei word wat nie emansipatie is nie, wat nie meerderjarigheid tot gevolg het nie en daarom nie deur die Wet op die Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972 afgeskryf is nie, en wat nie aan die minderjarige locus standi in iudicio besorg nie, herroepbaar is en nie die moontlikheid van restitutio in integrum uitsluit nie. My eie standpunt is dat emansipatie niks anders is nie as hierdie algemene volmag waarvan Boberg praat en dat emansipatie as sodanig nie deur die Wet op die Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972 afgeskaf is nie, en ook nie aan die minderjarige verskyningsbevoegdheid besorg nie, wel herroepbaar is en nie die minderjarige van die remedie bekend as restitutio in integrum ontdoen nie.

Die vele teoretiese en praktiese probleme rondom emansipatie kan grootliks ondervang word deur 'n regs wysiging wat die meerderjarigheidsouderdom op 18 jaar sal vaspen. In die Verenigde Koninkryk is dit reeds in 1969 gedoen (vgl art 1(1) van die Family Law Reform Act 1969 c 46). In Suid-Afrika word 'n persoon, wat sy publiekregtelike kompetensies betref, reeds vir bykans alle praktiese doeleindes op 18-jarige leeftyd meerderjarig. 'n Minderjarige kan naamlik op daardie ouderdom byvoorbeeld stem en 'n bestuurderslisensie bekom. Op privaatregtelike akker brei 'n minderjarige se kompetensies op daardie ouderdom ook reeds aansienlik uit. Byvoorbeeld: die Minister van Binnelandse Sake se toestemming is nie meer nodig vir dogters bo 15 en seuns bo 18 om in die huwelik te tree nie, seuns en dogters van 18 jaar of ouer kan deur die hof meerderjarig verklaar word en kan 'n lewenspolis op hulle eie lewe uitneem, ensovoorts.

Die belangrike is egter dat 'n groot persentasie kinders hulle skoolopleiding op 18-jarige leeftyd voltooi, gaan werk en op hulle eie voete begin staan. Dit skyn dus vir my die aangewese ouderdom te wees waarop 'n kind die kompetensie behoort te verkry om selfstandig te kontrakteer en aan die handelsverkeer deel te neem.

JD VAN DER VYVER  
*Universiteit van die Witwatersrand*

## INFLUX CONTROL – ALL QUIET ON THE LEGAL FRONT!

Over the years many fervent calls have been made on the judiciary to adopt a natural law type stance and to thereby act more forcibly as a custodian of the liberal premises upon which our Roman-Dutch law heritage is based.

Dugard, for example, (1971 *SALJ* 181) has argued that our judiciary should adopt a natural law cum realist standpoint. He submits that the judiciary should recognise the underlying premise upon which they base their decisions, namely loyalty to the status quo, and that, instead of being subconsciously directed by such inarticulate premises, judicial policy should rather be guided by the “jural postulates which form part of our legal heritage and are designed to foster the basic political and legal ideal of modern Western Society – the well-being and free development of the individual” (197).

This form of analysis has always had as its basic criticism the mechanistic manner in which the judiciary has interpreted security legislation which has made inroads into the civil liberties of the individual. Mathews, for example, (*Crime and Punishment in South Africa*) calls for greater activism on the part of the judiciary in the field of security legislation; he argues that the courts must act as the bulwark of individual liberty when such liberty is attacked by sweeping and vaguely phrased security laws (169).

There is no doubt that all the above-mentioned submissions, if accepted, could have a considerable effect on protecting the rights of the individual citizen in South Africa, although a more activist approach on the part of the judiciary would in fact do no more than help to make the societal status quo a little more palatable for the majority of the population. However even in this limited objective the courts have rarely followed the approach advocated by Dugard et al. A fine example of the courts' approach is the recent case of *Goldberg v Minister of Prisons* 1979 1 SA 14 (A) in which the appellate division upheld the decision of the Commissioner of Prisons that political prisoners were not entitled to receive books and periodicals of their choosing whilst in prison. The court also held that the appellant prisoners were not entitled to an order declaring that the Prisons Department were not entitled to apply a policy depriving them of access to news of current events in the Republic and abroad.

However, as mechanistic as the courts have been with regard to matters pertaining to civil liberties, the courts have been more inclined to adopt a liberal interpretation to security matters than has been the case with regard to influx control. It is here where the courts and indeed the academic section of the legal profession could have adopted a more aggressive approach to laws which undermine fundamental human rights for a vast majority of South Africans. However, all too little academic criticism of the courts has taken place in this area and the courts have all too often adopted a rigid, formalistic approach to interpreting influx control laws in cases where a more liberal interpretation would have helped to prevent inroads being made into the rights of the individuals concerned.

In this regard the recent decision of *Komani v Bantu Affairs Administration Board, Peninsula Area* 1979 1 SA 508 (C) is important. The facts were briefly as follows:

Plaintiff was a Black worker who had permission to be in a prescribed area i.e. the Cape Peninsula, in that (i) he had worked continuously in the Cape Peninsula for one employer for a period of not less than ten years and (ii) he had during such period not been sentenced to a fine exceeding R100 or to a term of imprisonment for a period exceeding 6 months.

Plaintiff's wife lawfully entered the prescribed area in 1965 but permission to stay in the prescribed area was not renewed after January 1975. Plaintiff averred that his wife had a right to remain with him in the prescribed area by virtue of s 10(1)(c) of the Black (Urban Areas) Consolidation Act 25 of 1945.

S 10(1) of the Act provides that:

"No Bantu shall remain for more than 72 hours in a prescribed area unless he produces proof in the manner prescribed that -

(a) he has, since birth, resided continuously in such area; or

(b) he has worked continuously in such area for one employer for a period of not less than 10 years or has lawfully resided continuously in such area for a period of not less than 15 years, and has thereafter continued to reside in such area and is not employed outside such area and has not during either period or thereafter been sentenced to a fine exceeding R100 or to imprisonment for a period exceeding six months; or

(c) such Bantu is the wife, unmarried daughter or son under the age at which he would become liable for payment of general tax under the Bantu Taxation and Development Act 41 of 1925 of any Bantu mentioned in para (a) or (b) of this subsection and after lawful entry into such prescribed area, ordinarily resides with that Bantu in such area."

The question which therefore faced the court was whether the plaintiff's wife was a person who fell within the ambit of s 10(1)(c), and the dispute between the parties revolved around the meaning of the words "ordinarily resides" in that paragraph.

Shock J held that "ordinarily resides" connotes lawful ordinary residence (511). The learned judge went on to refer to the regulations passed in 1968 under the Act and which provide that, unless a Black person has a permit to reside in a prescribed area, he cannot reside lawfully in the area. As the plaintiff's wife did not have the necessary permit she was not entitled to live in the area. The court agreed with plaintiff's counsel that s 10(1)(c) has as an underlying policy consideration, the premise that a qualified Black person can (in terms of s 10(1)(a) and 10(1)(b)) live with his wife in the prescribed area, but the regulations placed a restriction on this right by providing the caveat that the right under s 10(1)(c) exists only where suitable accommodation is available. In other words "where the husband is living in accommodation suitable only for a single male person and where there is no suitable accommodation in the prescribed area for the married couple to live together" (511 H), the qualified person cannot have his wife live with him.

There can be no doubt that the learned judge interpreted the right conferred under s 10(1)(c) restrictively, for he read the section together with

the regulations to give s 10(1)(c) an interpretation far more restrictive than would otherwise have been the case.

Whether the court was justified in so interpreting s 10(1)(c) can be ascertained by (i) examining the correctness of the interpretation of "ordinarily resides" and (ii) by evaluating the effect of the court's decision upon rights conferred in terms of s 10(1)(c).

In interpreting "ordinarily resides" as pertaining to ordinary *lawful* residence, the court followed the earlier appellate division decision of *S v Mapheele* 1963 2 SA 651 (A). In *Mapheele's* case the court had to decide on the meaning of s 10(1)(c) which at that stage read as follows:

"such native is the wife, unmarried daughter or son under the age at which he would become liable for payment of general tax under the Native Taxation and Development Act 41/25 of any native mentioned in (a) and (b) of this subsection and ordinarily resides with that native."

The court conceded that

"the legislature has not in terms restricted residence with another for the purpose of sec 10(1)(c) to lawful residence as it has restricted continuous residence for the purpose of sec 10(1)(b). That is some indication of an intention on the part of the legislature not to restrict residence together for the purpose of sec 10(1)(c) to lawful residence" (655F).

The court however went on to hold that since the word "residence" must connote the idea of permanent residence, and since such permanent residence is impossible for Blacks without compliance with s 9(9)(b) of the Act (which paragraph provides that only Blacks who have been granted permission can lawfully enter a location), the word "residence" must connote lawful residence.

Since *Mapheele's* case s 10(1)(c) has been amended and the applicable words of the section provide that "after lawful entry into such prescribed area, ordinarily resides with that Bantu in the area." Although Shock J did acknowledge the amendment, he glossed over it and thus followed the *Mapheele* line of interpretation (511A). It is submitted that the learned judge failed to account for the distinction between *lawful* entry and *ordinary* residence. If there were reasons for conceding that the legislature may not have intended s 10(1)(c), as it stood in 1963, to have a restrictive effect, it is surely far easier in the light of the present wording of the section to argue that "resides" simply refers to ordinary residence without the addition of any restrictive qualifications.

That this latter interpretation is the correct one, is shown all the more clearly if one evaluates the effect of the *Komani* interpretation. If residence in s 10(1)(c) means lawful residence, then it can only be lawful for a Black to reside in an urban area if he or she has rights in terms of s 10(1)(a) and 10(1)(b) of the Act. A Black who does not have such rights cannot then be considered to be lawfully resident in terms of the Act itself. This in effect means that s 10(1)(c) is rendered nugatory by the *Komani* interpretation, for in order to acquire a legal right to reside in an urban area and thereby qualify in terms of s 10(1)(c) of the Act, one has initially to qualify in terms of s 10(1)(a) or 10(1)(b). This in effect renders s 10(1)(c) superfluous.

In the light of the above-mentioned considerations it is submitted that a more correct approach would have been to restrict residence to the one expressly stated qualification, namely ordinary residence. Not only would this have been more correct but it would also have had the consequence of allowing plaintiff to continue living with his wife.

*Komani's* case is a classic example of where the court did not have to resort to the ultimate natural law dilemma of declaring an immoral law void, in order to decide in accordance with our Roman-Dutch law heritage. The court would have needed merely to resort to the kind of argument enunciated above in order to protect that most important of all individual rights, the right to a family life.

Whilst the harsh effect of the *Komani* decision might be tempered by possible government acceptance of the recommendations of the Riekert Commission, the principle remains that the courts should be making greater efforts to mitigate the undesirable consequences of influx control. However if *Komani's* case is important in revealing how much the judiciary adheres to a mechanistic approach even when fundamental human rights are being attacked, it is an equally important lesson to the profession, both practicing and academic, to realise that it is not only in the area of civil liberties that a more aggressive and creative role is needed if we are to make any claim to playing an even slightly relevant societal role.

DM DAVIS  
*University of Cape Town*

*The judge in the performance of his calling is under the influence of the tradition of culture because he is a human being of flesh and blood, and not an automaton, or rather because he is not merely a biological but also a cultural phenomenon. He looks on his activity as a task in the service of the community. He wishes to find a decision that shall not be the fortuitous result of mechanical manipulation of facts and paragraphs, but something which has purpose and meaning, something which is "valid."*

*Alf Ross On Law and Justice 99*

# Vonnisse

## CD DEVELOPMENT CO (EAST RAND) (PTY) LTD v NOVICK 1979 2 SA 546 (K)

*Vormgebrekkige koopkontrak – terugvordering van prestasie – die reël in Carlis v McCusker*

Vyf en sewentig jaar gelede het die Transvaalse hof in *Carlis v McCusker* 1904 TS 917 'n beslissing gegee wat deur die jare waarskynlik meer kritiek uit akademiese geleedere gekry het as enige ander beslissing van 'n Suid-Afrikaanse hof. Die beginsels wat in die betrokke beslissing gestel is, is egter sedert 1904 herhaaldelik deur die twee Transvaalse afdelings van die hooggeregshof aanvaar en toegepas, en het ook die obiter goedkeuring van die appèlhof ontvang in *Wilken v Kobler* 1913 AD 135. Elke nuwe toepassing van dié beginsels het tot hernieude kritiek aanleiding gegee, maar ten spyte van die twyfel wat die volgehoue en klaarblyklik geregverdigde kritiek deur die bekendste akademiese juriste in Suid-Afrika noodwendig op die geldigheid van die betrokke beginsels moes werp, was dit eers in Augustus 1978 dat 'n hof buite die Transvaal versoek is om hom oor die korrektheid van *Carlis v McCusker* uit te spreek. Dit het gebeur in *CD Development Co (East Rand) (Pty) Ltd v Novick* 1979 2 SA 546 (K).

*Carlis v McCusker* en die reeks beslissings wat daarop gevolg het, is gesag daarvoor dat:

1 'n Kontrak wat nie voldoen aan die formaliteitsvereistes wat vir die geldigheid daarvan gestel word nie, nietig is en gevolglik nie deur een van die partye daarby afgedwing kan word nie.

2 Indien 'n party volledig of gedeeltelik ingevolge so 'n nietige kontrak

presteer het, hy as uitgangspunt daarop geregtig is om sy prestasie terug te vorder.

3 Indien albei partye egter *volledig* ingevolge so 'n nietige kontrak presteer het, geeneen van hulle meer geregtig is om sy prestasie terug te vorder nie (*Wilken v Kobler* supra 144).

4 Indien slegs een van die partye (volledig of gedeeltelik) ingevolge die nietige kontrak presteer het, hy nie in sy aksie om terugvordering van sy prestasie kan slaag indien dit blyk dat die ander party bereid en in staat is om ook te presteer nie. Dit beteken dat 'n eiser in hierdie omstandighede altyd in sy uiteensetting van eis moet beweer dat die verweerder nie bereid of in staat is om te presteer nie. (By huurkoopkontrakte wat nietig is weens nie-nakoming van formaliteite word terugvordering slegs uitgesluit indien daar volledige prestasie van beide kante was – *Denton v Haldons Furnishers (Pty) Ltd* 1951 1 SA 720 (T); *MCC Bazaars v Harris and Jones (Pty) Ltd* 1954 3 SA 158 (T).)

Die kritiek op hierdie benadering is tweeledig. Eerstens word daarop gewys dat die aksie waarmee die eiser sy prestasie terugvorder 'n verrykingsaksie moet wees. Aangesien ons reg nie 'n algemene verrykingsaksie ken nie (sien *Nortjé v Pool* 1966 3 SA 96 (A)) behoort daar dus van sodanige eiser geverg te word om aan te toon dat sy eis onder een van die bestaande verrykingsaksies tuisgebring kan word. Die enigste verrykingsaksies wat in hierdie verband

ter sprake kan kom is die *condictio indebiti*, die *condictio causa data causa non secuta* en die *condictio sine causa specialis* (De Vos *Verrykingsaanspreklikeheid in die Suid-Afrikaanse Reg* (2de uitg) 167 ev). In die reeks sake waarom dit hier gaan, is daar egter nooit van 'n eiser geveg om te bewys dat sy aksie aan die vereistes van die een of ander van die drie *condictiones* voldoen nie. Tweedens het die kritici aangetoon dat dit in stryd met die beginsels van ons reg is om 'n eiser sy aksie te ontsê waar die verweerder ook ingevolge die nietige kontrak presteer het, en veral waar die verweerder *nie* presteer het nie maar bereid of in staat is om te presteer. Hierdie laasgenoemde reël (dat terugvordering belet word tensy bewys word dat die verweerder nie bereid of in staat is om te presteer nie) kan uiters onbillike gevolge hê, soos uit die volgende paar voorbeelde blyk (wat uit regter Baker se uitspraak in die *CD Development Co*-saak geneem is):

(a) In *Carlis v McCusker* word gesê “. . . if the seller, acting in good faith, were willing and able to carry out his part of the inchoate understanding on the faith of which the money was paid . . . there would be no equity entitling the buyer under such circumstances to the assistance of the court.” Soos regter Baker egter tereg opmerk, mag die verkoper se “goeie trou” verander in “kwade trou” voordat die tyd vir sy prestasie aanbreek. Indien hy dan, kort voor hy moet presteer, die koopsaak aan 'n derde verkoop, sal die oorspronklike koper nie op 'n interdik teen hom geregtig wees nie, want daar is geen geldige kontrak nie.

(b) 'n Verkoper wat besit oorgedra het ingevolge die nietige ooreenkoms maar nog nie eiendomsreg nie, kan sy besit te eniger tyd terugvorder met 'n rei *vindicatio* indien hy die paaieimente wat hy ontvang het, terugbetaal (sien *Akbar v Patel* 1974 4 SA 104 (T) waarin *Bushney v Joliffe* 1953 4 SA 273 (W) verwerp is; *Vogel v Volkersz* 1977 1 SA 537 T en *Patel v Adam* 1977 2 SA 653 (A)). Die koper, selfs al is hy bereid en in staat om te betaal, kan hom nie

dwing om eiendomsreg oor te dra nie, want die vermoë en bereidwilligheid om te betaal is geen verweer teen 'n aksie om uitsetting deur 'n eienaar nie. Is dit egter die koper wat sy reeds-betaalde paaieimente wil terugvorder, misluk sy aksie indien die verkoper bereid en in staat is om eiendomsreg oor te dra.

(c) 'n Koper van grond wat terugbetaling van 'n reeds-betaalde paaieiment vorder indien die kontrak nie aan die vereistes van Wet 71 van 1969 voldoen nie, verloor sy geld indien hy nie beweer en bewys dat die verkoper nie gaan presteer nie. Is die verkoper egter wel bereid en in staat om te presteer, moet die koper die volle koopprijs betaal en oordrag neem. Hy word dus verplig om op te tree asof daar 'n geldige koopkontrak bestaan, en dit ten spyte van die feit dat die wetgewer self die kontrak nietig verklaar het. (Daar was in 'n stadium aanduidings dat dit die standpunt van die houe was dat die *Carlis v McCusker*-reël beteken dat die koper die verkoper voor die keuse kon stel om òf die reeds-betaalde paaieimente terug te betaal òf die reeds-betaalde bedrag *as volle betaling te aanvaar* en oordrag te gee – sien *Mattheus v Stratford* 1946 TPD 498. Dié interpretasie van die reël is egter uitdruklik verwerp in *Botes v Toti Development Co (Pty) Ltd* 1978 1 SA 205 (T) wat dit duidelik maak dat die verkoper wat bereid en in staat is om oordrag te gee dit eers hoef te doen nadat die koper die volle koopprijs betaal het.)

(d) Waar die verkoper bereid en in staat is om te presteer, dit het ons so pas gesien, is die koper wat sy prestasie betref in presies dieselfde posisie waarin hy sou gewees het indien die kontrak geldig was. Maar die kontrak is nie geldig nie, sodat die koper bv nie die gewone remedies op grond van verborge gebreke of uitwinning sou hê nie. (Die ongunstige posisie van die koper bestaan in hierdie opsig natuurlik ook waar albei partye reeds volledig presteer het.)

Afgesien van die onbillikeheid waartoe die *Carlis v McCusker*-reël aanleiding

mag gee, lei die toepassing daarvan soms selfs tot onsinnigheid – ’n seker aanduiding dat daar iets aan die reël haper. So het dit bv in *Mattheus v Stratford* supra gebeur dat die beskrywing van die grond wat verkoop is só gebrekkig was dat dit nie geïdentifiseer kon word nie, maar dat die hof nogtans meen dat die koper nie kan terugvorder nie tensy dit blyk dat die verkoper nie bereid of in staat is om sy onbepaalbare prestasie te lewer nie. (Sien ook die feite van *Botes v Toti Development Co (Pty) Ltd* supra.) In *De Villiers v Summerson* 1951 3 SA 75 (T) is weer beslis dat die koper gebonde was deur ’n verbeuringsbeding in die ongeldige ooreenkoms.

Dit moet teen dié tyd duidelik wees dat *Carlis v McCusker* aanleiding gegee het tot ’n uiters onbevredigende reëling van die verhouding tussen partye by ’n kontrak wat nietig is weens nie-nakoming van formaliteite. Die gesag van die Transvaalse beslissings en van die obiter dicta in *Wilken v Kohler* was egter so duidelik dat dit vanselfsprekend was dat die verweerder in rekonvensie in die onderhawige saak eksepsie sou opperp teen die eiser in rekonvensie se teeneis om terugbetaling van die paaielemente wat reeds op twee erwe afbetaal was. Dit het naamlik geblyk dat in die uiteensetting van eis slegs die nietigheid van die kontrak en betaling van die paaielemente beweer word sonder enige bewering dat die verweerder nie bereid of in staat was om te presteer nie. Die enigste grond wat vir die eksepsie (dat geen eisoorzaak geopenbaar is nie) aangevoer is, was die eiser se versuim om te beweer dat die verweerder nie bereid of in staat was om sy verpligtinge na te kom nie. Ewe vanselfsprekend word die hof (regters Baker en Van Heerden) deur die eiser versoek om nie die Transvaalse beslissings te volg nie. Die hof word met ander woorde versoek om oor die korrektheid van *Carlis v McCusker* en die reeks sake wat daarop gevolg het, te beslis, en na ’n besonder omvattende en indringende ondersoek van die aangeleentheid, kom hy tot die slotsom dat die betrokke sake inderdaad

verkeerd beslis is. In die loop van sy uitspraak aanvaar regter Baker die geldigheid van albei aspekte van die kritiek op *Carlis v McCusker*. Ten aansien van die toestaan van ’n aksie sonder meer verklaar hy (551):

“The Court would appear simply to have assumed the existence of a general enrichment action in our law. When one looks at the law relating to condiction the judgment is seen to have been wrong. Carlis would not have succeeded with a general enrichment action (even if such existed) because his claim fell to be decided according to the rules of either the *condictio indebiti* or the *condictio causa data causa non secuta*. Secondly, the Court should have determined the precise rules governing the case in order to decide whether Carlis could succeed in his claim.”

Ten aansien van die reël dat ’n terugvorderingsaksie slegs kan slaag indien die verweerder nie bereid of in staat is om te presteer nie word weer verklaar (564):

“I am in full agreement with the learned authors whose criticisms of the *Carlis v McCusker* line of cases I have quoted. I see no merit in the ‘rule’ relied upon by the excipient in the instant case. It is not for the court to give effect indirectly to contracts which Parliament has decreed should be devoid of effect.”

Die eksepsie word dus van die hand gewys.

Dit skyn egter of die eksepsie miskien tog moes geslaag het – nie op die grond wat aangevoer is nie maar op grond daarvan dat die eiser in rekonvensie, net soos in die *Carlis*-geval, nie sy eis onder òf die *condictio indebiti* òf die *condictio causa data causa non secuta* tuisgebring het nie. Die saak het nie in appèl voor die hof gediën nie, in welke geval dit nie moontlik sou gewees het om ’n nuwe eksepsiegrond aan te voer nie (*Jack Smith v Joe's (Pty) Ltd* 1929 TPD 323; *Cotas v Williams* 1947 2 SA 1154 (T)). In ’n hof van eerste instansie is dit skynbaar nie heeltemal uitgesluit dat ’n eksepsie gehandhaaf word op ’n grond wat nie gepleit is nie – sien *Wicksteed v George* 1961 1 SA 651 (FC).



Die hof sê in elk geval nie dat hy die eksepsie nie handhaaf omdat die korrekte grond nie gepleit is nie. Al wat hy wel sê is:

"In the present case the Court is unable to approach the problem along the lines suggested by *De Vos*. The counterclaim does not allege that plaintiff in reconvention (i) knew at time of signature of the contracts that they were void but went on paying on the supposition that defendant in reconvention would perform in due course; or (ii) believed them to be valid at that time but found out later that they were void" (551),

en dan weer:

"In the circumstances, as it is impossible to file this claim under any stated *condictio*, the problem will have to be approached in a different manner."

Hoe dit ook al sy, met die konflik wat daar nou tussen die Kaapse en Transvaalse afdelings van die hooggeregshof ontstaan het, kan 'n mens seker wees dat die aangeleentheid in die een of ander stadium aan die appèlhof vir beslissing voorgelê sal word. Daar bestaan egter ook die moontlikheid dat die wetgewer sal ingryp voor dit gebeur. Die Kommissie van Ondersoek na die Wetsontwerp op Ontwikkelingskemas het naamlik in sy derde tussen-tydse verslag wat gedurende Maart 1979 gepubliseer is (verw RP 55/1979) die reël in *Carlis v McCusker* onder die loop geneem en daarna wetgewing aanbeveel om die posisie met betrekking tot vormgebreklike grondkoopkontrakte op bevredigender wyse te reël (sien par 18-40 van die verslag en klousule 25 van die Konsepwetsontwerp op die Verkoop van Grond wat in Staatskoerant No 6450 van 18 Mei 1979 gepubliseer is). Die voorgestelde wetgewing skep 'n nuwe omvattende verrykingsaksie waarmee 'n party by 'n vormgebreklike grondkoopkontrak dit wat hy ingevolge die kontrak presteer het van

die ander party kan terugeis plus, in die geval van 'n koper, rente op die betaalde bedrag en redelike vergoeding vir verbeterings of, in die geval van 'n verkoper, redelike vergoeding vir die okkupasie, gebruik of genot van die grond en vergoeding vir enige skade wat deur die koper aan die grond veroorsaak is. Die kommissie was van oordeel dat waar beide partye volledig ingevolge die vormgebreklike kontrak presteer het, die posisie wat deur sodanige prestasies bewerkstellig is, gehandhaaf behoort te word. Klousule 25(2) maak dit dus duidelik dat die verrykingsaksie wat deur klousule 25(1) geskep word, nie ingestel kan word nie indien die koper die koopprys ten volle betaal het en die betrokke grond aan die koper getranspoteer is. Om die geldige besware wat daarteen bestaan dat 'n party aan 'n nietige kontrak gebonde gehou word, te ondervang, verklaar klousule 25(2) 'n vormgebreklike kontrak ingevolge waarvan die koopprys ten volle betaal is en transport van die grond plaasgevind het "*in alle opsigte van die begin af geldig*." Dit verseker dat enige party by daardie kontrak van sy gewone remedies weens kontrakbreuk, verborge gebreke, wanvoorstelling, vreesaanjaging, onbehoorlike beïnvloeding en so meer gebruik sal kan maak. Daar word aan die hand gedoen dat die voorgestelde klousule 25 teenoor albei partye 'n billike en in alle opsigte bevredigende reëling skep.

'n Mens sal nou maar moet wag en sien wie die volgende woord oor *Carlis v McCusker* gaan spreek, wetgewer of appèlhof. Dit is in elk geval rede tot blydschap dat die dwaalleer wat met *Carlis v McCusker* in ons reg ingevoer is nou waarskynlik binne afsienbare tyd daaruit geweer sal word.

JG LOTZ  
Universiteit van Suid-Afrika

## S v PALMOS 1979 2 SA 82 (A)

### *Diefstal – ondeugdelike poging*

Die feite van die saak was dat die beskuldigde, 'n apteker, klaarblyklik op 'n onreëlmatige wyse verskillende soorte

monsters van 'n aantal verteenwoordigers van vervaardigers en verspreiders van patente medisyne ontvang het

in ruil vir geld en goedere. Op 'n aanklag van diefstal word die beskuldigde op gesag van *R v Davies* 1956 3 SA 52(A) en *S v W* 1976 1 SA 1(A) aan poging tot diefstal skuldig bevind. Volgens die aanklag het die verteenwoordigers hulle teenoor die vervaardigers en verspreiders aan diefstal skuldig gemaak deur die monsters aan die beskuldigde te voorsien en het die beskuldigde die monsters ontvang wetende dat dit gasteel is met die doel om dit in die loop van sy besigheid te verkoop. Daar is egter nie bewys dat die verteenwoordigers diefstal (en nie slegs kontrakbreuk nie) gepleeg het toe hulle die monsters aan die beskuldigde voorsien het nie. In appèl word die skuldigbevinding hoofsaaklik om twee redes deur appèlregter Corbett (met wie appèlregters Miller en Diemont saamgestem het) tersyde gestel. Eerstens:

"In all the circumstances I am of the opinion that the State case did not establish beyond a reasonable doubt that when he received the goods appellant was subjectively of the opinion that the goods were stolen and, therefore, had the requisite *animus furandi*" (94)

asook

"It was by no means a straightforward case of theft . . . The dividing line between a misappropriation of this nature and a mere breach of the contract between the individual representative and his employer is a fine one; and in the circumstances of this case, where the representatives apparently had a wide discretion as to the disposal of the goods, it could, even with full information as to the contractual relationship between the representatives and their employers, be a difficult one for the Court to draw. How much more difficult would it not have been for a layman, in the position of the appellant, with an imperfect knowledge of all the facts to unravel the legal subtleties involved and come to a conclusion on the question as to whether or not a theft of the goods was being committed" (92).

Tweedens:

"In addition, however, it seems to me that there is another fatal flaw in the State case. Even if it be postulated that

appellant had the subjective opinion attributed to him by the magistrate, this would not avail the State if appellant's subjective opinion that the goods were stolen (which must be taken to have been incorrect because the goods were not found to have been stolen) were based upon a mistake of law, i.e. a mistaken view on appellant's part of the consequences of the transactions entered into between him and the representatives . . . [I]t seems to me that in a case such as this the *onus* would be upon the State to show that the appellant's incorrect view of the situation was not based upon such a mistake of law . . . In the peculiar circumstances of this case I am not convinced that, even if appellant were shown to have had this subjective opinion, there is not a reasonable possibility that this opinion was based upon a misconception as to the legal consequences of the conduct of the representatives; in other words, that appellant mistakenly thought that what they did in law constituted theft. Whatever the State may have proved in regard to appellant's subjective state of mind, it did not establish precisely the basis for that state of mind. Consequently, the evidence leaves room for several reasonable possibilities, one at least of which was such a mistake of law. An example of this might be a misapprehension on appellant's part that because the representatives took money or other remuneration for the goods they stole the goods themselves" (94-5)

asook

"even if the distinction be accepted as law, it seems to me that the possible mistake I have postulated above would fall rather under the head of a putative crime than a mere error as to an essential element of the crime of theft" (95).

Ek verstout my om met die regter te verskil. Met die onskuldigbevinding op grond van ontbrekende *animus furandi* het 'n mens vrede. Om egter as bykomende grond vir die onskuldigbevinding te stel dat indien die beskuldigde wel die nodige *animus furandi* gehad het, hy vanweë sy regsdwaling hoogstens 'n putatiewe misdaad gepleeg het, dui op 'n wanbegrip van ondeugdelike poging as misdaadvorm. Dat dit by ondeugdelike poging, net soos by putatiewe poging (dit wil sê poging om 'n

putatiewe misdaad te pleeg), om dwaling gaan en die voltooiing van die misdaad derhalwe onmoontlik is, val nie te ontken nie. By ondeugdelike poging gaan dit egter om dwaling aangaande die *pleging van 'n regtens erkende misdaad* en nie, soos by putatiewe poging, om dwaling aangaande die *bestaan van die misdaad self* nie. (Met ander woorde by putatiewe poging dink die dader dat die reg 'n bepaalde misdaad ken terwyl daar glad nie so 'n misdaad bestaan nie.) Dat die dwaling in albei gevalle 'n regs-dwaling kan wees, maak hieraan geen verskil nie, mits in gedagte gehou word dat die dwaling by ondeugdelike poging, al na gelang die geval, 'n feitedwaling of 'n regs-dwaling kan wees, terwyl die dwaling by putatiewe poging noodwendig 'n regs-dwaling moet wees. Indien 'n persoon dus meen dat selfmoord 'n misdaad is en hy homself om die lewe probeer bring, kan sy poging tot selfmoord nie strafregtelike aanspreeklikheid tot gevolg hê nie eenvoudig omdat selfmoord nie in ons reg 'n misdaad is nie en bygevolg ook nie poging tot selfmoord nie. Sou die beskuldigde in die onderhawige geval egter met die nodige animus furandi goedere ontvang het, menende dat dit gesteel is, is dit moeilik om in te sien waarom hy nie aan poging tot diefstal skuldig is nie. Anders as in die geval van selfmoord is diefstal wel 'n misdaad in ons reg en het die dwaling en gepaardgaande onmoontlikheid nie betrekking op die bestaan van die misdaad self nie, maar op die pleging van 'n regtens erkende misdaad. In die geval van die poging tot selfmoord was die betrokke persoon verkeerdlik onder die indruk dat dit wederregtelik is om sy eie lewe te neem, terwyl die beskuldigde in die onderhawige geval van poging tot diefstal verkeerdlik onder die indruk verkeer het dat hy gesteelde goedere wederregtelik ontvang (terwyl die goedere in der waarheid nie gesteel was nie). Toevallig is daar in casu tegelykertyd van sowel 'n feitedwaling as 'n regs-dwaling sprake – 'n feitedwaling vir sover die beskuldigde gemeen het dat die goed gesteel was en 'n regs-dwaling vir sover hy gemeen het dat die ontvangs van die goed wederreg-

telik was (De Wet *Strafreg* (3e uitg) 167; Burchell en Hunt *South African Criminal Law and Procedure* bd I 388-9).

Kortom, die onderskeid tussen putatiewe poging en ondeugdelike poging is daarin geleë dat in die eersgenoemde geval die misdaad wat die persoon probeer pleeg na die *vorm* daarvan onmoontlik is aangesien dit regtens nie bestaan nie, terwyl in laasgenoemde geval die misdaad wat die beskuldigde probeer pleeg wel bestaan, maar die voltooiing daarvan na die *inhoud* daarvan onmoontlik is van weë nie-voldoening aan die daads- of wederregtelikheidsvereistes ooreenkomstig die misdaadoms-krywing. Om dus soos appèlregter Corbett te aanvaar dat hy met 'n putatiewe misdaad te doen het bloot op grond daarvan dat die dwaling op die reg, en nie die feite nie, betrekking gehad het (soos Burchell en Hunt 388-9 ook doen), gaan eenvoudig nie op nie.

Dit is interessant om daarop te let dat 'n regs- of feitedwaling by ondeugdelike poging die teenoorgestelde werking het as 'n regs- of feitedwaling by skuld. Terwyl dwaling in die normale geval skuld uitsluit (hier dien die dwaling met ander woorde as verskoningsgrond), is dit vir die bestaan van ondeugdelike poging juis nodig dat die dader moet gedwaal het (die dwaling is hier in 'n sekere sin dus 'n "aanspreeklikheidsgrond"). In die eersgenoemde geval is die beskuldigde nie aanspreeklik nie omdat hy meen dat sy optrede regmatig is, terwyl hy in die laasgenoemde geval aanspreeklik is omdat hy meen dat sy optrede wederregtelik is.

Voorts gee appèlregter Corbett met verwysing na *Haughton v Smith* ((1973) All ER 1109) 'n uiteensetting van die Engelse reg op die gebied van poging as misdaadvorm en wys daarop dat daar van die sogenaamde objektiewe benadering gebruik gemaak word. Volgens die objektiewe benadering

“ . . . a person can only be convicted of an attempt to commit an offence in circumstances where the steps taken by him in order to commit the offence, if

successfully accomplished, would have resulted in the commission of that offence . . ." (88).

Hier word dus te kenne gegee dat die objektiewe toets vir poging beteken dat gevra word of dit in enige stadium tydens die handeling van die beskuldigde hoegenaamd *moontlik* is om die voorsiene misdaad te pleeg. Indien hierdie benadering gevolg word, sal dit beteken dat daar nooit by ondeugdelike poging aan die objektiewe toets vir poging voldoen kan word nie. Hiermee kan ek nie saamstem nie. Dit is wel waar dat die misdaad by ondeugdelike poging as gevolg van die een of ander uitwendige faktor, soos die voorwerp waarteen dit gerig is of die middele wat aangewend word, nooit voltooi kan word nie. Daarin is juis die onderskeid tussen ondeugdelike poging en gewone poging geleë: in die laasgenoemde geval kon die beskuldigde se optrede moontlik die voorsiene misdaad bewerkstellig het, alhoewel dit uiteindelik nie op 'n voltooiende misdaad uitgeloop het nie. Indien die beskuldigde in so 'n geval al die handeling verrig wat hy voorsien tot die pleging van die misdaad sal lei, maar die misdaad as gevolg van die een of ander inwendige of uitwendige faktor – soos onbedreweheid of 'n onvoorsiene gebeurtenis – nie voltooi word nie, is dit 'n gewone voltooiende poging. 'n Gewone onvoltooiende poging kom voor waar die beskuldigde as gevolg van die een of ander inwendige of uitwendige faktor – soos vrywillige terugtrede of waar hy op heterdaad betrap word – *nie* al die handeling verrig wat hy voorsien tot die pleging van die misdaad sal lei nie en die misdaad daarom nie voltooi word nie. Dié onderskeid tussen voltooiende en onvoltooiende poging is ook van toepassing by ondeugdelike poging: Byvoorbeeld waar 'n dooie vrou afgedryf word met die opset om wederregtelik 'n lewende vrou af te dryf, of waar 'n man met 'n vrou wat oomblikke tevore oorlede is geslagsverkeer voer met die opset om sonder haar toestemming met 'n lewende vrou geslagsverkeer te voer, het 'n mens klaarblyklik met gevalle van voltooiende ondeugdelike poging te doen. Die beskuldigde

verrig, net soos in die geval van gewone voltooiende poging, al die handeling wat hy voorsien die misdaad sal daarstel. Indien die beskuldigde in bogenoemde voorbeelde egter sy poging om die (dooie) vrou af te dryf of om met die (dooie) vrou gemeenskap te voer nie heeltemal voltooi nie omdat hy op heterdaad betrap word, het ons met gevalle van onvoltooiende ondeugdelike poging te doen. Dan verrig die beskuldigde, net soos in die geval van gewone onvoltooiende poging, *nie* al die indelinge wat hy voorsien die misdaad sal daarstel nie.

Soos reeds aangetoon, is die onderskeid tussen gewone en ondeugdelike poging geleë in die *rede* waarom die misdaad nie voltooi word nie. Die objektiewe toets by gewone poging het egter betrekking op die *gevorderdheid* van die handeling wat ter pleging van die misdaad verrig word, te wete of dit na aan die voltooiing van die misdaad kom (uitvoeringshandeling) of verwyderd daarvan staan (voorbereidingshandeling). Die opvatting dat daar nooit in gevalle van ondeugdelike poging aan die objektiewe toets voldoen kan word nie, kan slegs geregtig word deur soos volg te redeneer: Die misdaad by ondeugdelike poging *kan* nooit voltooi word nie, en daarom sal dit altyd verwyderd van voltooiing bly. By gewone poging word die misdaad uiteindelik nie voltooi nie, maar voltooiing is nie uit die staanspoor onmoontlik nie en die poging *kan* na aan voltooiing kom. Hierdie redenasie gaan nie op nie omdat dit inderdaad moontlik is dat die handeling van die beskuldigde in bepaalde gevalle van ondeugdelike poging net so na aan die voltooiing van die misdaad kom as in bepaalde gevalle van gewone poging. In die geval waar die beskuldigde na 'n persoon skiet met die opset om hom te dood, maar iemand anders met dieselfde plan die slagoffer doodskiet 'n oomblik voordat die beskuldigde dit kan doen, of waar die beskuldigde met die opset om te verkrag op die punt staan om die slagoffer te penetreer, maar dan skielik deur impotensie oorval

word, is die misdaad stellig nie verder verwyderd van voltooiing nie as in die geval waar die beskuldigde na 'n persoon skiet met die opset om hom te dood, maar iemand anders die slagoffer 'n oomblik voordat die koeël hom tref uit die pad stamp sodat hy nie getref word nie, of waar die beskuldigde met die opset om te verkrag op die punt staan om die slagoffer te penetreer, maar dan vrywillig terugtree. Indien die korrekte interpretasie van die sogenaamde objektiewe toets dus aanvaar word, naamlik dat dit betrekking het op die *gevorderdheid* van die handeling by sowel gewone as ondeugdelike poging (en nie slaan op die *onderskeid* tussen dié twee verskyningsvorme van poging nie) kan ondeugdelike poging ook aan dié toets voldoen. Die toets waarvolgens daar tussen gewone en ondeugdelike poging onderskei word, hou daarenteen uitsluitlik verband met die *moontlikheid*, al dan nie, van die voltooiing van die uiteindelijke misdaad.

Dit is in ieder geval minstens misleidend om die begrippe "subjektiewe toets" by ondeugdelike poging en "objektiewe toets" by gewone poging te gebruik, omdat daar sonder opset om 'n misdaad te pleeg en 'n handeling om dit uit te voer geen sprake van poging tot die betrokke misdaad kan wees nie. Enersyds is blote gedagtes nie strafbaar nie en andersyds is 'n onopsetlike pogingshandeling moeilik voorstelbaar en is die toets vir sowel ondeugdelike as gewone poging sowel subjektief as objektief. Die vraag by die sogenaamde objektiewe toets vir poging is nie soseer of aan die handelingsvereiste voldoen word nie, maar veeleer *in hoever* daaraan voldoen word. Sonder om hier op die meriete van die sogenaamde subjektiewe en objektiewe toets in te gaan, wil ek nietemin konstateer dat die opset om die betrokke misdaad te pleeg en 'n handeling gerig op die uitvoering daarvan, genoegsaam behoort te wees vir 'n skuldigbevinding aan poging tot die betrokke misdaad. Die gevorderdheid van die handeling behoort slegs by straftoemeting in aanmerking geneem te word.

Origens kan nie akkoord gegaan word met appèlregter Corbett waar hy die opdoen van strafregtelike aanspreeklikheid vir ondeugdelike poging skyn te bevraagteken nie (88, weer eens met verwysing na *R v Seane* en *Haughton v Smith*). Soos uit die voorgaande blyk, het die beskuldigde by ondeugdelike poging, net soos by gewone poging, die opset om 'n wederregtelike daad te pleeg wat (anders as by putatiewe poging) binne die raamwerk van 'n misdaadomskrywing val. Dit beteken dat dit wat by ondeugdelike poging voorsien word, net soos by gewone poging (maar anders as by putatiewe poging) 'n misdaad daarstel. Verder word daar by ondeugdelike poging, net soos by gewone poging, handeling verrig ter uitvoering van die opset. Daarbenevens is die onderskeid tussen die voltooide misdaad en poging daartoe, ongeag of dit gewone poging is dan wel ondeugdelike poging, geleë in die voltooiing al dan nie aan die daads- en wederregtelikhedsvereistes van die misdaad en nie in die opset om die wederregtelike daad te pleeg nie. Poging is as misdaadvorm nie denkbaar tensy dit op die voltooide misdaad gerig is nie. Opset is by poging dus dieselfde as by 'n voltooide misdaad, te wete die opset om die misdaad te pleeg of, anders gestel, die opset om aan die daads- en wederregtelikhedsvereistes van die misdaad te voldoen. Word die verskille tussen putatiewe en ondeugdelike poging enersyds en die ooreenkomste tussen gewone en ondeugdelike poging andersyds, in gedagte gehou, is dit nie moeilik om in te sien waarom ondeugdelike poging wel tot strafregtelike aanspreeklikheid kan lei nie, veral as die verband tussen die voltooide misdaad en poging daartoe in ag geneem word. 'n Misdadige opset is die beginpunt of aanvangsmoment van die pleeg van 'n misdaad en die doel met of rede vir die strafbaarstelling van poging is juis die beskerming van die gemeenskap deur middel van individuele en algemene voorkoming en afskrikking van die uitvoering van 'n misdadige opset. Waar dit dus by die voltooide misdaad gaan om die strafbaarstelling van die-

gene wat die misdaad pleeg, gaan dit by poging tot 'n misdaad om die strafbaarstelling van diegene wat probeer om 'n misdaad te pleeg. Die begrippe "voltooide misdaad" en "poging tot 'n misdaad" is in hierdie verband inderdaad selfverklarend. Anders gestel: by die voltooide misdaad word die *werklike* wederregtelike daad met straf bedreig en by poging 'n *potensiële* wederregtelike daad. Indien dit dus appèlregter Corbett se bedoeling was om die strafbaarstelling van ondeugdelike poging te bevraagteken, misken hy daarmee die hele wese van ondeugdelike poging as misdaadvorm. By poging tot 'n misdaad word juis die onvoltooide misdaad strafbaar gestel, en behoort dit geen verskil te maak wat die rede vir die nie-voltooiing van die misdaad is nie; veral nie as dit, soos by ondeugdelike poging, buite die beheer van die beskuldigde lê en dus van sy kant gesien 'n blote toevalligheid is nie.

By ondeugdelike poging het die beskuldigde die nodige misdadige opset en verrig hy handeling om dit uit te voer: hy probeer om 'n misdaad te pleeg. Die persoon wat glasstukke verkoop onder die wanindruk dat dit ongeslypte diamante is wat hy onwettig verhandel, probeer immers net soseer 'n misdaad pleeg as die persoon wat diamante onwettig probeer verhandel maar nie 'n koper daarvoor vind nie. Insgelyks probeer die persoon wat die afdrywing van 'n dooie vrug bewerkstellig terwyl hy onder die wanindruk verkeer dat dit 'n lewende vrug is, net soseer vrugafdrywing bewerkstellig as die persoon wat 'n lewende vrug probeer afdryf maar nie daarin slaag nie. Trouens, waar die beskuldigde in hierdie omstandighede 'n paar ongeslypte diamante tussen 'n aantal glasstukke het en hulle almal saam onwettig probeer verhandel in die dwaling dat die glasstukke ook diamante is, of waar die beskuldigde 'n ongeboere tweeling probeer afdryf waarvan die een lewe en die ander dood is in die dwaling dat albei leef, sou dit tog onhoudbaar wees om te redeneer dat strafregtelike aanspreeklikheid ten aansien van die diamante en

die lewende vrug opgedoen kan word, maar nie ten aansien van die glasstukke en die dooie vrug nie. Val die klem by poging waar dit hoort, te wete op die feit dat die beskuldigde probeer om 'n misdaad te pleeg deur uitvoering aan 'n misdadige opset te gee, en nie op die rede vir die nie-voltooiing van die misdaad nie, lewer hierdie gevalle geen buitengewone probleme op nie: ondeugdelike poging kan dan net soseer tot strafregtelike aanspreeklikheid lei as gewone poging.

Indien die saak onder bespreking ten slotte beoordeel word in die lig van die toonaangewende uitspraak oor ondeugdelike poging in *R v Davies* en die onlangse uitspraak in *S v W*, wil dit voorkom asof dit onder daardie noemer tuisgebring kan word.

In *R v Davies* is die beskuldigde op 'n aanklag van vrugafdrywing aan poging tot vrugafdrywing skuldig bevind. Die beskuldigde het met die opset om 'n lewende vrug te dood en af te dryf, 'n vrug wat reeds etlike dae dood was, afdryf. Appèlregter Schreiner (met wie appèlregters Reynolds, Hall en Beyers saamgestem het en appèlregter Steyn verskil het) stel hierdie geval gelyk aan die geval waar die vrou tydens die handeling van die beskuldigde nie swanger was nie. Hy verwerp die beslissing in *R v Seane* en verklaar:

"[I]t seems on principle the fact that an accused's criminal purpose cannot be achieved, whether because the means are, in the existing or in all conceivable circumstances, inadequate, or because the object is, in the existing or in all conceivable circumstances, unattainable, does not prevent his endeavour from amounting to an attempt" (64).

Op hierdie reël stel regter Schreiner egter twee uitsonderings. Eerstens:

"If what the accused was aiming to achieve was not a crime an endeavour to achieve it could not, because by a mistake of law he thought that his act was criminal, constitute an attempt to commit a crime" (64).

Tweedens:

"In general there is no reason why en-

deavours to commit statutory crimes should not amount to criminal attempts though such endeavours are fundamentally or absolutely unable to succeed. But the language of a particular statute may conceivably require a modification of the general principle" (64).

In *S v W* het die beskuldigde op 'n aanklag van verkragting tereggestaan. Hy het met die opset om die slagoffer te verkrag, haar gesig na 'n worsteling tussen hulle in 'n poel water gedruk tot dat sy beswyk het, en daarna geslagtelik met haar verkeer terwyl hy onder die wanindruk verkeer het dat sy nog leef. Op die regspraak of die beskuldigde aan poging tot verkragting skuldig is

"as hy vleeslike gemeenskap met 'n vroulike persoon het in die waan dat sy lewe, terwyl sy inderdaad reeds dood is, en waar die beskuldigde sodanige gemeenskap het in omstandighede waar dit bo redelike twyfel bewys is dat sodanige vroulike persoon tot die kennis van die beskuldigde nie sou toegestem het tot vleeslike gemeenskap nie"

antwoord die appèlhof (met 'n beroep op *R v Davies*) bevestigend (2-4).

Oor die bestaan van ondeugdelike poging as misdadervorm en die strafbaarheid daarvan in ons reg laat *R v Davies* en *S v W* dus geen twyfel nie. Dit is egter opvallend dat die reël in *R v Davies* gestel word sonder enige voorbehoud ten aansien van die aard van die dwaling waarom dit by ondeugdelike poging gaan. Van dwaling word trouens in die reël self geen melding gemaak nie. Dit is net in die eerste uitsondering op die reël dat daar 'n verwysing na dwaling voorkom. Dat die regspraak waarom dit hier gaan op putatiewe po-

ging slaan en nie op ondeugdelike poging nie, blyk uit die gebruik van die woorde "was aiming to achieve." Uit dié woorde kan afgelei word dat dit wat die beskuldigde beoog het om te doen, geen misdaad uitmaak nie. (Sien Burchell en Hunt 387-9 wat klaarblyklik ook die eerste uitsondering as 'n geval van putatiewe poging beskou. Met De Wet 167, wat die eerste uitsondering as dubbelsinnig beskou in die sin dat dit na putatiewe of ondeugdelike poging kan verwys, moet hier verskil word.) As die eerste uitsondering dus betrekking het op 'n geval van putatiewe poging, is die uitwerking daarvan dat die regspraak wat in *S v Palmos* ter sprake gekom het, eenvoudig binne die raamwerk van die reël in *R v Davies* tuisgebring kon gewees het. Dit volg uit die feit enersyds dat die uitsondering op die pleging van die misdaad betrekking het en nie op die bestaan daarvan nie, en andersyds dat die reël in *R v Davies* geen beperking op die aard van die dwaling by ondeugdelike poging plaas nie. In *S v W* is die beslissing in *R v Davies* nie alleen onvoorwaardelik onderskryf nie, maar daar is ook geen aanduiding te vind nie dat die dwaling by ondeugdelike poging slegs op die feite (en derhalwe nie op die reg nie) betrekking kan hê.

Dit wil dus voorkom asof *S v Palmos* die reg met betrekking tot ondeugdelike poging opnuut vertroebel het, en dit nadat *R v Davies* en *S v W* reeds weggedoen het met die onsekerheid wat so lank op hierdie gebied geheers het.

FFW VAN OOSTEN  
Universiteit van Pretoria

## EG ELECTRIC CO (PTY) LTD v FRANKLIN 1979 2 SA 702 (OK)

### *Nalatige wanvoorstelling – onregmatigheid – aanspreeklikheidsbegrensing*

Die eiseres het 'n huis van A gekoop. Ingevolge die koopkontrak het A onderneem om haar te voorsien van 'n sertifikaat dat die elektriese bedrading van die huis aan die voorskrifte van munisipale regulasies voldoen. Dié

sertifikaat word van die verweerder, 'n geregistreerde elektriën, verkry. Later verkoop die eiseres weer die huis en onderneem om 'n soortgelyke sertifikaat aan die koper te verskaf. Sy word egter deur die stadsingenieur daarvan

verwittig dat die bedrading nie aan die munisipale regulasies voldoen nie. Die gevolg is dat sy 'n bedrag van R1 530 moet bestee om die defekte te laat herstel. Dié bedrag eis sy van die verweerder op grond van nalatige wanvoorstelling.

In eksepsie twyfel regter Kannemeyer nie oor die bestaan van nalatige wanvoorstelling as deliktuele aksiegrond nie. Die enigste vrae wat volgens hom in 'n geval soos die onderhawige beantwoord moet word, is

“(a) do the facts pleaded disclose a legal duty owed by the defendant to the plaintiff and

(b) if so, what degree of care is, in the circumstances of the case, required of the defendant” (705).

Die regter bevind dat daar in casu wel 'n regsplig op die verweerder gerus het om die korrekte inligting te verskaf en dat hy in die besondere omstandighede nie die nodige sorg aan die dag gelê het nie. Gevolglik wys hy die eksepsie van die hand (706).

'n Paar aspekte van die uitspraak verdien nadere toeligting. Eerstens kan aanvaar word dat die vraag of daar 'n regsplig op die verweerder gerus het om die korrekte inligting te verskaf, dié na onregmatigheid is. Alhoewel onregmatigheid as basiese uitgangspunt in die skending van 'n subjektiewe reg geleë is, sluit hierdie uitgangspunt nie die ontwikkeling van ander onregmatigheidskriteria, soos dié van norm- of pligskending, uit nie (*Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk* 1977 4 SA 376 (T) 387 en vgl *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) 597 in verband met aanspreeklikheid weens 'n late). Wat nalatige wanvoorstelling betref, is die posisie dan ook dat, aangesien 'n identifiseerbare subjektiewe reg hier ontbreek (Pauw “Weer eens Nalatige Wanvoorstelling” 1978 *THRHR* 53 ev), onregmatigheid bepaal word, soos nou reeds gevestigde praktyk in die regspraak is, aan die hand van die vraag na norm- of pligskending (in casu 705; *Suid-Afrikaanse BantoeTrust v Ross en Jacobz* 1977 3 SA 184 (T) 187; *Administrator, Natal*

*v Bijo* 1978 2 SA 256 (N) 261; en in die algemeen Van der Walt *Risiko-Aanspreeklikheid uit Onregmatige Daad* (1974) 329 ev). Die algemene kriterium wat aangewend moet word om vas te stel of daar in besondere omstandighede 'n regsplig bestaan het om die korrekte inligting te verskaf, is die boni mores: die toetssteen vir onregmatigheid in ons reg (die *Tommie Meyer*-saak supra 387 en die *Ewels*-saak supra 597). Hierdie soepele kriterium stel die houe in staat om op so 'n jong, ontwikkelende terrein 'n vaste patroon in die regspraak te ontwikkel. Mettertyd word konkrete riglyne ontwikkel en daardeur word die praktiese hanteerbaarheid van hierdie gebied van die onregmatige daad bevorder. Myns insiens is dit nou reeds moontlik om 'n aantal riglyne (wat nie as 'n numerus clausus beskou moet word nie) betreffende die bestaan van 'n regsplig om korrekte inligting te verstrek uit die regspraak af te lei. Sodanige regsplig bestaan naamlik:

1 Waar daar 'n *statutêre* of *kontraktuele* verpligting op 'n persoon rus om korrekte inligting te verskaf (vgl *Herschel v Mrupe* 1954 3 SA 464 (A) 490). Sodanige kontraktuele verpligting kom ook tot stand waar die korrektheid van die inligting, uitdruklik of stilswyend, *genwaarborg* is. In byvoorbeeld die *Bijo*-saak (supra 261) het dit vir regter Mostert slegs gegaan om die vraag: “[D]id the defendant guarantee the factual accuracy of the statements . . . ?” Inter partes is die verweerder uit die aard van die saak kontraktueel aanspreeklik. Wat derdes betref, kan die kontraktuele verpligting of waarborg aanduidend van die bestaan van 'n regsplig ex delicto wees.

2 Waar 'n persoon uit hoofde van 'n *bepaalde amp* wat hy beklee (soos dié van notaris, geswore waardeerder en ouditeur) “a kind of patent of credibility and efficiency conferred upon [him] by public authority” het. So 'n persoon is verplig om, waar hy in amptelike hoedanigheid optree, korrekte inligting te verskaf. Die rede hiervoor is dat “[m]embers of the public are invited



and entitled to repose confidence and trust in the acts of such persons performed in their respective capacities" (die *Herschel*-saak supra 488; sien ook ibid 472; *Perlman v Zoutendyk* 1934 CPD 151 en in casu 705).

3 Waar 'n persoon uit hoofde van 'n beroep uitsluitlik oor bepaalde inligting beskik en dié inligting dus op geen ander wyse as van hom (of 'n beroepsgeenoot) bekom kan word nie. Regter Kannemeyer verklaar byvoorbeeld met betrekking tot die onderhawige geval (706): "Obviously the assurance required by the purchaser *could only be given by an electrician*" (my kursivering). Ook uit die feite in *Currie Motors (Pty) Ltd v Motor Union Ins Co Ltd* 1961 2 SA 872 (T) 876-7 skyn dit asof die hof met hierdie tipe geval te doen gehad het. In die *Herschel*-saak (supra 472) was die betrokke inligting insgelyks "a matter within the peculiar knowledge of the respondent herself." Desnieteenstaande het appèlregter Van den Heever beslis (491) dat daar geen regsplig op haar gerus het om die korrekte inligting te verskaf nie. 'n Moontlike verklaring vir hierdie toedrag van sake is dat die respondent die inligting in haar private hoedanigheid van eienares van 'n motorvoertuig verskaf het en nie uit hoofde van 'n bepaalde beroep nie. Die "nature of the party issuing the information" speel dus 'n belangrike rol in die regspraak by die bepaling van die regsplig in die onderhawige verband (die *Currie Motors*-saak supra 877). Die voorgaande beteken egter nie dat die regspraak nie in die toekoms wel 'n regsplig kan konstrueer in omstandighede waar die verskaffer van die inligting dit in 'n ander hoedanigheid as uit hoofde van 'n beroep verskaf het nie (vgl die minderheidsuitspraak van hoofregter Centlivres in die *Herschel*-saak supra 472-3).

Staan dit vas dat die dader 'n regsplig gehad het om die korrekte inligting te verstrek, die nie-nakoming waarvan tot vermoënskade vir 'n bepaalde persoon of persone aanleiding gee, word sy optrede as onregmatig beoordeel. Om egter aanspreeklikheid te vestig,

moet die dader se handeling ook nalatig gewees het, met ander woorde hy moet anders opgetree het as wat die redelike man in die besondere omstandighede sou gehandel het. Hier gaan dit bloot om die redelike voorsienbaarheid en voorkombaarheid van skade in die algemeen (*Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A) 430; Pauw 1978 *THRHR* 58). Het die dader wel die nodige sorg aan die dag gelê ten spyte van die nie-nakoming van sy regsplig, behoort hy weens afwesigheid van skuld vry uit te gaan. Word aan die ander kant bevind dat die dader nalatig gehandel het, ontstaan die vraag vir welke gevolge van sy onregmatige nalatige handeling hy aanspreeklik gehou moet word. Sy aanspreeklikheid kan tog nie onbegrens wees nie.

Dit is juis hierdie vrees vir onbeperkte aanspreeklikheid wat tans nog sterk deur die howe benadruk word. So verklaar regter Kannemeyer in casu (705-6):

"One can appreciate that in many cases of negligent misstatement an infinite number of claims may result if proper limits are not placed on the action. The negligent party, having blundered, cannot know who may be eventually touched by the consequences of his error or when in the future these consequences may be felt."

Die maatstaf wat myns insiens met goeie gevolg in gevalle van nalatige wanvoorstelling aangewend kan word om aanspreeklikheid te begrens, is dié van *redelike voorsienbaarheid van skade aan die betrokke benadeelde persoon* (Pauw 1978 *THRHR* 58; en sien in die algemeen oor redelike voorsienbaarheid as aanspreeklikheidsbegreningsmaatstaf Van Rensburg *Normatiewe Voorsienbaarheid as Aanspreeklikheidsbegreningsmaatstaf in die Privaatreg* (1972)). In casu skyn die regter nie afkeurend teenoor sodanige benadering te staan nie. Hy sê (706) naamlik met verwysing na die *Perlman*-saak (supra): "Here again . . . the erroneous certificate could lead to a multitude of *unforseeable claims*" (my kursivering). Die nalatige wanvoorsteller is dus slegs aanspreeklik indien die eis (dit wil sê skade aan die betrokke

eiser) redelikerwys voorsienbaar was. In casu was die benadeling van die eiseres wel redelikerwys voorsienbaar. Regter Kannemeyer verklaar:

"The defendant, on the facts alleged, knew that Peek would hand the certificate to the purchaser, who required it to satisfy herself and who would rely on it. Obviously the assurance required by the purchaser could only be given by an electrician. In these circumstances the defendant had a duty towards the purchaser to exercise care in supplying the certificate. In this case the words of Hoexter J in *Greenfield Engineering Works (Pty) Ltd v NKR Construction (Pty) Ltd (supra)* at 916-917 are apposite and I would, with respect, adopt them as applicable to the position here to be considered:

'Looking at the facts in the plaintiff's . . . claim it is important that the extent of the potential loss is finite. Nor is it necessary in such a situation for a defendant to speculate as to the identity of the possible claimant. It is a case of a single loss occurring but once and hardly likely to bring in train a multiplicity of actions. The loss, moreover, is a direct and not indirect economic consequence of the defendant's negligence. If I may borrow from the language of an American decision (*Rozny v Marnul* (1969) 43 Ill at 54, 250 NE 2d at 656): 'The situation is not one fraught with an overwhelming potential liability.' Trying to balance the individual interests of the claimant against the broader ones of the community I am unable to perceive that the imposition of liability in a case such as this is likely to prove socially calamitous.'

Uit hierdie dicta kan myns insiens nou met veiligheid afgelei word dat indien die *identiteit* van die persoon of

persone wat op die inligting *gaan* (nie *kan* nie) reageer op die oomblik van die verskaffing reeds vasstaan, of, anders gestel, indien die nalatige wanvoorsteller op die oomblik van verskaffing *gewees* het wie op die inligting *gaan* reageer, die benadeling van sodanige persone as redelikerwys voorsienbaar beskou word. Sodra daar egter 'n element van spekulasie ontstaan oor die identiteit van moontlike eisers word die probleem ingewikkelder. Om slegs 'n enkele voorbeeld te noem: waar 'n ouditeur op nalatige wyse 'n foutiewe balansstaat opstel wat dan in 'n propektus gebruik word, ontstaan die vraag of hy aanspreeklik behoort te wees vir skade wat ontstaan deurdat mense hulle verlaat op daardie inligting en byvoorbeeld in die maatskappy belê en al hulle geld verloor ('n voorbeeld ontleen aan Pauw 1978 *THRHR* 59). Pauw (*ibid*) is van mening dat skade aan die betrokke persone wel redelikerwys voorsienbaar is. Aan die ander kant huldig regter Kannemeyer in casu (in navolging van die Amerikaanse beslissing in *Ultramares Corporation v Touche* 74 ALR 1139) weer die beskouing, weliswaar obiter, dat die ouditeur aanspreeklikheid vryspring juis omdat die betrokke benadelings nie redelikerwys voorsienbaar is nie (705-6). Wat die houding van die houe sal wees indien hulle regstreeks met sodanige geval gekonfronteer word, kan alleen die toekoms leer. Dit is nietemin duidelik dat die houe baie versigtig is om nie die deur vir 'n te wyse aanspreeklikheid oop te maak nie.

J NEETHLING  
*Universiteit van Suid-Afrika*

## HOLZMAN v KNIGHTS ENGINEERING AND PRECISION WORKS PTY LTD 1979 2 SA 784 (W)

### *Cession in securitatem debiti - effect - cedent's position*

In this case the court, once again, had to decide on the effect of a cession in securitatem debiti. The application before the court was for the following relief:

1 At the instance of the first applicant (cedent) for an order declaring that the cession did not preclude it from applying for the respondent's winding-up, alternatively that the first applicant be

authorised and given leave to continue such proceedings;

2 Alternatively, at the instance of the second applicant, that it be given leave to intervene in the winding-up proceedings and to move for a liquidation order on the same papers, or that it be substituted as applicant in such proceedings.

For his *locus standi* to bring the winding-up proceedings, first applicant relied on section 346(1)(b) of the Companies Act 61 of 1973, which provides that an application for the winding-up of a company may be made by one of its creditors (including a contingent or prospective creditor). Applicant's case was that a cedent who ceded his right in *securitatem debiti* should be regarded as a contingent or prospective creditor within the meaning of the above-mentioned section of the Companies Act.

Nestadt J indicated that a contingent *interest* did not suffice for the application of this section and he adopted the following definition of a contingent creditor:

"one who by reason of some existing *vinculum juris* has a claim against a company which may ripen into an enforceable debt on the happening of some future event or on some future date" (786G).

For the applicant to succeed, it had to prove an existing *vinculum juris* between it and the respondent. Counsel for applicant argued correctly that before the cession had taken place, such an obligation had existed. He also argued that such an obligation still existed after a cession in *securitatem debiti* had been effected. In considering this argument, the court had to determine the effect of a cession in *securitatem debiti*. After dealing with numerous decisions on the meaning of a cession in *securitatem debiti* and, in particular, the contents of the dominium which the cessionary retains, Nestadt J came to the following conclusion:

"My conclusion on this part of the case

is that the effect of the cession in *securitatem debiti* was such as to negate the existence of a *vinculum juris* between the company (first applicant) and the respondent; that it was, therefore, not a creditor (whether actual, contingent, or prospective) of the respondent; that it, therefore, had no *locus standi* to apply for the provisional winding-up order; and that the claim for the declaratory order sought must be refused" (795-796).

The alternative relief sought by the second applicant was also refused:

"However, in the circumstances of this matter, I have decided to exercise my discretion against the grant of leave to intervene or for an order for substitution" (798A).

This decision gives rise to several questions regarding the effect of a cession in *securitatem debiti*. In a previous article (1979 *De Rebus* 121) I tried to indicate that our case law is such that it is possible to distinguish two forms of cession in *securitatem debiti*. The one takes the form of a pledge and the other of an out-and-out cession coupled with an agreement to re-cede. Although the views of Nestadt J in the present instance are not in conflict with this (apparently, he even subscribes to this view at 792D with reference to Viljoen J in *Peter Donald Alexander and Albert Henthorne Olver v Standard Merchant Bank* 1978 4 SA 730 (W)), certain statements made by him are not reconcilable with his attitude towards a cession in *securitatem debiti*. I shall deal with them *seriatim*.

After discussing the effect of an out-and-out cession, Nestadt J indicated that, in the case of a cession in *securitatem debiti*, the cedent is not divested of all his rights as he is in the case of an out-and-out cession. He ascribed this to the fact that a cession in *securitatem debiti* is in the nature of a pledge and that the cedent in such a case retains the ownership of the right (788G). The judge then set out to establish the scope of this ownership which the cedent retains. He referred to *National Bank of South Africa v Cohen's Trustee* 1911 AD 235 where the appellate di-

vision unequivocally accepted that incorporeals might be pledged and that the ordinary principles relating to the law of pledge were applicable. Nestadt J pointed out that a change of attitude towards this kind of cession could be discerned in more recent cases, in the following respects:

"Firstly, the concept of the ownership of the right remaining in the cedent, whilst not expressly departed from, is either put in its proper perspective by being shown to be a contradiction in terms, or is impliedly banished by no longer being referred to at all. Secondly, the principle is established that, as regards third parties, the effect of a cession *in securitatem debiti* is as complete as an out-and-out cession" (789E).

For this conclusion the judge referred to those cases where doubt had been cast on the exact scope of the reversionary interest, although the majority of these cases had accepted the concept of a pledge of incorporeal things as well as the authority supporting the idea of retention of the dominium by the cedent (see *Barclays Bank (DC & O) v Riverside Dried Fruit Co Ltd* 1949 1 SA 937 (C); *Frankfurt v Rand Tea Rooms Ltd and Sheffield* 1924 WLD 253; *Van Zyl v Strandfontein Namaqualand Estates Pty Ltd* 1930 CPD 270; *Moola v Estate Moola* 1957 2 SA 463 (N); *Motala v Latib* 1964 1 SA 851 (T)).

Apparently, in most of the cases referred to, the courts were of the opinion that the cedent's dominium is restricted to such an extent that it cannot be termed ownership any longer, but should be regarded as a reversionary interest. Newton Thompson J in *Barclays Bank v Riverside Dried Fruit Co* supra, for example, reduced this dominium to a reversionary interest because it is: ". . . an interest which gives the owner of a *dominium* (sic) no right to exercise the rights of a *dominus*" (at 946 quoting with approval from the judgment of Stratford J in *Frankfurt v Rand Tea Rooms* supra 256). It may just as well be argued that in the case of a pledge of corporeal things, the pledgor also retains no do-

minium but only a reversionary interest. As this is not the position, I cannot see why the position should be different in the case of a pledge of incorporeal things. What the cedent transfers in the case of a pledge is his power to claim from the debtor, in the same way as the pledgor transfers his thing with the result that he is unable to exercise his powers as the owner thereof. Although the cessionary acquires the power to claim from the debtor, he cannot institute action immediately after cession has taken place. He can institute action only if the cedent is unable to pay the principal debt. Before that, neither the cedent nor the cessionary is entitled to claim: the cedent because he no longer has the power to do so, the cessionary because he may only exercise his power if the cedent is unable to discharge the principal debt.

What, then, is the position of the debtor who wishes to discharge his debt? Although our law does not clearly provide for this situation, one might seek guidance from the German Civil Code. German law provides that the debtor should make a payment to the cedent and the cessionary jointly (§ 1281 BGB), that the cedent and the cessionary should invest the money, and create a pledge of the investment to the cessionary. The cedent is entitled to determine the type of investment (§ 1288 (1) BGB).

An important consequence flowing from the point of view that the cedent retains ownership in the case of a cession *in securitatem debiti*, and this Nestadt J conceded, is that the right forms part of the cedent's estate in the case of insolvency (1979 *De Rebus* 122).

In any event, the determination of the scope of the dominium or reversionary interest is only relevant in so far as one accepts that a cession *in securitatem debiti* bears a resemblance to a pledge. If one regards it as an out-and-out cession, the question of the scope of this dominium does not arise because, according to this approach the

cedent retains nothing whatsoever. He merely acquires a personal right against the cessionary to re-cession of the rights after the principal debt has been satisfied. This right flows from an agreement between the cedent and the cessionary. The court's reliance on *Lief v Dettmann* 1964 2 SA 252 (A) and *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of South Africa Ltd* 1968 3 SA 166 (A) is, therefore, inappropriate. In these cases the court held that the only way in which a cession in *securitatem debiti* can be effected is by means of an out-and-out cession which totally precludes retention of the dominium. The cedent's right against the cessionary, according to this view, arises from the agreement between them that the cessionary will re-cede to the cedent after his debt has been paid. In the meantime the cessionary is entitled to claim from the debtor and keep the money for himself, unless cedent and cessionary have agreed that the cessionary will not claim until it is clear that the cedent cannot pay his debt. If the cessionary acts contrary to this agreement, the only remedy available to the cedent is based on breach of contract. This also applies in the case where the cessionary cedes the rights to a third party and thus renders re-cession impossible after the principal debt has been paid by the cedent. Nestadt J also referred to *Big Sixteen v Trust Bank of Africa Ltd* 1978 3 SA 1032 (C) where the court apparently regarded the dominium or reversionary interest encountered in the case of a pledge, to be the same as the personal right flowing from an agreement to re-cede. As I have tried to indicate, this view is incorrect.

Nestadt J also referred to *Italtrafo SpA Electricity Supply Commission* 1978 2 SA 705 (W) (see in this regard 1978 *THRHR* 334) and interpreted that judgment as if King AJ had held that the right to re-cession formed an attachable asset in the cedent's estate. However, the construction of a cession in *securitatem debiti* by King AJ differs completely from that of Nestadt J. It seems clear that King AJ never in-

tended to create the impression that the attachable interest was the right to re-cession.

The following statement of Nestadt J also poses problems:

"In the result, it seems to be that it is now established that the effect of a cession in *securitatem debiti* is the same as far as the debtor is concerned as an out-and-out cession. If reference is still to be made to the cedent retaining *dominium*, it must be confined to the ownership of a personal right that he has against the cessionary arising from the contract between them, *inter alia*, that, on payment of the secured debt, the ceded right will be returned to the cedent. This involves the notion of a real right in a personal right. There is some controversy as to whether this is possible. . . . It is, however, unnecessary to pursue this matter. I mention it only in connection with any suggested justification for the continued reference to the cedent retaining *dominium*" (791H-792A).

The effect of a cession in *securitatem debiti* on the debtor depends on the interpretation given to such a cession. If one regards it as an out-and-out cession, as Nestadt J apparently did, the cessionary becomes the creditor of the debtor who is obliged to pay his debt to the cessionary, regardless of the terms of the *pactum fiduciae* between the cedent and cessionary. In other words, if the cessionary claims from the debtor before the cedent's debt to the cessionary is due, the debtor discharges the debt by payment to the cessionary, and the cedent can no longer proceed against the debtor after having paid the principal debt - re-cession now having become impossible. If one regards a cession in *securitatem debiti* as a pledge, as the appellate division has done and which approach has been followed in several other judgments (1979 *De Rebus* 122), the debtor is in a difficult position because, although the cessionary may have given notice of the cession, the object of this cession is only to secure the cedent's debt and therefore the cessionary is not entitled to claim from the debtor until it emerges that the cedent is unable to pay his debt. On the other

hand, the cedent is not entitled to accept payment, seeing that he has parted with this power. I have indicated above what solution is favoured for this situation in Germany and I think we can adopt it without violating our principles relating to the law of pledge. From the discussion above it is clear that the position of the debtor varies considerably, depending upon the interpretation given to a cession in *securitatem debiti*. In my opinion it appears from our case law that this kind of cession is capable of two interpretations (cf 1979 *De Rebus* 121). Although Nestadt J did not directly refer to the position of the cedent and cessionary in the case of insolvency, it seems as if he is of the opinion that, even where a cession in *securitatem debiti* is regarded as an out-and-out cession, the right forms part of the cedent's estate in the event of his insolvency (789A). No mention is made of the position in the event of the cessionary's insolvency, but I assume that the right would be regarded as falling in the estate of the cessionary. I base this assumption on the stance taken by the judge in regard to the effect of a cession in *securitatem debiti* on the *vinculum juris* between the cedent and the debtor:

"The effect of a cession in *securitatem debiti* as set out above, and more particularly its equation, as far as the debtor is concerned, with an out-and-out cession, is not merely to render the cedent's claim against the debtor quiescent; it is irreconcilable with and destructive of such *vinculum juris*. With the cession, the *nexus* that formerly existed between them, insofar as the company's claim against the respondent is concerned, ended. The ownership of the personal rights which the cedent has against the cessionary is insufficient to constitute or maintain the *vinculum juris* between the cedent and the debtor" (793C-D).

If one regards cession in *securitatem debiti* as an out-and-out cession, there is no possibility of the right forming part of the cedent's estate, not even in the case of insolvency. Another point of criticism which can be levelled at the quoted statement is that the court held

that the continued reference to the cedent's retaining the dominium, should be taken as referring to the ownership of the personal right that he has against the cessionary arising from the contract between them. This supposition is totally in conflict with the judgment of the appellate division in *National Bank v Cohen's Trustee* supra. Unless we accept that "dominium" was there used to refer to the ownership of the right which was pledged, it is impossible to explain the fact that the trustee was entitled to the right as part of the cedent's insolvent estate. It also appears as if Nestadt J is against the cedent's retaining ownership, as it implies the notion of ownership of a personal right. He referred to the controversy existing in this regard, but did not pursue the matter. He quoted Kahn, *Contract and Mercantile Law through the Cases* 991, who, to my mind, clearly and correctly illustrates the position regarding a pledge of incorporeal things. I find it strange that the judge appears to object to the notion of ownership of a personal right in this particular context, while adopting it in others, e.g. "becomes the owner of the right" (788C); "there is no reservation of ownership" (792F); his acceptance of *Guman v Latib* 1965 4 SA 715 (A), where it was decided that in the same way as possession passes to a pledgee on the delivery of the pledged article, quasi-possession of the ceded right passes to the cessionary on a cession in *securitatem debiti* (793B); "the ownership of the personal rights" (793D).

Nestadt J indicated that the views expressed by him in this case, were not in conflict with the idea that two forms of cession are possible. In this regard he made the following statement:

"It is unnecessary to consider what the differences are between the two forms of cession, and more particularly whether the principles referred to above do not in any event apply even though the cession is cast in the form of a pledge" (792D).

He held that the cession under discussion was, in any case, an out-and-out

cession, seeing that no mention had been made of a pledge.

One should agree with the decision of the court that a *vinculum juris* no longer existed between the cedent and the debtor after the cession, subject to the qualification that this is only so if the cession is regarded as an out-and-out cession. When there is an out-and-out cession, nothing remains with the cedent, or in other words, the ownership of the personal right is transferred and there can be no question of the cedent retaining ownership or a reversionary interest. The cedent, in such case, acquires a personal right against the cessionary to re-cession and only after this has been effected, does he become creditor of the debtor once again. On the other hand, if a cession in *securitatem debiti* takes the form of a pledge, the cedent retains ownership and therefore the *vinculum juris* still exists between him and the debtor. This would then entitle him to apply for the wind-

ing-up of his debtor's estate in terms of the Companies Act. It should be borne in mind that a cession in the form of a pledge only serves as security for the fulfilment of the cedent's obligation towards the cessionary and that it is very much in the cedent's interest to be able to apply for the winding-up of his debtor's estate.

I think that if the two forms of cession in *securitatem debiti* are clearly kept apart, no problems will arise. I want to reiterate that the parties should clearly state their intention concerning the form of cession in *securitatem debiti* they intend to effect. The importance of doing so is emphasized in the present instance, where the court inferred an intention to cede out-and-out from the words of the specific cession which made no reference whatsoever to a pledge.

SUSAN SCOTT  
*University of South Africa*

### BK TOOLING (EDMS) BPK v SCOPE PRECISION ENGINEERING (EDMS) BPK 1979 1 SA 391 (A)

*Reciprocal contract – exceptio non adimpleti contractus*

Under a reciprocal contract both parties undertake to perform, the one performance is undertaken in exchange for the other. There is, as a general rule, no duty on one party to perform unless the other party counterperforms (*Wille's Principles* (7th ed) 390; *De Wet and Yeats* (4th ed) 177-178). This means that one party to a reciprocal contract has a right to withhold his performance until the other party performs, that is to say, unless the former is bound to perform before the latter. Where the plaintiff demands performance the defendant may raise the defence that the plaintiff has not yet performed. The defence is known as the *exceptio non adimpleti contractus*. In the absence of an agreement to the contrary, a lessor, employee or contractor must perform first, and thus cannot raise the *exceptio* where performance is demanded from them.

A problem arises where the plaintiff has already performed but has rendered defective performance or tenders defective performance. The defendant may raise the *exceptio* where he has rejected the defective performance. However, if he does not reject the performance (eg where performance is not so defective that the defendant is entitled to reject) our appeal court's solution in *Hauman v Nortjé* 1914 AD 293 contains a double error viz: firstly it was averred that the defendant could raise the *exceptio non adimpleti contractus* even if the defect was not so serious that it justified rejection of performance; secondly that the defendant was liable, not *ex contractu*, but on the ground of enrichment which, however, was calculated with reference to the contract price.

This incorrect solution which had

been perpetuated for sixty five years was eventually put right in the recent appellate division decision of *BK Tooling (Edms) Bpk v Scope Precision Engineering (Edms) Bpk* 1979 1 SA 391(A). In this case defendant undertook to produce casings for Ford motor car company. He did part of the tooling himself and had the work completed by plaintiff. The work included the production of two sets of blocks. The claim arose as a result of the second set. Defendant accepted and removed the second set of blocks and delivered them to Ford's representative who rejected them for not conforming to the specifications. Plaintiff instituted an action for the payment of the full contract price, while defendant raised the *exceptio non adimpleti contractus* on the ground of the plaintiff's defective performance. Plaintiff succeeded in his claim for the full contract price and appeal was brought against this decision.

Respondent (plaintiff *a quo*) put forward three contentions against the appeal (409F-G). Firstly that appellant had accepted the work as complete. Secondly that appellant had made it impossible for him to complete his work by removing the blocks and refusing to return them for completion. Thirdly that if defective performance was found, quantum meruit should apply.

As regards the first contention, Jansen JA who delivered the judgment of the court, mentioned that both the court *a quo* and the respondent understood acceptance of performance by appellant to be tantamount to "performance of his obligation" by respondent (410C-F). Jansen JA went on to emphasize the importance of deciding exactly what was meant by "acceptance." Several factors could be involved eg that in a reciprocal contract acceptance could cause a creditor to forfeit certain rights, such as his right to withhold his own performance, or to rescind on the ground of defective performance. He came to the conclusion

"... dat daar geen afstanddoening deur

Borsboom [appellant] van enige regte . . . kon geskied het nie" (411H).

It is difficult to understand this somewhat cryptic conclusion. It may have been influenced by the fact that acceptance had initially not been pleaded. If it had been made an issue I feel, with due respect, that the decision of the court *a quo* might have been upheld.

The contention that the appellant prevented the respondent from completing performance emanates from the premise that appellant was obliged to co-operate to that end. It is of importance to a creditor to rescind if the debtor's performance suffers from a serious defect. In such a case no obligation rests on him to return the work for completion. However, if he does not resile, the obligation to afford the debtor an opportunity to complete performance remains (411H-412A). A number of cases concerning reciprocal contracts have been reported in which a contractor was successful in claiming the full contract price regardless of his own incomplete performance because the other party, without legally resiling, withheld his co-operation to completion of performance (*Theunissen v Burns* 14 CTR 606 and 21 SC 421; *Wessels v Kemp* 1921 OPD 28; *Kruger v Boltman* 1933 1 PH A3; *Shiels v Minister of Health* 1974 3 SA 276 (RA)). However, in the present case Jansen JA concluded:

"Om egter sonder meer in alle gevalle die eiser volle nakoming toe te ken . . . sou moontlik die gevolg hê om die eiser in 'n beter posisie te plaas as die waarin hy sou verkeer het as beide partye reëlmatig die kontrak nagekom het . . . Dat die juiste reël is dat die eiser se vordering met sy bespaarde koste verminder moet word skyn onteenseglik die grondbeginsels van ons reg te wees en dit word trouens ook deur hedendaagse skrywers soos *De Wet en Yeats* a.w. te 122 e.v. *Wessels* a.w. paras 3499, 3500 aanvaar" (412D-413A).

It must therefore be accepted that where a party to a reciprocal contract is prevented from performing fully by the other party's failure to give the



required co-operation, the former, despite his own incomplete performance may claim performance by the latter, but subject to reduction of the performance claimed, namely by the costs which the former saves in that he does not have to perform fully (414B).

With regard to respondent's third contention the court dealt with the principle of reciprocity (415H) and its application by means of the exceptio non adimpleti contractus (418B-419H). Special reference was made to the fact that, if the right of withholding counter-performance was regarded as being analogous to the holding of a pledge, it would entail that a party's own performance could be withheld until the other party had performed in full. In the case of locatio conductio operis the contractor would have to perform fully before he would be entitled to the contract price or any part of it. (On the other hand it is clear that the exceptio may not be raised where the defects in the performance fall under the de minimis principle (419H-420).) The judge continued:

“Dit is dus denkbaar dat die konsekwente toepassing van die beginsel van wederkerigheid tot onbillikheid kan lei” (420A and the example mentioned there).

It is with such inequity in mind that Voet 19 2 40 recognises an exception to the principle of reciprocity. Three points of view exist as regards the exceptional circumstances in which a contractor is allowed to claim remuneration for an incomplete performance (421C-422E). According to these different approaches the contractor is entitled to remuneration:

1 (i) if the employer utilized the performance for his own benefit and

(ii) the contractor at the time of instituting the action bona fide believed that he had performed fully (this is lord De Villiers's point of view as set out in *Hauman v Nortjé* 1914 AD 293 at 298 and which was accepted by implication in *Kam No v Udwin* 1940 WLD 137 at 140-141 and *Jansen v Rosenbraum* 1948

1 SA 578 (T));

2 if the employer utilized the incomplete performance for his own benefit, in which case the court has a discretion whether to allow the exceptio or not (Innes J's point of view in *Hauman* at 304-305 and in *Breslin v Hichens* 312 at 316-317 and which has been followed in *Koenig v Johnson & Co Ltd* 1935 AD 262 at 276 and 281-283);

3 “where the parties have arrived at such a pass that the terms of the contract cannot any longer be strictly carried out or enforced” . . . and . . . “the employer has acted in such a manner that it is no longer open to him to insist upon the contractor continuing or resuming his work” (Maasdorp JA's point of view in *Van Rensburg v Straughan* 1914 AD 329).

After analysis the court found that the first and second approaches afford the contractor a contractual claim (422E) (this is in accordance with Voet's approach) while the third approach provides for an enrichment claim (422F). Jansen JA stated that in future it would be desirable (at least in regard to the situations envisaged under 1 and 2 above) simply to talk of a (contractual) claim for a reduced contract price and to avoid names such as quantum meruit and the language of enrichment liability. It would lead to less confusion and greater clarity (422H-423A).

The double error made in *Hauman v Nortjé* 1914 AD 295 has thus eventually been rectified. Where a party renders a defective performance but the contract is upheld, he may, at the court's discretion, be granted a contractual action for a reduced price calculated with reference to the contract price minus the cost of remedying the defect. Where the contract is rescinded an enrichment action may lie.

The relaxation of the principle of reciprocity and the recognition of a claim for a reduced contract price rests on considerations of fairness. As an equitable solution the second approach

(that the court in the exercise of its discretion, allows a relaxation of the strict principle of reciprocity where the other party has utilized the partial performance) provides a flexible and satisfactory solution (427A). Jansen JA came to the conclusion:

“As sodanig moet lg [Innes JA's point of view] voortaan aanvaar en toegepas word” (427A)

and

“Beslissings en dicta teenstrydig met die standpunt van Regter Innes behoort nie meer gevolg te word nie” (434).

He also emphasised that the decisive factor which gives rise to a discretion on the part of the court to relax the principle of reciprocity is utilization of incomplete performance, and that the question whether such discretion exists has no connection whatever with the degree of shortcoming of the incomplete performance (427G). Whether relaxation is allowed is in the discretion of the court, and the discretion only comes into being after utilization (431F-G).

As regards the “doctrine of substantial performance” Jansen JA came to the conclusion that the view that the *exceptio non adimpleti contractus* was not available where substantial performance had taken place, was not in accordance with our common law or the appeal court decision in *Hauman v Nortje* 1914 AD 293. He thereby re-

jected the propagations of some of our most eminent jurists (De Wet and Yeats 183-184 read with 162; De Vos 241; and see Chanock “The Doctrine of Substantial Performance” 1935 *SA Law Times* 162).

It is clear that in the case under discussion the second set of blocks did not comply with specifications. However, since appellant had utilized them, the court had the discretion whether to allow the *exceptio non adimpleti contractus* or not. It was held that in the circumstances the *exceptio* should not succeed but that appellant was obliged to render only a reduced counter-performance ie the respondent was entitled to the contract price minus the reasonable cost of bringing the defective blocks up to the required standard.

Jansen JA has thus resolved the problem where an employer utilizes the defective performance and the court decides not to allow him the *exceptio non adimpleti contractus*. However the position still remains uncertain in a case where an employer neither rescinds nor utilizes defective performance. Whether the discretionary contractual remedy propagated by Kerr *Principles of the Law of Contract* 389-390 or the enrichment action based on Maasdorp JA's point of view (in *Van Rensburg v Straughan* supra) happens to be a solution, will have to be decided at a later stage.

LUANDA HAWTHORNE  
*University of South Africa*

# Boeke

## HUMAN RIGHTS AND THE SOUTH AFRICAN LEGAL ORDER

deur JOHN DUGARD

*Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1978; xix en 470 bl;  
prys (hardeband) R17,95*

## THE DARKER REACHES OF GOVERNMENT

deur ANTHONY MATHEWS

*Juta & Kie Bpk, Kaapstad, 1978; xx en 245 bl; prys R17,50*

Die jaar 1978 het vir die publiekregwetenskap 'n goeie oes gelewer. Die werke van proff Dugard en Mathews is albei die produkte van jarelange navorsing en denke en terselfdertyd uitnemende bewys van die hoë standaard wat akademiese arbeid op die gebied wat owerheidsreg in Suid-Afrika bereik het.

Nóg prof Dugard nóg prof Mathews het enige bekendstelling aan regsgeleerdes hier te lande nodig. John Dugard het deur sy bydraes oor die volkereg en die straf- en prosesreg reeds internasionale bekendheid verwerf en Anthony Mathews het veral met sy publikasie oor veiligheidswetgewing 'n blywende plek in ons regs wetenskap verower. Albei hierdie skrywers is verteenwoordigers van Anglo-Amerikaanse skole van die beste liberale regstradisiës. Soos te verstaan, het die werke elkeen 'n sterk kritiese inslag. Vir die "behoudende" Suid-Afrikaanse juris mag die boeke plek-plek ontstellende leesstof uitmaak omdat dit hom buite die veilige gebied van ou Romeins-Hollandse privaatrebeginsels voer na die donker plekke van die moderne staatsbestel, daar waar die burokrasie homself agter wetsvoorskrifte en owerheidsdiskresie verskuil, waar 'n politieke en maatskaplike orde met kliniese

wetspresiesheid gehandhaaf word en howe met kille beredeneerdheid die nugter, voorspelbare mondstukke van die bestaande wettestelsel word.

Alhoewel hierdie twee werke na inhoud en styl heelwat van mekaar verskil, is dit tog geregverdig om hulle saam te beskou. Hulle is albei regs wetenskaplike kommentare op die bestaande staatkundige en administratiewe bestel in Suid-Afrika. So beskou, maak hulle eintlik 'n geheel uit: die werk van Dugard is breed opgeset en het die optredes van die parlement en die howe vir sover dit menseregte raak as hooftema terwyl die werk van Mathews staatsadministratiewe optredes en toeganklikheid tot inligting in verband met dié optredes as onderwerp van bespreking uitsoek. Uit die aard van sy ondersoek werp Dugard die soeklig op veral rassediskriminasie en ander vorme van aantasting van menseregte terwyl Mathews die sluiers van die reg waaragter die administrasie skuil, probeer wegskuif. Die een boek is die skildering van die individu se regte, vryhede en voorregte in die labirint van wette en vonnisse terwyl die ander poog om die redes, oorsake en doelstellings agter die mure van burokratiese optredes, soos verskans deur wette en regsvoorskrifte, te soek. In

albei boeke is daar 'n bepaalde soeke asook 'n besondere filosofie te bespeur: Dugard vind die kern van die starheid en miskenning van menseregte in die algemene toepassing van 'n eng positivistiese opvatting by die howe en regsgeleerdes en die toepassing van 'n diskriminerende regeringsbeleid en Mathews vind die grond vir die administratiewe ondeursigtigheid in 'n bepaalde Britse tradisie soos versterk deur outokratiese tendense in ons eie regeringstelsel.

Vir selfs die persoon met die koppigste geloof in die houdbaarheid en wenslikheid van die bestaande orde, is dit vandag duidelik dat die staatkundige en politieke bestel in Suid-Afrika aan't verander is en nog verder gaan verander. Omdat albei die werke onder bespreking hoofsaaklik die bestaande as onderwerp van bespreking het, volg dit noodwendig dat hul inhoud ook tydsgebonde gaan wees. Met ander woorde, die boek van Dugard sal bly staan as 'n kommentaar op menseregte soos hulle bestaan (of eerder in vele opsigte nie bestaan nie) in 1978 en die boek van Mathews sal 'n kommentaar wees op die toegang tot inligting met betrekking tot staats- en administratiewe optredes soos dit in 1978 gegeld het. Die (selfs nabye) toekoms sal leer of hierdie boeke van die laaste voorbeelde van vrye regswetenskaplike kritiek was en of hulle inderdaad die voorlopers en kragopwekkers van 'n vryer, minder diskriminerende en meer toeganklike regs- en administratiewe orde gaan blyk te wees.

Albei die werke poog om agter die voorhang van wette en reëls by die sosiaal-politieke faktore te kom wat deel van ons regskultuur uitmaak. Mathews vind die redes vir 'n ondeursigtige burokrasie in die verstewiging van die Afrikaner se magsaansprake terwyl Dugard die oorsaak vir die verstarring in ons regstelsel en ons uitermate wettiese benadering herlei na die verlies van sommige basiese waardes in die gemeenskap. Vir Dugard is die onbuigsamheid van die positivisme 'n uitvloeisel van die kortsige versuim om die reg in sy maatskaplike verband te ken

en te waardeer. Dit is daarom dat hy vra vir 'n nuwe benadering in regs-onderrig:

“[This new approach] would require legal academics to concentrate less on teaching students the positive rules of law ‘in the spirit of Euclidian geometry’ and more on revealing the true nature of the legal process and how its defects might be remedied by a purposeful application of the legal values of the Western civilisation” (401).

Beide hierdie standpunte verdien sekerlik ernstige oorweging. Ons publiekreg moet meer put uit die algemene staatsleer en moet hom daarop toelê om met sulke begrippe soos mag, waardesisteme in die staatsbestel en doel en bestemming van regering om te gaan, want anders kan die gevaar bestaan dat daar groot en omvangryke handboeke oor ons menigvuldigheid van wette en reëls geskrywe word sonder dat die wesenlike ooit ontbloot word. Dus, alhoewel albei hierdie werke as kommentare 'n bepaalde tydsgebondenheid het, is hulle in totaal 'n hoogs noodsaaklike bestekopname vir sowel die regsgeleerde as die student in die staatswetenskappe.

Dugard se werk oor menseregte in die Suid-Afrikaanse regsbestel word gekenmerk deur 'n grondliggende ambivalensie. Enersyds is dit sy verklaarde doelstelling “not to judge, but to describe and explain” en andersyds wil hy verklaar hoe die Suid-Afrikaanse regsprofessie sover gekom het dat dit nie “the power nor, perhaps, the will to resist invasions of the most basic human freedoms” meer oor het nie. Met ander woorde, in sy beskrywing en verduideliking rig hy ook 'n fel aanklag teen die regerings- en politieke orde van die land en hoofsaaklik teen die regsprofessie. As gevolg van hierdie deurlopende aanklag verkry die werk allens al meer eerder die geardheid van 'n kommentaar *engagé* met sterk polemiese inslag as 'n nugter en onbetrokke uiteensetting van die stand van menseregte in die Republiek. 'n Opmerking soos die volgende (op 300) oor die hof se sensitiwiteit vir kritiek vir sover dit hul

oplegging van die doodstraf betref, is geen beskrywing of verduideliking nie, maar naakte polemieek:

"It is almost as if the courts have invoked the contempt power to protect them from the memory of Nuremberg, to spare them the agony of deciding, or even considering at what point a law ceases to be law on account of its immoral content and at what point confrontation or resignation becomes the lot of the judge."

Met so 'n polemiese benadering word daar uiteraard 'n bepaalde risiko geloop: lesers gaan heelhartig saamstem of grondig verskil. Koel beredenering en nugter oordeel gaan waarskynlik nie veel daadkrag of aksie uitlok nie omdat so 'n benadering in die eerste plek nie die gewete aanspreek nie, terwyl 'n aktivistiese benadering weer die gevolg het dat bestaande oortuigings eerder verhard as verander word. Hierdie aspek kom deurgaans by die lees van Dugard se werk na vore, en veral waar hy hom in deel vier regstreeks tot die regsproses wend en die gewetes van die regslui aanspreek. Sommige van hulle sal onderskraging vind vir hul oortuigings dat die regsprofessie en regbank in Suid-Afrika hul te min oor menseregte bekommer terwyl ander sal meen dat hierdie oproep tot groter aktivisme aan die kant van professie en regbank noodwendig tot politisering van 'n tradisioneel afsydige en onbetrokke sektor van die openbare lewe gaan lei. Gelukkig slaag Dugard in deel vyf daarin om 'n versoening te vind deurdat hy, met erkenning van die probleme wat bestaan, 'n nuwe regsbenadering, gegrond op 'n soliede waardesisteem en 'n versaking van die oorgelewerde positivisme, voorstaan. Die vraag is egter of die geantagoniseerde positivis bereid sal wees om so ver te lees en by die laaste deel uit te kom.

Dugard se werk is terselfdertyd amper ook 'n biografie van sy eie twintigjarige betrokkenheid as student, dosent en advokaat by die Suid-Afrikaanse regstelsel. Boonop is dit gedurende hierdie jare dat die hele problematiek van menseregte in die Republiek tot interna-

sionale dimensies gegroei het. Sy boek is dus in sommige opsigte 'n ooggetuiverlag met 'n sterk subjektiewe inslag wat ook met sy eie regsrealistiese uitgangspunte te rym is. Die persoonlike toon van die boek, die intense betrokkenheid en groot oortuiging, bring 'n besliste vernuwing in Suid-Afrikaanse regswetenskaplike geskrifte en is myns insiens te verwelkom.

Weens die subjektiewe inslag van Dugard se werk, is die verskillende dele ook wisselend van aard en omvang: in deel een word die regsagtergrond geskets waarteen menseregte in Suid-Afrika voltrek word. Sluitstuk van hierdie deel is die sterk stelling dat "parliamentary sovereignty has been taken to its logical and brutal conclusion at the expense of human rights." Daardeur is die verhoog geklaar vir die omvattende tweede deel oor "menseregte en die reg" waarin aangetoon word hoe apartheidswetgewing oor die afgelope drie dekades op alle lewensterreine die reg van vryheid, beweging, spraak, vereniging en familie (veral vir swartes en gekleurdes) aangetas het. Alhoewel hierdie deel weens die verskeidenheid van apartheidswetgewing, veiligheids- en sensuurwetgewing wat bespreek word, aan struktuurhegtheid mank gaan, is dit 'n besonder oorsigtelike en hoogs bruikbare inventaris van alle Suid-Afrikaanse wetgewing en regspraak vir sover dit die beskerming en meesal die inkorting en aantasting van menseregte aangaan. Alhoewel hierdie optekening aan die hand van wetgewing geskied, probeer die skrywer dit binne die verloop van politieke en ander gebeure aanbied met 'n deurgaans sterk kritiese inslag. Daardeur verkry die beskrywings soms die geaardheid van 'n uitgesproke verset-skrif soos die stellings op 192 duidelik bewys:

"Political expression is limited in the cause of white supremacy. Literary and artistic expression, where it is politically uncoloured, is restricted to protect the ruling Afrikaner oligarchy from the permissiveness of the second half of the twentieth century. A common theme

running through public statements is that permissiveness leads to communism but as no communist society is renowned for its permissiveness such claims cannot be taken seriously. The real objection to the social and cultural freedom of the twentieth century is that, if exported to South Africa, it might release the average Afrikaner from the tenacious grasp of those institutions which at present control both his mind and his voting habits: the Dutch Reformed Church, Afrikaner cultural organisations, the Afrikaner-language press, and the National Party. In order to ensure isolation from the views and life styles of the modern world there is a comprehensive system of censorship covering both literary works and entertainment."

Teenoor deel twee se fragmentariese opset, vertoon dele drie en vier 'n besondere hegtheid. Deel drie en deel vier wat handel oor die politieke verhoor en oor die regsproses en menseregte onderskeidelik en waarin daar ingegaan word op die vraagstuk van kritiek op die houe en regters se ingesteldheid, soos weerspieël in hul uitsprake o't rasse- en veiligheidswetgewing, is merkwaardig. Die indeling van die verskillende soorte politieke verhore op 212-227 (bv hoogverraad-, sabotasie-, terrorisme- en "harassment"-verhore sowel as verhore voortvloeiende uit lidmaatskap van verbode organisasies en weens die huldiging van sekere politieke opvattinge) gee 'n dikwels ontstellende beeld van die patrone van wydvertakte owerheidsbekamping van werklike en gewaande subversie. 'n Opmerklike aspek van die politieke verhoor sowel as die algemene optrede van die houe in rasse-aangeleenthede, is die hoë mate van respek wat die Suid-Afrikaanse houe steeds by regering, professie en selfs die "slagoffers" van die stelsel uitlok (in teenstelling bv met Amerika waar hierdie soort verhore soms deur allerhande vertonings en eksesse ontwig word). Dit is 'n kommerwekkende vraag of ons houe as hulle van hul gewraakte positivistiese afsydigheid sou afstand doen - soos Dugard bepleit - nie juis as gevolg daarvan hulself by die onbehaaglikheid van 'n politieke geroesemoes gaan betrek

nie. Dit is kortliks die dilemma van die Suid-Afrikaanse regsprofessie en regbank: gaan hy homself nie in aansien en eerbiedwaardigheid verlaag as hy afstand doen van sy primêre taak om die wette toe te pas soos hulle hul voorde doen nie? Tog, in hierdie opsig, is deel ses waarin menseregte en die regsproses bespreek word weer insiggewend en werd om oor na te dink: die skrywer toon myns insiens oortuigend aan dat ons houe in baie rassegeskille tog 'n sekere vooringenomenheid met regeringsbeleid vertoon sodat daar tereg op 324 gesê kan word: "The aloofness of the courts from policy in the field of race relations is therefore but one of the many judicial myths of South Africa." Dugard is korrek as hy die speelruim waar die regter se eie politieke oortuigings en waardestelsel 'n besliste uitwerking het, binne die grense van die fiktiewe "bedoeling van die wetgewer" vind. In ag genome die feit dat die wetgewer die parlement beteken en parlement vir alle praktiese doeleindes vir sover dit die maak van wette aangaan weer die regerende politieke party beduie, is dit maklik verstaanbaar waarom "bedoeling van die wetgewer" al te gou, ook in die regtersgemoed, eenvoudig kan beteken "bedoeling van die regerende party." Daardeur gee die skrywer geensins te daerne dat die houe blote klakkelose naperaters van die beleid van die regerende party is nie, maar tog dat hulle soms beleid met 'n interpretasie praeter legem laat saamloop. Sien in hierdie verband die dictum van appèlregter Holmes in die saak *Minister of the Interior v Lockbat* 1961 2 SA 587 (A) op 602:

"The Group Areas represent a colossal social experiment and a long term policy. It necessarily involves the movement out of Group Areas of numbers of people throughout the country. Parliament must have envisaged that compulsory population shifts of persons occupying certain areas would inevitably cause disruption and, within the foreseeable future, substantial inequalities. Whether all this will ultimately prove to be for the common weal of all the inhabitants is not for the court to decide."

Oënskyklik is die onderwerp van Mathews se boek, die versluiering en donkertes van die moderne burokrasie, van geringer omvang as dié van Dugard se werk. In werklikheid is dit egter nie so nie. Anthony Mathews onderneem 'n groot reis deur die administrasies van drie lande, Amerika, die Verenigde Koninkryk en Suid-Afrika om uit te vind hoe toeganklik inligting mbt regeringsoptrede in die verskillende lande is. Afgesien van 'n noukeurige bespreking van die regsreëls wat toegang en beskikbaarstelling van inligting in hierdie lande beheers en wat in deel II van die werk bespreek word, stel hy in deel I die hele probleem van 'n "oop" administrasie in sy politieke en staatkundige verband en ontleed hy in deel III die sosio-politieke agtergrond waarteen inligtingspraktyke in die onderskeie lande beoordeel moet word. Deel IV is 'n bewonderenswaardige poging om moontlike hervormings en oplossings, nie net vir Suid-Afrika nie, maar ook vir Amerika en Engeland, voor te stel. En dit is in hierdie laaste afdeling, selfs nog meer as in die voriges, dat die skrywer hom as objektiewe kritikus vertoon. Aldus verklaar hy op 210:

"From the perspective of South Africa, where non-official sources of information have virtually dried up and where independent fact-gathering about public affairs is scarcely possible, there is a temptation to portray the United States, and its laws and institutions, as the Promised Land of the believer in the right to know. Such euphoria would be mistaken notwithstanding the real progress that has been achieved in America in the past ten years".

Sy oordeel oor die toeganklikheid en beskikbaarstelling van inligting oor regeringsake in Engeland is selfs nog strenger en hy bewys dat baie van die Suid-Afrikaanse toestoptaktieke en -reëlings hul direkte oorsprong in die Britse reg en praktyk vind.

In die geheel beskou, is Mathews se werk 'n besondere prestasie. Dit toon 'n persoonlike *parti pris*, naamlik dat 'n ware demokratiese bestel noodwendig 'n "oop" administrasie impliseer wat in

sy volle konsekwensie tot alle vlakke van 'n staatkundige bestel deurgevoer word. Afgesien van die diepgaande ondersoek na die regsreëls wat die onderwerp bepaal, word die werk ook 'n vertoonstuk van die algemene staatsleer. Uit hierdie breë siening is dit logies dat die skrywer ook by die sosiologie uitkom en daarop wys dat 'n geslote, ondeursigtige en geheime staatsadministrasie moet lei tot vervreemding en anomie (die verbokkeling van gemeenskapswaardes en lojaliteite aan staatsinstellings) by die onderdane.

By die lees van *The Darker Reaches of Government* is dit of mens akuut bewus word van die skrywer se persoonlike dilemma. Hy is soos 'n natuurwetenskaplike in die gedaante van 'n regsgeleerde wat in die soek na antwoorde, reaksies, verbindings, oorsake en gevolge in die verloop van regerings- en staatsaktiwiteite hom gedurig vasloop teen gebrek aan inligting, verbod op openbaarmaking, wegsteek van noodsaaklike gegewens en verberging van redes. Dit noop hom om enersyds te gaan soek na die moontlike middels wat die reg beskikbaar stel om inligting te bekom (vgl die briljante hoofstuk oor die Amerikaanse Freedom of Information Act) en om andersyds te gaan vra waar die reg (in die vorm van wette op amptelike geheime en gemeenregtelike verbodinge gebaseer op vertrouensbreuk) juis die moontlikhede vir hierdie kortsluitings in die vrye uitwisseling van amptelike inligting skep. Nog steeds ontevrede met die "inligting" wat die reg hom verskaf, gaan die skrywer dan verder en vra na die hele staatkundige bestel en sy grondslae om 'n antwoord te vind waarom die burokrasie in een staat homself openbaar en in 'n ander staat hom verberg in geheimhouding.

Die Watergate- en Inligtingskandale in Amerika en Suid-Afrika is in vele opsigte 'n vindikasie van presies dit wat Mathews as anatema van die demokrasie beskou. Demokrasie kan nie onder die skadu en sluiers van 'n verborge burokrasie gedy nie. Donkerwerk is konkelwerk. Nou kan daar egter be-

weer word dat die posisie in Suid-Afrika nie so wanhopig is soos beweer word nie en dat die Inligtingsdebakel bewys het dat ons pers tesame met kommissies van ondersoekte nog steeds werksame bolwerke teen administratiewe geheimhouding uitmaak. Selfs al word daar toegegee dat daar nog hierdie waarborg bestaan, doen dit egter geensins afbreuk nie aan die feit dat met die bestaande meganismes – hetsy regtens, polities of andersins – die regering net sowel die hele sweer van wanpraktyke en korrupsie kon verberg het. Dus is hierdie boek van Mathews bloot om dié rede sowel tydige as hoogs noodsaaklik.

Aan die begin van hierdie bespreking is opgemerk dat die boeke van sowel Dugard as Mathews gebore en getoë is in die liberale regs tradisies van Anglo-Amerikaanse skole. Hierdie benadering is 'n lyn wat diep in die Suid-Afrikaanse publiekregwetenskap loop en wat ook aansluiting vind by sommige heersende staatsleerbeskouinge by ons. Sonder om hierdie benadering te veroordeel, moet egter beklemtoon word dat daardeur tog 'n mate van verskraling, indien nie oorvereenvoudiging nie, intree. Menseregte en 'n demokratiese staatsorde sowel as beskouinge oor die moderne administratiewe staat moet deur regsgeleerdes in Suid-Afrika ook teen die agtergrond van ons kontinentale herkoms en Afrika-verbondenheid bestudeer word. Èrens moet daar gepoog word om na 'n sintese van sowel die Anglo-Amerikaanse as die kontinentale teorieë en toepassing daarvan in Suid-Afrika te beweeg soos Van der Vyver in sy *Die Beskerming van Menseregte in Suid-Afrika* uitmuntend aangetoon het.

Dit is gebruikelik om aan die einde van die meeste boekresensies die be-

trokke werk onder bespreking by akademici of studente of praktisyns of almal tegelyk aan te beveel. By die beskouing van hierdie twee boeke het die resensent egter 'n probleem: nie een van die boeke is praktykgerig nie. Dit op sigself is egter geen nadeel nie want soos een van die grootste Suid-Afrikaanse regsgeleerdes eenkeer teenoor my opgemerk het, behoort 'n regsboek altyd net vir regstudente geskryf te word; en as regspraktisyns terselfdertyd ook studente in die regte is, sal hulle noodwendig so 'n boek ter hand neem . . . Daarenteen moet erken word dat die boeke onder bespreking ook nie streng gesproke by die gewone regs-kurrikulums inpas nie en dus 'n beperkte gebruik gaan hê. By nagraadse studente kan beide hierdie werke sonder voorbehoud aanbeveel word. Wat Mathews se boek betref, lê die sleutel tot sy bruikbaarheid in die skrywer se eie opmerking op 186, nl dat "there is virtually no searching and critical writing on the civil service in South Africa." Dit is te hope dat hierdie diepgaande en stylvolle ondersoek na een van die allerbelangrikste aspekte van die moderne staatsadministrasie 'n voorloper op sy gebied sal wees en deur alle studente in die staatsleer, staatsadministrasie en administratiefreg bestudeer sal word. Die boek van John Dugard dwing die publiekregsgeleerde en akademikus om weer na sy kursusse te kyk en te vra of dit in ons land nie hoog tyd geword het om 'n afsonderlike kursus oor die aard, omvang en beskerming van menseregte in te stel nie. Indien dit gebeur, kan ek skaars aan 'n beter voorgeskrewe en inleidende werk as dié van prof Dugard vir so 'n kursus dink.

MARINUS WIECHERS  
*Universiteit van Suid-Afrika*

## LOCAL GOVERNMENT LAW – VOLUME 1 GENERAL PRINCIPLES deur JOHAN MEYER

*Butterworth, Durban 1978; 208 bl; prys R17,50*

Plaaslike bestuursreg is nie juis 'n onderwerp waaroor skrywers gaande raak nie. Daar is enkele Suid-Afrikaanse

werke oor die onderwerp beskikbaar, maar dié is hoofsaaklik op die behandeling van provinsiale ordonnansies



waardeer plaaslike besture in die lewe geroep en georganiseer word, toege-spits.

In die lig hiervan is dr Meyer se eerste band van *Local Government Law* waarin hy dit oor die algemene beginsels het met groot afwagting ter hand geneem. Die eerste kennismaking laat 'n mens beïndruk. Die hardeband-uitgawe vertoon 'n voorkant- en rugkant-foto van Suid-Afrika se grootstad, Johannesburg, in skakerings van olyf en swart. Soos van een van Suid-Afrika se vooraanstaande uitgewers van regsboeke verwag kan word, is die druk- en bindwerk van goeie gehalte.

Dit sou darem te kras wees om te sê dat die aanprysings hier uitgeput is. Dit is naamlik waar dat die skrywer in sekere opsigte baanbrekerswerk doen. Sy poging om 'n *beginselbenadering* tot plaaslike bestuursreg uit te werk, verdien vermelding. Dieselfde geld sy veel-dissiplinêre benadering, dit wil sê nie net uit die hoek van die positiewe reg nie, maar ook vanuit die oogpunt van die staatsleer en die publieke administrasie. Dit moet ook onmiddellik toegegee word dat 'n magdom relevante en interessante sake bygewerk is, en dat die skrywer diep uit toepaslike literatuur – waarvan daar nie veel in Suid-Afrika verskyn het nie – geput het. Voorts is 'n menigte wesentlike aspekte geopper: teorieë oor plaaslike bestuur, die juridiese aard van plaaslike besture, die organisasie, bevoegdhede en pligte van plaaslike besture, die kontrole oor plaaslike besture (waarby verskynsels soos delegasie, diskresie en geregtelike hersiening betrek is) en ten slotte die rol van die reg in plaaslike bestuurs-wese.

Al dié verdienstelike punte dra egter min by om na die lees van die werk 'n bepaalde gevoel van onvoldaanheid teen te werk. Die presiese oorsaak – of oorsake – vir die gevoel is nie maklik te bepaal nie. Dit mag in sekere tegniese aspekte van die werk geleë wees. Die voetnote is besonder onbevredigend. Eerstens is daar 'n gebrek aan een-vormigheid. In vn 18 op bl 5 word daar

verwys na W Hardy Wickwar – “*The Political Theory of Local Government*,” terwyl die aanhalingstekens in net die volgende twee voetnote ontbreek; in vn 82 op bl 18 word 'n punt tussen die naam van die outeur en die uitgewer aangetref, anders as in byvoorbeeld die voorafgaande voetnoot; in vn 102 op bl 22 is daar weer 'n ongewone aandag-streep tussen die titel van die werk waarna verwys word en die naam van die uitgewer; dieselfde geld die proef-skrifverwysing wat onmiddellik daarop volg; sien ook vn 44 op bl 34 en vn 49 op bl 35 waar nie net dieselfde verskyn-sel hom voordoen nie, maar waar die besonderhede van dr Colenbrander se publikasie in een voetnoot in Engels en in die ander in Hollands weergegee word; volgens vn 45 op bl 34 heet SJ Fockema Andreae se verhandeling *der Koninklijke Nederlandsche Akademie* “De Nederlandsche Staat onder Republiek” terwyl SJ Fockema Andreae se verhandeling *den Koninklijke* ensovoorts in vn 51 op bl 35 “De Nederlandsche Staat onder de Republiek” heet. Die voor-beelde kan eindeloos vermenigvuldig word.

'n Verdere hinderlike aspek van die voetnote is bronne-aanduidings. Anders as wat gebruikelik is, gee die skrywer nie net by die eerste verwysing van 'n werk 'n volledige verwysing na die bibliografiese besonderhede nie. Volledige besonderhede word by elke verwysing gegee. Dit lei tot vele verskynsels soos dié op bl 38 en 39 waar daar in ses opeenvolgende voetnote (vn 64–69) volledig na *History of South Africa 1486–1694* G McC Theal London 1888 verwys word. Om alles te kroon, word die onvermydelike *ibid* ook nog bygebring om vn 65 só te laat uitsien: *History of South Africa 1486–1694* G McC Theal London *ibid* 111/2; in vn 66 is *ibid* uitgelaa, maar in vn 67 is hy weer terug – na 1888! In vn 70 en 71 lyk dit asof die skrywer skielik besef het wat te erg is, is te erg, want daar word *net ibid's* aangetref. In vn 72 ev op bl 40 gaan dit egter weer “ou trant.”

In die derde plek sou 'n mens beswaard kon voel oor die wyse waarop

na gerapporteerde sake verwys word. Daar het die afgelope jare in regsliteratuur 'n mate van eenvormigheid ontstaan oor die afkortings van die onderskeie afdelings van die hooggeregshof. Dit is daarom hinderlik om in dié reente werk menigvuldige verwysings soos die volgende raak te loop: *S v Prinsloo* 1970 (3) SA (OPD) 550 (vn 423 op bl 155), *Suid-Afrikaanse Spoorwee* (sic!) en *Hawens en andere v Mentz* 1965 (1) SA (AD) 888 (vn 422 op bl 155) en *Divisional Council Cape v Mabr* 1973 (2) SA (CPD) 310.

Die werk besit nóg 'n bibliografie nóg 'n vonnisregister. Sover dit sy bronne betref, maak die skrywer in 'n hele paar gevalle van verouderde uitgawes van werke gebruik. Die *locus classicus*(1) is waarskynlik bl 48 waar die verskynsel hom in drie opeenvolgende voetnote voordoet. In vn 114 word na die agste uitgawe van Dicey se *Law of the Constitution* verwys, in vn 115 na die eerste uitgawe van VerLoren van Themaat se *Staatsreg* en – as kroon op alles – in vn 116 na die negende uitgawe van Van Apeldoorn se *Inleiding*. Van Dicey se werk het 'n *tiende* uitgawe verskyn, van *Staatsreg* 'n *tweede* en van Van Apeldoorn 'n *seventiende*! Dié gevalle is voorbeelde. Daar is ook ander.

Om volledige kritiek op materiële aspekte van die werk te lewer, sou die resensie buite die perke van 'n resensie neem. Daar word volstaan met enkele opmerkings.

1 Daar kan beswaar gemaak word teen die gebruik van sekondêre gesag in 'n werk wat veronderstel is om 'n aangepaste weergawe van 'n doktrale proefskrif te wees. Op bl 5 ev verwys die skrywer na verskillende teorieë oor plaaslike bestuur. Nie minder nie as sewe teorieë word kortliks behandel, Name soos dié van Jean Bodin, Montesquieu, Johannes Althusius, John Stuart Mill, Bentham, Rudolf von Gneist, Lorenz von Stein en Otto von Gierke word genoem. Gesag vir op een na al die teorieë word egter slegs uit twee Anglo-Amerikaanse werke van onlangse oorsprong geput. Iemand wat

maar effens vertrouwd is met veral die ontwikkeling van die Duitse staatsregteorie en -denke sal weet dat dit gevaarlik kan wees om gedagtes van name soos von Gneist, von Stein en andere op hoorsê te betrag.

2 Die skrywer benader plaaslike bestuur in Suid-Afrika op 'n tradisionele, maar vinnig verouderende manier. Hy maak sonder kwalifikasie by meer as een geleentheid die bewering dat die Suid-Afrikaanse stelsel van plaaslike bestuur op 'n demokratiese lees geskoei is (vgl bl 10; bl 58 – waar bv die volgende voorkom: "Members of the local community should be able to identify themselves with a meaningful political community. In the case of most towns and villages and even some cities in South Africa, this presents no problem;" bl 170 – waar selfs verder gegaan word: "the political philosophy in South Africa is democracy;" bl 171 – "Local political participation and representative local government is an unquestioned fact in South Africa"). Niemand kan dié bewerings ernstig opneem as daar nie duidelik bygesê word dat dit op "Blank Suid-Afrika" gerig is nie. Tot voor die instelling van Swart administrasie in 1971 en van gemeenskapsrade in 1977 was "Blanke" plaaslike besture belas met die plaaslike bestuur van Swartes. Van algemene demokrasie was daar in dié proses nie sprake nie. Dieselfde geld tans nog Indiër en Kleurling plaaslike bestuursaanleenthede. Ofskoon daar 'n mate van demokrasie bestaan, ontbreek wesenlike elemente soos outonomie oor finansies en beplanning.

Die vraag ontstaan of 'n behandeling van die algemene beginsels van plaaslike owerheidsreg volledig is sonder 'n uiteensetting van die hele huidige struktuur van plaaslike bestuurswese in Suid-Afrika.

3 Die skrywer troos hom heelwat moeite om sover dit plaaslike owerhede betref, inhoud te gee aan die begrip legaliteit (vgl bl 86 ev en 143 ev). Tog word daar in die werk 'n onverklaarde teenstrydigheid oor *vryheid*, wat een van

die grondliggende waardes van 'n regstaatlike legaliteitsbeginsel is, aange-tref. Op bl 84 word beweer: "Just as on the national and provincial scene, the rights, property and liberty of the individual is (sic!) frequently encroached upon on the local scene by insensitivity and impropriety." Dit klink of die skrywer hom nie met sulke gedrag vereenselwig nie. Op bl 11 ev, waar hy oor die "objects or purposes of local government" skryf, skryf hy *liberty* egter sonder veel omhaal af: ". . . liberty is not in accord with practical circumstances in South Africa" en "[i]nsofar as South Africa is concerned, one must agree with the view expressed by LJ Sharpe in respect of Britain . . . 'the

presentation of individual liberty as a value of local government may be given a decent burial . . . in the liberalist graveyard . . .'" (12).

'n Mens wonder of dit nie – veral in Suid-Afrikaanse omstandighede – 'n gerieflik maklike ontduiking van verantwoordelikheid is nie.

Die kritiek op *Local Government Law* moet moontlik maar gesien word in die lig van die oord waaruit dit kom: die akademie. Die administrator en die regspraktisyn mag die werk egter nuttig vind in hul dagtaak. Om dié rede kan dit wel aanbeveel word.

DH VAN WYK  
*Universiteit van Suid-Afrika*

## LATYN VIR DIE REGSTUDENT

deur DM KRIEL

*Lex Patria, Johannesburg 1977; 218 bl; prys R9,95*

Terwyl die polemiekie oor die wenslikheid en/of noodsaaklikheid van Latyn vir die regstudent onverpoosd voortwoed en telkens menige voornemende student se verwagtings laat opvlam dat dit afgeskaf sal word voordat hy dit moet neem, sal hierdie handboek beslis sy lyding enigsins verlig. Die boek is inderdaad presies wat dit voorgee om te wees, 'n kursus in Latyn vir die regstudent, en myns insiens het die skrywer daarin geslaag om heelparty van die grootste struikelblokke op die student se pad na 'n begrip van en waardering vir dié taal te verwyder. Van dié struikelblokke is die belangrikste die groot aantal onnodige woorde wat die student tot nog toe moes leer – ek dink hier byvoorbeeld aan *rana* (padda); *gallina* (hen); *mordere* (om te byt) – wat seer sekerlik baie min tot sy begrip van regs-latyn kan bydra. Deur sy woorde baie sorgvuldig te selekteer (aan die hand van P Zanzucchi se *Vocabolario delle Istituzioni di Gaio*) het die skrywer 'n kompakte woordelys van net oor die 920 woorde saamgestel wat hy beweer 'n student in staat sal stel om gemiddeld meer as 95% van die woorde in enige

passasie uit Gaius te kan herken. 'n Verdere voordeel van hierdie werk is dat die student van meet af kan kennis maak met regs-latyn en die besondere terminologie en grammatika wat daarmee gepaard gaan. Dit het my altyd ietwat dwaas voorgekom om studente die Latyn van Cicero en die ander skrywers uit daardie tydperk, wat as die Goue Eeu van Latyn bekend staan, te leer en hulle dan in hul regstudies met 'n heel ander Latyn (die van byvoorbeeld Gaius en Justinianus) te konfronteer. Die styl, grammatika en inhoud verskil tog hemelsbreed! Die volgorde van die lesse, die manier waarop hulle uiteengesit is, die voorbeelde wat ter verduideliking gebruik word, asook die gradering van die oefeninge kom my weldeurdag en doeltreffend voor. Klaarblyklik het die skrywer ook gepoog om alle onnodige uitsonderings te vermy ('n mens dink hier onwillekeurig aan byvoorbeeld *celo* (verberg) met sy dubbele akkusatief) en die wat wel ingesluit is, is gewoonlik onontbeerlik: 'n voorbeeld hiervan is *manus* (hand of bende) en *domus* (huis) waarvan die geslag vroulik is, terwyl die oorgrote

meerderheid woorde van hierdie verbuiging (die vierde en nie die vyfde verbuiging soos in par 7 9 op bl 31 staan nie) òf manlik òf onsydig is. Ander aspekte van die werk wat my opgeval het, is die woordelyste wat aan die einde ingesluit is en die byvoegsels wat hulle voorafgaan. Wat eersgenoemde betref, was dit veral opvallend dat die skrywer nie die Afrikaanse of Latynse ekwivalent van die betrokke woord in die woorde-lys verskaf nie maar die student telkens verwys na die oefening of les waarin die woord voorgekom het. Dit is na my mening 'n gesonde beginsel om die student sodoende te verplig om die betrokke woord in die verband waarin hy dit oorspronklik gelees het, te hersien. Byvoegsel B sal ook handig te pas kom

vir die student wat graag 'n geheelbeeld van die werkwoord as sodanig wil vorm of dit vir naslaandoeleindes wil gebruik. Die skrywer het dus myns insiens daarin geslaag om 'n nuttige en doeltreffende handboek vir die regstudent op te stel. As egter daaraan gedink word dat slegs dié studente wat nie Latyn op skool geneem het nie, voordeel hieruit sal trek, maar dat hulle in Latyn I heel waarskynlik weer met klassieke Latyn te doen sal kry, kan 'n mens net hoop dat die skrywer die knoop sal deurhak en vir Latyn I ook 'n handboek sal opstel wat by uitstek aan die behoeftes van die regstudent sal voldoen.

DJ PIENAAR  
*Universiteit van Suid-Afrika*

## EEN STUDIE OVER HET PECULIUM IN HET KLASSIEKE ROMEINSE RECHT

deur JJ BRINKHOF

*Krips Repro BV, Meppel, 1978; xiii en 257 bl*

Die werk onder bespreking is 'n proefskrif ingedien by die universiteit van Nijmegen vir die graad van Doctor Iuris. Dit handel oor 'n gebied waaroor in die laaste tyd nie juis baie literatuur verskyn het nie. Dit is 'n verdere rede om hierdie proefskrif te verwelkom. Dit handel oor die *peculium* in die klassieke Romeinse reg van die afhanklike (in besonder die slaaf) en dus, by die eerste oogopslag, lyk dit asof 'n onderwerp soos hierdie nie juis in die moderne tyd van betekenis kan wees nie; nog meer so, omdat die Romeinse reg, in besonder aan die universiteite, maar bra ongewild raak. Ek wil egter hier die woorde van die skrywer wat in sy "Woord Vooraf" (bl IX, X) voorkom betreklik uitvoerig aanhaal en dan graag my heelhartige instemming daarmee betuig:

"Onder degenen die zich tegen het vak Romeins recht in het juridisch curriculum hebben gekant, zijn er namelijk velen die van toeten noch blazen weten. Hun stellingname is erg simpel: iets van

tweeduizend jaar geleden is achterhaald en waardeloos voor de huidige tijd. Aan deze ongereflacteerde opvatting ligt een sterk, onuitgesproken, vooruitgangsgeloof ten grondslag: wij, twintigste-eeuwers, hebben geen boodschap aan het 'primitieve' Romeins recht; ons recht heeft niets meer met dat recht van doen. . . . Het verzet liet mij in ieder geval niet onaangeroerd. De onvermijdelijke vraag: waar ben ik mee bezig?, stelde ik vaker en een bevredigend antwoord werd moeizamer gevonden. . . . Ik denk . . . dat er nog genoeg juristen zijn die inzien, dat het Romeins recht niet alleen een van de belangrijkste culturele schatten uit de oudheid is en uit dien hoofde het bestuderen alleszins waard, maar dat het ook structuur en methodes van het juridisch denken heeft bepaald en daarom onmisbaar is. Voor elke wetenschap immers blijft het een levensnoodzaak de fundamentele telkens opnieuw grondig te inspecteren. Daar is vastgelegd wat de mogelijkheden en onmogelijkheden zijn van het erop gebouwde systeem. Ook voor de variabelen en constanten in het recht kan het inzicht slechts vergroten."

Die instelling van peculium is iets wat selfs vandag (*mutatis mutandis*) voorkom. In die vroeë tyd het dit voorgekom dat die afhanklike (die slaaf, die *filiius familias*) goed het om daarmee te maak soos hy wil. Dit had geen wesentlike juridiese betekenis nie. So 'n slaaf was, per slot van sake, die eiendom van sy meester en wat hy "het," is natuurlik juridies die goed van sy meester. Net so, in die moderne tyd, "het" 'n kind sy speelgoed en 'n hond "het" byvoorbeeld sy waterbak of 'n bal om daarmee te speel. Juridies het dit natuurlik weinig betekenis.

Wat die afhanklike in die vroeëre tyd betref, ontwikkel die toestand egter op 'n ander manier. In die eerste plek, die slaaf (of die *filiius familias*) is 'n mens met dieselfde moontlikhede as die normale vry persoon (en in sekere gevalle nog meer so). Hy kan dus ook aan die handels- en regsverkeer deelneem. Die gevolg is dat 'n peculium aan hom gegee word en die doel daarvan is dat hy dit moet gebruik en daarmee handel en dit (so word gehoop) op hierdie manier vergroot. Die voordeel kom in beginsel aan sy pater of dominus toe. Dit spreek amper vanself dat die reg in sulke omstandighede op 'n gegewe moment van die werklikheid kennis moet neem en die peculium inpas binne die gebied van regsverskynsels.

Die ou *ius civile* het dit dan reeds gedoen en die basiese beginsel gehandhaaf, naamlik dat die peculium aan die meester behoort. As die slaaf daarmee handel, tree die volgende basiese reël in: Die reg erken sy vermoë om op te tree en regshandelinge (nie almal nie) aan te gaan, soos om 'n kontrak te sluit, eiendomsreg te ontvang of oor te dra; maar dan is die uitgangspunt verder dat die optrede van die afhanklike die posisie van die pater of dominus kan verbeter (hy kan dus regte vir laasgenoemde verwerf), maar nie die posisie verswaar nie (die pater of dominus verloor geen regte of word nie onder 'n verpligting gestel as gevolg van sodanige optrede van die afhanklike nie).

Dat dit 'n onbevredigende toestand was, spreek vanself. Niemand sou, in

die normale geval, met so 'n afhanklike regshandelinge aangaan nie. Dit is dus 'n toestand strydig met die behoeftes van die maatskappy. En dit is dan wanneer die praetor ingegryp het en *ius honorarium* geskep het om die probleem uit te stryk en die toestand op 'n bevredigende basis te stel. Deur middel van sy edikte skep die praetor aksie waarmee die pater of dominus aanspreeklik gehou word vir die optrede van sy afhanklike in sekere bepaalde gevalle.

Die skrywer se uitgangspunt is die peculium en die regsposisie daarvan. Die kern van die werk is dus 'n bespreking van die peculium en die aksie wat in besonder daarmee verband hou, naamlik die *actio de peculio* (et de in rem verso); wat die inhoud van die peculium is, wat die afhanklike daarmee kan doen en wat die regte van die pater of dominus is. Die skrywer analiseer die bronne en die uitvoerige literatuur en kom tot eie gevolgtrekkings. Kortliks kan dit gestel word dat die pater of dominus met die aksie verantwoordelik gehou word vir die optrede (binne bepaalde gebiede – *libera peculii administratio*) van die afhanklike met die peculium wat gevolg het dat verpligtinge deur die afhanklike onderneem word; maar die aanspreeklikheid is beperk tot die omvang van die peculium en soveel as wat deur die afhanklike in belang van die pater of dominus bestee is. In die praktyk beteken dit dus dat die peculium 'n afsonderlike vermoë vorm, los van die vermoë van die pater of dominus; en oor daardie peculium het die afhanklike sekere bevoegdhede. Die posisie, in sy geheel, toon dus 'n aansienlike gelykenis met die hedendaagse maatskappy met beperkte aanspreeklikheid en kan in sekere opsigte as 'n model daarvan gesien word. Dit is egter nie 'n skepping van die wetgewer nie, maar is 'n produk van die werksaamhede van die praetor en van die Romeinse juriste wat met hulle praktiese kennis van die maatskaplike lewe en hulle praktiese benadering tot die reg hierdie "maatskappyreg" op 'n gesonde en praktiese basis daargestel het.

Die boek is een wat 'n leserskring

verdien wat buite die kring van Romaniste en regshistorici gaan. Daar moet ook genoem word dat 'n wetenskaplike metode gevolg is wat meer aanpas by die moderne beoefening van die Romeinse reg. Daar word na die bronne gekyk op 'n kritiese en analitiese ma-

nier, maar sonder die oordrewe nadruk op die soek na interpolasies wat vroeër die metode was. Kortom, dit is 'n werk wat ten minste in elke regsbiblioteek behoort te staan.

P VAN WARMELO  
*Universiteit van Suid-Afrika*

## VERRUIMING VAN DE GRENZEN VAN DE RECHTSGESCHIEDENIS

Uitgegeë deur die Nederlands Centrum voor Rechtshistorische Documentatie  
*Amsterdam, 1978; prys nie vermeld nie*

Hierdie werk bevat 'n versameling voordragte wat gehou is by 'n byeenkoms van Belgiese en Nederlandse regshistorici, ter geleentheid van die tienjarige bestaan van die *Nederlands Centrum voor Rechtshistorische Documentatie*, om gedagtes te wissel oor die tema "Verruiming van die Grenzen van de Rechtsgeschiedenis." Soos in die voorwoord aangedui, word daar in die voordragte geen definitiewe beskouing oor 'n stuk regsgeskiedenis nie maar eerder "richtingwyzers" gegee.

In die openingsrede van professor H van den Brink, voorsitter van die bestuur van die *Centrum*, word 'n oorsig van die geskiedenis en werksaamhede van die *Centrum* gegee waarvan die Suid-Afrikaanse navorser wat hom besig hou met regshistoriese studie met groot vrug kan kennis neem.

Die tema self word ingelui met 'n prikkelende rede deur professor mr O Moorman van Kappen wat o a wys op die agterstand van die 19e- en 20e-eeuse regsgeskiedenis en die oorsake daarvan. Wat betref die ouere regsgeskiedenis word gewys op die grensverruimende ontwikkelinge ten aansien van die aard van die kenbronnemateriaal (die nuwe waardering vir ander bronne as bloot die tradisionele regsgeskiedkundige bronne) soos literêre bronne, afbeeldinge en voorwerpe van allerlei aard, sages en legendes, sprokies, liedere, volksgebruike, geloof en bygeloof. Die veranderde metodiek van die regshistoriese ondersoek waarby hulpmiddele van die moderne tegniek

soos die mikrofilm en selfs die rekenaar in toenemende mate 'n rol begin speel, word ook genoem en hy sluit af met 'n kort woord oor die internasionale en interdisiplinêre karakter van die regshistoriese ondersoek asook 'n kort opmerking oor "die al te vaak oprijzende barrières voor de schatkamer van die rechtshistorie" en "anti-verruimings-tendenzen."

Die res van die voordragte wat uit die aard van die saak nie elk hier bespreek kan word nie, is die volgende:

"Thesaurus, Hulpmiddel en Schatkamer": BJM Asberg-Schermer; "De Wenselijkheid en de Mogelijkheid om een Glossarium Samen te Stellen van de Oude Franse Rechtstermen uit de Zuidelijke Nederlanden": G van Dievoet; "Rechtsarcheologie": L Th Maes; "Andere dan Juridische Bronnen in Theorie en Praktijk": GCJJ van den Bergh; "De Huidige Stand van het Onderzoek betreffende de Evolutie van het Privaatrecht in België in de Negentiende Eeuw": Ph Godding; "Onderzoek naar de Ontwikkeling van het Nederlandse Privaatrecht in de Negentiende Eeuw": HW Heyman; en "Enkele Opmerkingen over Negentiende-eeuwse Staatsrechtsgeschiedenis": SE van Holk.

Die Suid-Afrikaanse regshistorikus sal in hierdie versameling beslis 'n rykdom van gegewens vind wat hom sal interesseer.

FRANCIS BOSMAN  
*Universiteit van Suid-Afrika*

# Briewe

Mr Alan de Kock of 201 Chartwell Park Drive, Port Elizabeth, writes:

I have read with great interest the note on "Status en Kontrak in die Suid-Afrikaanse Arbeidsreg" in your February issue and would like to submit the following comments.

These academic discussions are of considerable value in focussing attention upon attitudes which may have become obsolete and in suggesting new approaches towards old concepts. In the note referred to above, the writer draws attention to judicial attitudes towards the contract of service which attitudes, he feels, place too much emphasis on that contract and not enough on the collective labour relationship ("kollektiewe arbeidsverhouding").

I don't wish to enter into the academic discussion on this point but merely to draw attention to certain practical aspects which may, perhaps, not have received sufficient attention or be sufficiently realised.

In the note the writer states:

"In die moderne arbeidsverhouding bly daar weinig oor ten opsigte waarvan individuele partye kan beding, aangesien kollektiewe bedinging op nywerheids- of ondernemingsvlak lei tot 'n normatiewe reëling van die arbeidsverhouding in die afwesigheid van statutêre voorskrifte."

While this assertion may be true in respect of quite a large range of conditions of employment usually covered by wage regulating measures and/or statutes such as the Factories Act and its regulations, it may, perhaps, not be realised in academic circles how many items are still covered in individual con-

tracts of service and by the common law.

I refer to items such as the right of search; the right of an employer to require employees to work overtime (highlighted in *R v Canqan* 1956 3 SA 366 (E)); grievance procedures; the rules governing the appointment, duties and privileges of shop stewards; the designation of safety zones and a large number of "shop rules." These provisions, of which the above are only a few examples, are many and varied and are, in the main, not covered either by wage regulating measures or statute. They are also necessary and it would be difficult to run a big factory without them.

Then there is another group of conditions, not so numerous but most important from the point of view of collective bargaining. These are those that are known as employer or employee prerogatives and are jealously guarded – especially in the United States where the tendency is to legislate less (on conditions of employment) and to leave more for collective bargaining. The classic example is the speed of the assembly line – the regulation of which is an employer prerogative. There are, of course, others, but I do not wish to labour the point which is, briefly, that the service contract still plays a very important part in the field of labour relations.

It would be a sad day if the common law were to be completely superseded by direct or delegated legislation. In this connection it is reassuring to see that some common law concepts are, as it were, preserved by wage regulating

measures eg the summary termination of contract "for any cause recognised by law as sufficient." It might be noted, also, that the word "law" is defined in the Shops and Offices Act and in wage determinations to include the common law.

Finally, many wage regulating mea-

asures provide that they cover only employees for whom wages are prescribed or who are in receipt of wages below a certain ceiling.

Service contracts and the common law still, therefore, have an important role to play.

*To serve its highest aims, a legal system must have the stability and predictability essential to security, order, and evenhanded justice. If it is to continue even for generations, and the more clearly if it is to survive still longer, it must also have flexibility to change and ability to grow with the institutions and society it serves — the capacity, in short, to renew itself.*

*Robert E Keeton Venturing to do Justice v*



# Lebwohl Willem!

Negentien jaar gelede, in sy vier en twintigste bestaansjaar, het die *Tydskrif* sy eerste wisseling van redakteurs beleef. Teen daardie tyd was die *Tydskrif* deur die liefdevolle versorging en volgehoue promosie van professor Daan Pont, reeds gevestig as dié regs wetenskaplike tydskrif van Suid-Afrika; 'n tydskrif wat nóg deur die teoretikus nóg deur die praktisyn geneeër kon word, en wat ook in die buiteland 'n wye leserskring opgebou het. Die onbenydenswaardige taak om professor Pont se redakteurstoel te vul, is toe aan Willem Joubert opgedra.

Vandag, amper twee dekades later, kan sonder oordrywing gesê word dat Willem Joubert uitmuntend in sy taak geslaag het. Hy het aan die *Tydskrif* wat destyds reeds hoog aangeskryf gestaan het, 'n nuwe relevansie gegee. Naas die tradisionele, regshistoriese bydraes, het hy in die *Tydskrif* ook plek gemaak vir 'n wye spektrum onderwerpe uit die "jonger" gebiede van die regs wetenskap. Op hierdie wyse kon die *Tydskrif* 'n impetus verleen aan die regs geleerde dialoog rondom die staatkundige en ander strydpunte van die sestiger- en sewentigerjare, terwyl hy tegelykertyd, en in 'n toenemende mate, 'n konstruktiewe invloed op die regs wetenskap en -praktyk uitgeoefen het. Blyke hiervan is te vind in die talle verwysings in handboeke en in appèlhof- en ander uitsprake na standpunte wat die eerste keer in die *Tydskrif* bekend gestel is.

Ook wat voorkoms en vorm betref, het professor Joubert sy stempel op die *Tydskrif* afgedruk. Die "vrolike" blou omslag (dit was nog professor Pont se keuse en beskrywing) het vereers plek gemaak vir 'n ietwat onrustige geel, totdat die keuse op die huidige vier jaargetykleure geval het. Benewens kleiner innovasies soos 'n nuwe rubriek "aantekeninge" en artikelopsommings in die ander amptelike taal, was die ingrypendste verandering wat deur professor Joubert aangebring is, seker die invoering van 'n nuwe skryf- en drukstyl gedurende 1971 (sien 1971 *THRHR* 215). Onnodige leestekens (veral die onelegante ophoping van punte by die afgekorte vonnisverwysings) is weggelaat, die gebruik van hoofletters is tot die allernoodsaaklikste minimum beperk, vereenvoudigde vorme van alledaagse afkortings is voorgeskryf, die gebruik van aanhalingstekens en kursiefdruk is gerasionaliseer, en so meer. Die resultaat was 'n esteties bevredigende "skoon" voorkoms, wat weliswaar nie sonder slag of stoot deur die tradisioneel konserwatiewe juristebroederskap aanvaar is nie, maar wat intussen in 'n minder of meerdere mate deur elke regspublikasie in die land (selfs ook in handboeke en die vonnisverslae) nagevolg is. (Ons "ouer suster," die *SALJ*, het onafhanklik van, maar ongeveer dieselfde tyd as die *Tydskrif*, ook met 'n nuwe huisstyl begin eksperimenteer.)

Van professor Joubert kan 'n mens nie afskeid neem sonder om ook iets van hom as *mens* te sê nie. Woorde is egter ontoereikend om so 'n groot, komplekse persoonlikheid te beskryf. Woorde wat in 'n mens se gedagte opkom, is woorde soos: leier, onkonvensionele denker, vernuwer, besieler, lojale vriend. En dan, na baie jare, ontdek 'n mens onder die imposante uiterlike ook nog 'n deernisvolle menslikheid.

Professor Joubert het diep spore in ons regsweese getrap. Dit is paslik dat *LAWSA*, die monumentale werk wat sy skeppingsvermoë al meer in beslag neem, as 'n hoogtepunt op sy lang, vrugbare loopbaan gekom het. Dit is vir my 'n eer om hom te kan opvolg as redakteur van die *Tydskrif*.

Graag wil ek ook hulde bring aan die vader van die *Tydskrif*, professor Daan Pont. Sy ouwêreldse wellewendheid en rype wysheid het groot indruk op my gemaak gedurende die vyf jaar wat ek bevoorreg was om as jong akademikus by Fort Hare onder sy leiding te werk.

Aan my twee voorgangers bid ek die Here se rykste seën toe.

DAAN VAN RENSBURG

*Law wraps up all man's customs, from tribal times to the present, in the term "common law." It's the mirror of man's history. Nowhere else are there reflected such pictures of his desires, his hopes, his loves, his family, his conquests, his property, and even his ideals.*

*Melvin M Belli Ready for the Plaintiff 3*

# Causa in die kontraktereg

JC Stassen

*BIuris LLM*

*Universiteit van Suid-Afrika*

## SUMMARY

- Four meanings of the word *causa* may be distinguished in Roman law of contract:
- 1 *causa civilis* – the constitutive element required by Roman law for an agreement to be actionable;
  - 2 *causa promittendi* – the reason(s) for the promisor's undertaking contained in a stipulation;
  - 3 *turpis causa* – the unlawful object of an agreement;
  - 4 *causa* in the sense of the motive of a party for entering into an agreement.

If the agreement did not fall under one of the categories of contracts that were actionable *ex iure civile* no *causa civilis* was present and the agreement was unenforceable. *Causa promittendi* was only relevant in connection with stipulations. A stipulation was actionable because of its form – the form was the *causa civilis* of the stipulation – but the absence or failure of a *causa promittendi* was a defence available to the promisor. Any agreement made *ex turpi causa* was void *ab initio*, while the motive of a person for entering into a contract had no effect on the contract.

In present-day French and Dutch law the presence of a *causa* is required as a constitutive element in respect of all contracts. In these legal systems follow the views of the Canonists who substituted the requirement of consensus for the formal *causae civiles* of the Roman law but simultaneously changed *iusta causa promittendi* from a factor the absence of which rendered stipulations voidable to a requisite the presence of which is necessary for the coming into existence of all contracts.

Both De Groot and Voet discuss *causa* not as a material requirement in respect of all contracts but only in connection with accessory agreements. These accessory agreements which in Roman law could only be made actionable by means of a stipulation, fulfil the function of changing, adding to or strengthening an obligation arising from another agreement (or other source of obligation).

An analysis of De Groot's discussion of the law of contract shows that De Groot still distinguished the four categories of enforceable contracts recognized by Roman law. He still provided for express oral and written agreements and treated them as the equivalents of the (degenerated) oral stipulation and the *litterarum obligatio* of the later Roman law. These *stricti iuris* forms of agreement had to be strictly interpreted – the parties were bound according to the exact words used in formulating the contents of their agreement. Accordingly De Groot perceived of the need to allow equitable relief to the promisor and provided that the absence of a “redelicke oorzaak” renders the “uitdruckelicke toezegging” voidable.

The requirement of a *causa* as a constitutive element for all contracts would overlap with the accepted requirements of consensus, possibility of performance and lawfulness and would therefore be mere surplusage.

With the demise of the Roman law concept of a closed system of contracts and the acceptance by Voet and our positive law that any agreement entered into with serious and deliberate intent gives rise to an action, the accessory agreements which formerly had to be made by formal stipulation have become consensual agreements. As a result a party to such an agreement can no longer be held liable *stricti iuris*. Tacit terms in the form of conditions and/or assumptions relating to the reason for a contractual promise which forms part of the agreement must be taken into account when establishing the

obligations of the parties. It would therefore seem unnecessary to afford a party to an accessory contract an equitable remedy in the form of the *exceptio doli generalis* based on defectiveness of the *causa promittendi* since this *causa* would *ipso facto* form part of the actual agreement.

## I

Die vereiste van *iusta causa* met betrekking tot eiendomsoorgang het betreklik onlangs weer in die Suid-Afrikaanse regsletteratuur ter sprake gekom.<sup>1</sup> Die vraag na die betekenis van die begrip *iusta causa* of redelike oorsaak in die kontraktereg is daarenteen in 1922 laas in die monografie van Kotzé<sup>2</sup> indringend ondersoek.

Uit die Suid-Afrikaanse literatuur wat oor hierdie onderwerp handel, blyk 'n gebrek aan eenstemmigheid oor sowel die inhoud as die bestaansreg van die oorsaakvereiste. Kotzé lewer 'n pleidooi vir die behoud van *iusta causa* as 'n noodsaaklike vereiste vir die totstandkoming van 'n afdwingbare kontrak<sup>3</sup> en definieer dit as "a valid or lawful ground or reason for the agreement between the parties."<sup>4</sup> Wessels twyfel aan die nut van *causa* as 'n adisionele geldigheidsvereiste, maar is van mening dat aangesien die gemeenregtelike skrywers die vereiste stel, "it seems hazardous at present to say that a reasonable cause is not one of the requisites of a valid contract."<sup>5</sup> De Wet en Yeats se standpunt daarenteen is kort en kragtig:

"Dit alles maak dit nog nie nodig om redelike oorsaak of, juister gestel, geoorloofde oorsaak as 'n selfstandige vereiste vir die geldigheid van 'n ooreenkoms te noem nie, want dit vorm maar 'n onderdeel van die breëre vereiste dat die ooreenkoms 'n geoorloofde moet wees."<sup>6</sup>

Die Ceylonese juris Weeramantry laat hom soos volg oor die bestaansreg van die *causa*-vereiste uit:

"The modern Roman-Dutch law must sooner or later come to grips with the task long foreshadowed by its jurists, of reaching a decision on the future of this problem concept. If worthy of continuance it is entitled to a permanent place in our legal system, but if not, neither sentiment nor tradition should stand in the way of its total abandonment."<sup>7</sup>

Die onsekerheid oor die funksie en bestaansreg van die oorsaakvereiste is in 'n mate te wyte aan die veelheid van betekenis waartoe die woord *causa* homself leen.<sup>8</sup> Ten einde 'n weg deur hierdie verwarring te vind, is dit derhalwe noodsaaklik om te let op die verskillende betekenis wat *causa* in

<sup>1</sup>Pugsley "Was *Justa Causa* Necessary for *Traditio* in Roman Law?" 1974 *THRHR* 13; Pugsley "*Justa Causa* and *Traditio*" 1975 *THRHR* 323.

<sup>2</sup>Kotzé *Causa in the Roman and Roman-Dutch Law of Contract* (1922).

<sup>3</sup>60.

<sup>4</sup>26.

<sup>5</sup>*The Law of Contract in South Africa* 2e uitg redaksioneel versorg deur Roberts (1951) I 20 § 71 72. Sien ook 111-112.

<sup>6</sup>*Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* 3e uitg (1964) 78. In die vierde uitgawe (1978) word daar nie in besonder op die betekenis van redelike oorsaak ingegaan nie. Die vierde uitgawe word gesitêr as De Wet en Van Wyk.

<sup>7</sup>*The Law of Contracts* (1967) 254.

<sup>8</sup>Vgl bv Simpson *Cassell's New Latin Dictionary* 5e uitg 95 sv *causa*; Kotzé 2 vn 4; Hartogh *De Oorzaak van Overeenkomst en Schuldbekentenis Historisch Beschouwd* (1907) 1-2 5 vn 2.

die kontraktereg kan hê en op die wyse waarop hierdie woord in die Romeinse reg gebruik en deur latere juriste geïnterpreteer is. Eers daarna kan die vraag of die vereiste nog in die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg 'n rol te vervul het aan die orde gestel word.

## II

Dit is welbekend dat die Romeinse reg nie wilsooreenstemming as algemene grondslag van kontraktuele aanspreeklikheid erken het nie. 'n Ooreenkoms tussen twee persone is 'n pactum of conventio genoem. So 'n ooreenkoms het slegs verbintenisskeppende werking ex iure civile gehad indien dit in een van die kategorieë ooreenkomste geval het wat kragtens die regsorde 'n actio fundeer het.<sup>9</sup> Hierdie ooreenkomste is contractus genoem om dit van die blote pacta te onderskei en is onderverdeel in die kategorieë contractus verbis, litteris, re (nominatis en innominatis) en consensu.<sup>10</sup> Met verloop van tyd het ander pacta verbintenisskeppende werking verkry alhoewel hulle nog steeds as pacta, en nie as contractus nie, bekend gestaan het. Dit was die sogenaamde pacta vestita wat weer onderverdeel is in pacta adiecta, praetoria en legitima.<sup>11</sup>

Die beginsel dat daar nie op grond van pacta wat nie in een van hierdie kategorieë geval het nie (die sogenaamde nuda pacta) ageer kan word nie, word soos volg deur Ulpianus weergegee:

“Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.”<sup>12</sup>

Die element wat vereis is alvorens 'n ooreenkoms afgedwing kon word, staan bekend as causa civilis.<sup>13</sup> Die belangrikheid van causa in hierdie sin het afgeneem namate die streng formalisme van die ius civile versag is om tred te hou met die sosiale en ekonomiese ontwikkeling van die Romeinse samelewing. In hierdie proses het die verslapping of degenerasie van die stipulasie 'n belangrike rol gespeel.

Die stipulasie was by uitstek die metode waardeur enige ooreenkoms wat nie onder bogenoemde kategorieë contractus of pacta vestita geval het nie, met verbintenisskeppende gevolge gesluit kon word. Aanvanklik is die formele uitspraak deur die skuldeiser van voorgeskrewe woorde in die vorm van 'n vraag gevolg deur 'n ooreenstemmende antwoord van die skuldenaar as vereiste gestel. Reeds in die klassieke tydperk het die stipulasie in 'n groot mate sy formele aard verloor en was dit nie meer nodig om van bepaalde, plegtige woorde gebruik te maak nie, mits die skuldeiser en die skuldenaar

<sup>9</sup>D 2 14 1 3; Kotzé 3; Wessels en Roberts I 7-8; Moyle *Imperatoris Iustiniani Institutionem libri quattuor* 5e uitg (1931) 393.

<sup>10</sup>Gaius *Inst* 3 89; 3 13 2. Vgl Kaser *Roman Private Law* (1965) (vertaal deur Dannenbring) 163-164; Moyle 393.

<sup>11</sup>Kotzé 7.

<sup>12</sup>D 2 14 7 4.

<sup>13</sup>Sien Kotzé 4-5; Lorenzen “Causa and Consideration in the Law of Contracts” 1919 *Yale LJ* 621 625 vn 22. Die term causa civilis word slegs op een plek in die *Corpus Iuris Civilis* aangetref, t.w. in D 15 1 49 2 waar Pomponius die sinsnede “ex causa civilis computandum est” gebruik, klaarblyklik met verwysing na die bron waaruit 'n verbintenis volgens die ius civilis ontstaan. Vgl D 2 2 3 7 waar die term causa naturalis gebruik word in die sin van 'n bron van 'n natuurlike verbintenis.

maar dieselfde woorde, en veral dieselfde werkwoord, gebruik het.<sup>14</sup> Uit hierdie basiese vereiste is drie ondergeskikte vereistes afgelei, te wete die fisiese vermoë van die partye om te hoor en te praat, hul teenwoordigheid (praesentia) en unitas actus.<sup>15</sup>

In die na-klassieke tydperk is die vereistes ten opsigte van stipulasies verder verslap deur twee edikte. Kragtens 'n constitutio van keiser Leo was alle stipulasies geldig ongeag welke woorde gebruik is.<sup>16</sup> In 531 nC kondig Justinianus wetgewing af wat daarop gemik is om geskille met betrekking tot stipulasies waarvan 'n skriftelike cautio opgemaak is, uit te skakel.<sup>17</sup> Die uiteindelijke gevolg van hierdie wysiginge was dat elke ooreenkoms wat aangegaan is met die bedoeling om regsgevolge teweeg te bring 'n aksie ex contractu fundeer het. Die blote ooreenkoms (nudum pactum) het dus 'n bron van verbintenis (causa obligandi) geword sonder dat 'n bykomende causa civilis vereis is,<sup>18</sup> behalwe in die uitsonderingsgevalle waar formaliteitsvoorskrifte vir sekere kontraksoorte gestel is. Volgens sommige Romaniste is hierdie resultaat reeds in die tyd van Justinianus bereik,<sup>19</sup> maar die korrekte standpunt is waarskynlik dat die Romeinse reg nooit met alle formele vereistes weggedoen het nie.<sup>20</sup>

Met betrekking tot die kontrakte wat deur formele handelinge tot

<sup>14</sup>Gaius *Inst* 3 92, 93; Van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* 3e druk (1948) 201.

<sup>15</sup>Sien Riccobono *Stipulation and the Theory of Contract* vertaal en geannoteer deur Wylie en Beinart (1957) 32-40 oor hierdie vereistes.

<sup>16</sup>C 8 38 10.

<sup>17</sup>C 8 38 14.

<sup>18</sup>Die term causa obligandi word oa gebruik deur Wessels en Roberts I 111 e v; Kaser *Das römische Privatrecht Zweiter Abschnitt Die nachklassischen Entwicklungen* (1959) 276. Wessels en Roberts maak egter geen onderskeid tussen causa obligandi, causa civilis en causa debendi nie, en gebruik eersgenoemde term vir al hierdie begrippe. Mi behoort die term causa obligandi slegs gebruik te word om contractus as bron van 'n verbintenis aan te dui. Vgl *D* 44 7 1 pr: "Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut maleficio aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris." Alvorens 'n contractus egter kragtens die ius civilis tot stand kon kom, moes daar 'n causa civilis aanwesig wees, behalwe in die geval van die konsensuele kontrakte. sien hieronder by vn 30.

<sup>19</sup>Vgl by Riccobono 204: "... [T]he form of the stipulation having now vanished . . . every bare pact is productive of an action;" 216.

<sup>20</sup>Sien Van Oven 218. Hoewel enige woorde wat die bedoeling van die partye uitdruk, gebruik kon word om 'n geldige stipulasie te maak, is nog steeds vereis dat die woorde mondeling inter praesentes uitgespreek word. Dit blyk daaruit dat *D* 45 1 1 2 ooreenkomstig Leo se constitutio gewysig is om "quid ni" as antwoord op die vraag "dabis?" te magtig, maar nie 'n blote hoofknik nie. Riccobono 92-93 heg baie waarde aan *C* 3 38 14 as bewys van die verval van formele vereistes. Hierdie stuk wetgewing doen wel (vir alle praktiese doeleindes) weg met die vereiste dat woorde inter praesentes uitgespreek moet word, maar stel nuwe formele vereistes t w dat die ooreenkoms in 'n skriftelike stuk beliggaam word en sekere verklarings bevat. Scott *Corpus Iuris Civilis* bd 12-14 (1973) 293 se vertaling van "sive adscriptus . . . dicitur pertinere" met "whether they set forth that they were drawn up by slaves, who were said to belong to certain persons, or not . . ." is foutief aangesien die sinsnede slegs een "sive" bevat. Vgl Wylie se vertaling in Riccobono 55-56 vn 1 en sien Simpson 558 sv sive. Die betrokke constitutio doen dus nie af aan die (verslapte) formele vereistes vir 'n stipulasie nie, maar roep 'n nuwe kategorie contractus in die lewe - die "nuwe" obligatio litteris van *Inst* 3 21. In die afwesigheid van enige reëling daaromtrent moet aangeneem word dat indien die genoemde verklarings nie in die skrif vervat is nie, die cautio soos vantevore slegs as bewys van die mondelinge stipulasie gedien het.

stand gekom het, is causa ook gebruik in die sin van causa promittendi – die rede waarom die verbintenis aangegaan is. Die skuldenaar wat 'n stipulasie aangegaan het, was aanvanklik aanspreeklik volgens die inhoud van die stipulasie en kon dus nie die verweer opper dat die causa promittendi afwesig was of verval het nie, tensy sy verpligting in die stipulasie self onderworpe gestel is aan die bestaan of verwesenliking van sodanige causa.<sup>21</sup> Die praetor laat egter reeds in 'n vroeë stadium toe dat 'n exceptio doli teen 'n actio ex stipulatu geopper word<sup>22</sup> en dit het, onder andere, tot gevolg dat 'n verweer ook op 'n causa promittendi wat nie in die stipulasie vervat is nie, gebaseer kan word.<sup>23</sup> Die verskil tussen causa civilis en causa promittendi blyk duidelik uit die tekste. Die vorm van 'n stipulasie was 'n causa civilis wat die promissor kragtens die ius civile verbind het selfs by gebrek aan 'n iusta causa promittendi, maar laasgenoemde omstandigheid het die skuldenaar kragtens die ius honorarium bevry. Die aanwesigheid van 'n causa civilis was 'n vereiste vir die totstandkoming van 'n verbintenis en moes dus deur die skuldeiser bewys word,<sup>25</sup> terwyl die afwesigheid van 'n causa promittendi 'n vernietigingsgrond was ten opsigte waarvan die skuldenaar die bewyslas gedra het.<sup>26</sup> In 'n later stadium kon die promissor selfs voordat hy deur die stipulator aangespreek is, die *condictio sine causa* (generalis) instel om van die verbintenis bevry te word<sup>27</sup> en die skriftelike bewysstuk van die stipulasie, indien een opgestel is, terug te eis.<sup>28</sup>

Benewens die vermelde betekenis is causa in die Romeinse reg ook gebruik om aan te toon dat die stipulasie met 'n ongeoorloofde doel (*ex turpi causa*) aangegaan is, in welke geval dit sonder meer nietig was.<sup>29</sup> Die motief van 'n kontraksparty is ook causa genoem, maar het geen invloed gehad op die geldigheid van 'n verbintenis nie.<sup>30</sup>

### III

Die stelreël “*ex pactione nuda non oritur actio*” word ook by die glossatore en hul navolgers aangetref. Na aanleiding van *Digesta* 4 14 7 4 is causa beskou as die element wat ooreenkomste met aageerbaarheid beklee het: *conventio + causa = contractus*.<sup>31</sup>

<sup>21</sup>Lorenzen 627; Kotzé 12–14; Van Oven 209.

<sup>22</sup>Hierdie hervorming is waarskynlik in 65 vC teweeggebring dm v die edik van Cicero se mede-praetor, Gallus Aquilius: Moyle 496.

<sup>23</sup>dm v die sogenaamde *exceptio doli generalis* wat daarop gebaseer is dat die stipulator ten tyde van *litis contestatio* bedrieglik optree deur op sy vorderingsreg aanspraak te maak. Van Oven 209–211.

<sup>24</sup>Gaius 3 116a: “*Veluti [sic] stipulatus sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeraturus, nec numerauerim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere*” (ek kursiveer). Vgl *Inst* 4 13 2.

<sup>25</sup>*Inst* 2 20 4: “[S]emper necessitas probandi incumbit illi, qui agit;” *D* 22 3 21.

<sup>26</sup>*D* 44 1 1: “[R]eus in exceptione actor est . . .”

<sup>27</sup>*D* 12 7 1 pr; 12 7 3; 39 5 2 3, 4; Van Oven 211–212; De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg* 2e uitg (1971) 30.

<sup>28</sup>*C* 4 9 4.

<sup>29</sup>Sien *Inst* 3 20 24 en vgl *D* 45 1 26, 27.

<sup>30</sup>*D* 12 6 62; 39 5 2 7. Vgl Giffard en Villers *Droit Romain et Ancien Droit Francais: Les Obligations* 3e uitg (1970) 183.

<sup>31</sup>Riccobono 204 ev; Ryan *An Introduction to the Civil Law* (1962); Walton “Cause and

Die kanoniste, daarenteen, het die verbreking van 'n belofte as 'n sonde beskou en gevolglik die afdwingbaarheid van alle ooreenkomste in beginsel aanvaar.<sup>32</sup> Die Romeinsregtelike onderskeid tussen *pacta* en *contractus* is dus verwerp, maar afdwingbaarheid het nogtans uitgebly waar die ooreenkoms aangegaan is sonder die ernstige bedoeling om regsgevolge in die lewte roep of waar die afdwinging van 'n ooreenkoms onbillik sou wees. Die elemente van die kanonieke leerstuk betreffende afdwingbaarheid van ooreenkoms word deur Vinogradoff soos volg opgesom:<sup>33</sup>

“(1) The promise must be intentional.

(2) It is subject to be taken back in consequence of a material change of circumstances.

(3) It must have a reasonable cause, which may consist either in a material equivalent or in moral considerations.

(4) A liberal disposition is to be deemed a sufficient cause in the case of gifts.

(5) Promises to moral persons, to political, learned, or religious bodies are legally valid if they are made for the sake of their moral aims eg for the honour of God, the advancement of learning, assistance of the poor and the like.”

Die kanoniste onderskei dus ook, soos die glossatore, tussen afdwingbare ooreenkomste en ooreenkomste wat onafdwingbaar is as gevolg van die afwesigheid van 'n *causa*. Dit is egter duidelik dat hul *causa*-begrip wesenlik van dié van die glossatore verskil. Die formele *causae civiles* word vervang deur die vereiste van 'n ernstige bedoeling om regsgevolge te bewerkstellig, maar daarbenewens word die aanwesigheid van 'n materiële *causa* as bykomende vereiste gestel. Die afwesigheid van 'n *iusta causa promittendi*, wat in die Romeinse reg slegs 'n vernietigingsgrond was wat deur die skuldenaar bewys moes word, het nou sonder meer die nietigheid van die ooreenkoms tot gevolg.

Hierdie siening is deur Domat en Pothier oorgeneem en het sodoende in die *Code Civil* en die kodes wat daarop gebaseer is, tereggekom.<sup>34</sup> Daarteenoor stel die Duitse *BGB* nie die aanwesigheid van 'n materiële oorsaak as vereiste vir die totstandkoming van 'n afdwingbare ooreenkoms nie.

Consideration in Contracts” 1925 *Law Quarterly Review* 306 313. Die *causa* het gewissel volgens die aard van die kontrak: by die benoemde reële kontrakte was dit die lewering van die saak, by die onbenoemde kontrakte die prestasie, by stipulasie die nakoming van die formele vereistes. Probleme is egter ondervind om die *causa* by die konsensuele kontrakte en die *pacta vestita* te identifiseer. Dit lok die volgende kommentaar van Walton tap uit: “In the consensual contracts, and in the *pacta* – falsely called *vestita* – there is not a rag of a vesture. All that it comes to is that by Roman law certain agreements are actionable, while to certain other agreements actionability is denied. We do not in the least explain this anomaly by saying that in those agreements which are actionable there is a *causa civilis*.” Die *causa civilis* was egter nie, soos Walton ten onregte meen, te vinde in die inhoud van 'n kontrak nie, maar in die aard daarvan. *Pacta adiecta* was dus ageerbaar omdat dit bykomend was tot *bonae fidei*-kontrakte en dus op grond van die goeie trou daarby inbegryp moes word, terwyl die *causa* van die *pacta praetoria* en *legitima* daarin geleë was dat die betrokke geval onder die bepaling van 'n praetor se edik of 'n wet geval het. Ook die konsensuele kontrakte was ageerbaar as gevolg van hul aard omdat hulle sonder verdere vereistes deur die regsorde erken is.

<sup>32</sup>Ryan 37.

<sup>33</sup>“Reason and Conscience in Sixteenth Century Jurisprudence” 1908 *Law Quarterly Review* 373 382.

<sup>34</sup>Hartogh 111–148 178 e.v.



Causa promittendi kom slegs ter sprake waar die skuldenaar wat hom deur middel van 'n "selbständig verpflichtender Vertrag" skriftelik verbind het, hom beroep op § 812 *BGB* en bewys dat hy hom sonder "rechtlicher Grund" verbind het.<sup>35</sup>

#### IV

Die begrippe "redelike oorzaak" en "iusta causa debendi" kom ook ter sprake in ons gemeenregtelike skrywers se behandeling van die Romeins-Hollandse verbintenisreg. De Groot sê byvoorbeeld:

"[Z]oo is . . . verstaen ende gebruikct, dat alle toezegginghen die uit eenighe redelike oorzaecken geschieden . . . recht gaven om te eisschen, of om een eisch af te zetten."<sup>36</sup>

Die Kaapse hooggeregshof het by monde van die hoofregter, lord De Villiers, hieruit afgelei dat die Romeins-Hollandse reg, net soos die Engelse reg, "consideration" as vereiste gestel het vir die afdwingbaarheid van 'n ooreenkoms.<sup>37</sup> In *Rood v Wallach*<sup>38</sup> verwerp die Transvaalse hooggeregshof hierdie standpunt en beslis dat:

"the meaning of the doctrine that a promise to be binding must be based on a reasonable cause or *iusta causa debendi* is that the reason for the promise must be a good and legitimate one and not one contrary to law or morality or public policy."<sup>39</sup>

In Ceylon, waar die Romeins-Hollandse reg ook van toepassing was, is daar in *Lipton v Buchanan*<sup>40</sup> tot die slotsom gekom dat:

"Causa denotes the ground, reason or object of a promise, giving such promise a binding effect in law. It has a much wider meaning than the English term 'consideration,' and comprises the motive or reason for a promise, and also purely moral consideration."

Die strydvraag oor die verband tussen causa en "consideration" is in 1919 beëindig toe die appèlhof in *Conradie v Rossouw* beslis het dat "consideration" nie in ons reg 'n vereiste vir die afdwingbaarheid van ooreenkoms is nie. Ongelukkig is die vraag of "redelike oorsaak" 'n selfstandige vereiste vir die geldigheid van ooreenkoms is, nie finaal beantwoord nie. Waarnemende appèlregter De Villiers is van mening dat *iusta causa* nie 'n selfstandige vereiste vir die totstandkoming van 'n kontrak is nie. Dit beteken nie "ground or reason, but the transaction, *negotium*, *handeling*, out of which the promise arises."<sup>41</sup>

<sup>35</sup>Die betekenis van die causa-vereiste in die Franse, Nederlandse en Duitse regstelsels word hieronder bespreek.

<sup>36</sup>*Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid* redaksioneel bewerk deur Dovring, Fischer en Meijers (1952) 203 (3 1 52). Die begrip kom ook voor by Van der Keessel *Praelectiones Iuris Hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad Iurisprudentiam Hollandicam* versorg en vertaal deur Van Warmelo, Coertze, Gonin en Pont (1967) 4e bd 45. Sien die uitspraak van war De Villiers in *Conradie v Rossouw* 1919 AD 279 313-320 vir ander gemeenregtelike skrywers se gebruik van die begrip.

<sup>37</sup>Sien *Alexander v Perry* 1874 Buch 59; *Malan and Van der Merwe v Secretan Boon & Co Ltd* 1880 Foord 94; *Tradesmen's Benefit Society v Du Preez* 5 SC 269; *M'Tembu v Webster* (1904) 21 SC 323.

<sup>38</sup>1904 TS 187.

<sup>39</sup>211-212 per r Solomon. Vgl die uitspraak van hr Innes 201.

<sup>40</sup>1904 8 Ceylon NLR 49 aangehaal in *Conradie v Rossouw* 303.

<sup>41</sup>323.

Die *causa*-vereiste oorsvleuel dus met die vereistes dat 'n belofte met die ernstige bedoeling om gebonde te wees gemaak moet word en geoorloof moet wees ten einde afdwingbaar te wees.<sup>42</sup> Die ander regters gee nie uitdruklik te kenne of hulle ook hierdie mening toegedaan is nie, maar geneen huldig 'n teenstrydige mening nie.<sup>43</sup> Kotzé beskou dit as

“an individual opinion . . . which . . . has once more obscured the true notion of *causa* as an essential element in the definition of contract, by confusing it with *causa* in the sense of source of obligation.”<sup>44</sup>

Die *iusta causa* wat volgens hom saam met *consensus* die konstitutiewe elemente van 'n kontrak uitmaak<sup>45</sup> is “nothing else than a legally possible, a valid or lawful ground or reason for the agreement between the parties.”<sup>46</sup> In *Kennedy v Steenkamp*<sup>47</sup> is, sonder bespreking, aanvaar dat waarnemende appèlregter De Villiers se siening van *causa* deur die “effektiewe kritiek” van Kotzé uitgeskakel is en dat *causa* beteken “the ground or reason for entering into an obligation.”

Die appèlhof vind dit in die beslissing *Froman v Robertson*<sup>48</sup> onnodig om 'n voorkeur vir òf die standpunt van De Villiers òf dié van Kotzé uit te spreek. Daar word egter aanvaar dat daar volgens ons positiewe reg aan die vereiste van *iusta causa* voldoen word indien die belofte gemaak is met die ernstige bedoeling dat 'n regsgeldige (“lawful”) verbintenis ontstaan en dat (vir doeleindes van die wisselreg) die grond of rede vir die belofte ondersoek moet word ten einde vas te stel of die belofte op *iusta causa* berus.

## V

Om die korrekte betekenis van *iusta causa* vir die Suid-Afrikaanse verbintenisreg vas te stel, is dit nodig om na sommige gemeenregtelike skrywers se opvattinge hieromtrent te verwys. Lord De Villiers,<sup>49</sup> waarnemende appèlregter De Villiers<sup>50</sup> en Kotzé<sup>51</sup> steun al drie op De Groot vir hul uit-

<sup>42</sup>Vgl whr Solomon se parafrase van dié gevolgtrekking (288) en sien (1) 323: “Our law may be said to have moved from the *causa obligandi* to the *causa debendi*, from *causa* in the sense of a particular ground or reason which brought the transaction into the charmed circle of contract to *causa* in the sense of *negotium*,” (2) 314: “To require that a promise made with the intention that it should be accepted should be uit eenige redelike oorzaak, ex *iusta causa debendi*, is the same thing as saying that it should be made in or de *re licita ac honesta* . . . It is not the presence of a *causa* or ground of obligation which is demanded in every contract; it is the absence of illegality which is necessary, whether the illegality be in the *causa* or ground of the obligation or elsewhere,” (3) 322–323: “To go a step further and find in every lawful contract a just or reasonable cause or ground – a cause, because the promise was made *animo se obligandi*, which is said to be just or reasonable because it springs from a lawful contract – is incorrect and apt only to lead to confusion.”

<sup>43</sup>Dit wil wel voorkom asof whr Solomon dit as korrek aanvaar: sien 288. Ar Maasdorp sê bloot (295) dat die Hollandse woord “oorzaak” “signifies motive, or reason, or cause” sonder om daarop uit te brei.

<sup>44</sup>Kotzé 55 en vgl sy kritiek 55–57 61 vn 1.

<sup>45</sup>60.

<sup>46</sup>26.

<sup>47</sup>1936 CPD 113 117.

<sup>48</sup>1971 1 SA 115 (A) 121D–E.

<sup>49</sup>Vgl *M' Tembu v Webster* 334.

<sup>50</sup>*Conradie v Rossouw* 316–318.

<sup>51</sup>28–33.

eenlopende standpunte, maar geeneen van hulle slaag daarin om sy causabeskouing in die juiste perspektief teen die agtergrond van sy verbintenisregstelsel te plaas nie.

De Groot se *Inleidinge* is gebaseer op sowel die natuureg as die positiewe reg.<sup>52</sup> Wat die positiewe reg betref, het hy die Romeinse *ius civile*, veral soos vervat in Justinianus se *Institutiones*, as uitgangspunt geneem. Hoewel hy “ons eigen recht” daarby gevoeg het, erken hy self dat hy nie al die nodige bronne tot sy beskikking gehad het nie.<sup>53</sup> Die sterk Romeinsregtelike inslag is waarneembaar in sy sistemativering van die verbintenisreg in ooreenstemming met die Romeinse stelsel van ’n geslote getal benoemde kontrakte.<sup>54</sup>

“Inschuld” (’n vorderingsreg)<sup>55</sup> ontstaan deur “toezegging” of deur “onevenheid.”<sup>56</sup> “Toezegging” (*promissio*) is dan niks anders nie as ’n aanbod om in ’n regsverhouding met ’n ander te tree.<sup>57</sup> So ’n aanbod skep geen verbintenis alvorens dit aangeneem is nie.<sup>58</sup> De Groot volstaan egter nie daarmee om te sê dat daar wilsooreenstemming en dus ’n afdwingbare kontrak bestaan wanneer ’n “toezegging” aangeneem word nie, maar onderskei tussen toeseggings wat uitdruklik en dié wat deur wetsduiding geskied.<sup>59</sup> Voorts onderskei hy tussen toesegging deur wetsduiding “met overkominge” (*contractus*) en “zonder overkominge.”<sup>60</sup> Onder toesegging deur wetsduiding “met overkominge” bring hy sowel alle konsensuele en benoemde reële kontrakte van die Romeinse reg as enkele nuwe benoemde kontrakte van die Nederlandse reg tuis, terwyl die sogenaamde kwasi-kontrakte onder toesegging deur wetsduiding “zonder overkominge” geklassifiseer word.<sup>61</sup> Die onbenoemde kontrakte beskou hy nie as “overkominge” nie, maar bring hulle tuis onder “handelinghe” wat aanleiding gee tot “inschulden uit onevenheid.”<sup>62</sup> Die gemeenskaplike kenmerk van die benoemde kontrakte (“overkominghe”) wat hul van die onbenoemde kontrakte onderskei, is dat “die overkominghe door het dagelicksch ghebruickt bekomen hebben hare vaste eighenschappen, de welcke oock gehouden werden als uitdruckelick toeghezeit.”<sup>63</sup>

In die lig hiervan is dit duidelik dat wanneer De Groot van “uitdruckelike toezegging” praat, hy sy weergawe van die klassieke Romeinse vier-

<sup>52</sup>*Inleidinge* 3 1 2, 3 ev handel oor “aangeboren wet” (natuureg) en “gegeven wet,” wat ook “burger-wet” (*ius civile*) insluit.

<sup>53</sup>Vgl sy brief aan sy kinders in die uitgawe van Dovring, Fischer en Meijers xxviii-xxviii.

<sup>54</sup>*Inleidinge* 3 6 6, 7.

<sup>55</sup>*Inleidinge* 3 1 1.

<sup>56</sup>*Inleidinge* 3 1 9. In 3 1 7 word “verbintnisse” (*obligatio*) as sinoniem vir “inschuld” gebruik; in 3 1 24 word “verbintnisse” gedefinieer as “een daed van de eene, waer uit voor een ander inschuld ontstaet.”

<sup>57</sup>*Inleidinge* 3 1 10: “Toezegging noemen wy een willighe daed eens mensches waer door hy aen een ander iet belooft, met meninghe dat den ander het zelve aennemen ende daer door op den belover eenig recht zal mogen verkrijgen.” Vgl ook 3 1 12.

<sup>58</sup>*Inleidinge* 3 1 48.

<sup>59</sup>*Inleidinge* 3 1 49.

<sup>60</sup>*Inleidinge* 3 6 1, 2.

<sup>61</sup>Sien *Inleidinge* Appendix I, *Vijfde Tafel*; 3 6; 3 26.

<sup>62</sup>Sien *Inleidinge* 3 31 en vgl Appendix I, *Vijfde Tafel*.

<sup>63</sup>*Inleidinge* 3 31 3 en vgl (minder duidelik) 3 6 10.

ledige verbintenisregstelsiem voltooi.<sup>64</sup> Die uitdruklike toeseegging kan mondeling of deur skrif geskied en is die ekwivalent van die mondelinge stipulasie<sup>65</sup> en die litterarum obligatio van Justinianus se *Institutiones*.<sup>66</sup>

Hierdie onderskeid tussen uitdruklike toeseegging en toeseegging deur wetsduiding is van wesenlike belang vir De Groot se causa-begrip. Wanneer De Groot sê dat verbintenisse “die spruiten uit een oneerlijcke oorzaeck ofte inzicht” nietig is,<sup>67</sup> stel hy ’n algemene beginsel daar vir alle verbintenisse ongeag of dit ontstaan as gevolg van ’n toeseegging deur wetsduiding, ’n uitdruklike toeseegging of selfs ’n onbenoemde kontrak of kwasi-kontraktuele verhouding.<sup>68</sup> Die “oneerlijcke oorzaeck” is dan die turpis causa van die Romeinse reg – ’n skandelike oorsaak of oorsaak wat ongeoorloof is volgens die reg of goeie sedes.<sup>69</sup> As sodanig is die reël dat ’n verbintenis met ’n “oneerlijcke oorzaeck” nietig is, slegs ’n onderdeel van die breëre vereiste dat verbintenisse (lees vir ons hedendaagse reg “ooreenkomste”) geoorloof moet wees.<sup>70</sup> Die “redelike oorzaeck” wat aanwesig moet wees sodat toeseegginge “recht gaven om te eisschen, of om een eisch af te zetten”<sup>71</sup> is egter nie bloot die teenoorgestelde van “oneerlijcke oorzaeck” nie. ’n Redelike oorsaak word naamlik net vereis by uitdruklike toeseegginge;<sup>72</sup> by toeseegginge deur wetsduiding en by die onbenoemde kontrakte is daar geen sprake van nie.

’n Redelike oorsaak is aanwesig wanneer “die toezegging ofte belofte geschied ter schenck of dient tot eenige andere handeling.”<sup>73</sup> Onder “handeling” verstaan De Groot benoemde én onbenoemde kontrakte.<sup>74</sup> ’n Uitdruklike toeseegging moet dus betrekking hê op (“dient tot”) ’n skenkingskontrak óf ’n ander benoemde of onbenoemde kontrak deurdat dit “geschied of tot verstercking van die ghewoonelicke rechten tot de handeling behoorende; of om iet daer buiten te bevoorwaarden.”<sup>75</sup>

Die redelike oorsaak-vereiste wat vir uitdruklike toeseeggings gestel word, hang saam met die plek wat die uitdruklike toeseegging in De Groot se verbintenisregstelsiem beklee. Die oorgrote meerderheid van verbintenis-

<sup>64</sup>Vgl die uiteensetting van die Romeinse stelsiem onder II hierbo.

<sup>65</sup>Vgl Van der Keessel 3 3 2: “Quamvis muti . . . contractus consensuales et reales celebrare possint, tamen, uti Iure Romano ex stipulatione obligari non poterant, sic etiam apud nos promissionem verbis are prolatis factum . . .”

<sup>66</sup>3 11.

<sup>67</sup>*Inleidinge* 3 1 43.

<sup>68</sup>want hy is in daardie stadium besig om die algemene beginsel ivm “verbintenisse” én “toezegginge” uiteen te sit. Sien oor die algemeen *Inleidinge* 3 1. Vgl ook *Inleidinge* 3 3 44 mbt uitdruklike toeseegginge: “Oneerlike ofte verboden oorzaeck heeft zodanige kracht in de toezegging, als in de verbintenisse in’t algemeen, waer van hier vooren is gesproocken.”

<sup>69</sup>Vgl die kantnota by *Inleidinge* 3 30 17 en Van der Keessel 313 (3 10 17).

<sup>70</sup>Sien *Inleidinge* 3 1 42 en vgl die woord “insgelijcks” wat 3 1 42 en 3 1 43 verbind.

<sup>71</sup>*Inleidinge* 3 1 52.

<sup>72</sup>Nadat De Groot in *Inleidinge* 3 1 1–48 die algemene beginsels insake verbintenisse in die algemeen bespreek het gaan hy in 3 1 50–53 en die daaropvolgende dele tot en met 3 5 in op die besondere beginsels insake uitdruklike toeseeggings.

<sup>73</sup>*Inleidinge* 3 1 53.

<sup>74</sup>Vgl *Inleidinge* 3 6 2 en 3 31 8.

<sup>75</sup>*Inleidinge* 3 3 1.

skeppende ooreenkomste word volgens hierdie sisteem as konsensuele of benoemde of onbenoemde reële kontrakte geklassifiseer. Die uitdruklike toesegging kan gebruik word om die gewone regsreëling (ex lege-bedinge) by konsensuele en benoemde reële kontrakte te wysig.<sup>76</sup> Ten opsigte van reële kontrakte handhaaf De Groot die Romeinsregtelike reël dat 'n (afdwingbare) verbintenis eers na uitvoering van een van die partye se verpligting tot stand kom. 'n Uitdruklike toesegging kan egter ook in hierdie gevalle gebruik word om 'n ander reëling te tref.<sup>77</sup> Die funksie van die uitdruklike toesegging was egter nie beperk tot wysiging van benoemde kontrakte nie; dit kon ook dien om die vorderingsreg wat uit só 'n kontrak ontstaan het, te "versterk." Die borg- en skikkingsooreenkoms word derhalwe ook as uitdruklike toeseggings beskou.<sup>78</sup>

Die onderskeid tussen 'n uitdruklike toesegging en 'n benoemde konsensuele kontrak is byna uitsluitlik<sup>79</sup> geleë in die aksessore funksie van eersgenoemde. 'n Konsensuele kontrak het vanself – uit eie regsrag – verbintenis-skeppende werking; 'n uitdruklike toesegging se regsrag word ontleen aan die onderliggende verbintenis wat daartoe aanleiding gee.<sup>80</sup> Vir 'n benoemde kontrak word 'n oorsaak nie spesifiek vereis nie, want sy oorsaak is vervat in sy kenmerkende eienskappe wat deur die reg as grond vir verbintenis erken word.<sup>81</sup> Die uitdruklike toesegging het geen oorsaak anders as die verbintenis wat daartoe aanleiding gee nie. Die regsrag van die uitdruklike toesegging is dus afhanklik van die regsrag van sy onderliggende verbintenis.

Anders as wat waarnemende appèlregter De Villiers meen, ontleen De Groot nie sy vereiste van redelike oorsaak by wyse van analogie aan die *iusta causa* traditionis van die Romeinse sakereg nie.<sup>82</sup> Die redelike oorsaak van uitdruklike mondelinge en skriftelike toeseggings is niks anders as die (*iusta*) *causa promittendi* van die Romeinsregtelike stipulasie en skriftelike verbintenis nie. Die afwesigheid of gebrekkigheid van 'n oorsaak (onderliggende verbintenis) maak die toesegging nie nietig nie, maar vernietigbaar.<sup>83</sup>

De Groot se sisteem van kontraktuele verbintenis is nie altyd deur sy opvolgers korrek verstaan nie. Van Leeuwen neem byvoorbeeld die term

<sup>76</sup>*Inleidinge* 3 3 1; 3 6 10.

<sup>77</sup>*Inleidinge* 3 6 11; 3 31 8.

<sup>78</sup>*Inleidinge* 3 3 12 e v; 3 4.

<sup>79</sup>Die enigste ander verskille is mbt vormvereistes: vir die uitdruklike toesegging word skrif of woorde vereis; vir die konsensuele kontrak is enige blyke van wilsooreenstemming voldoende. Sien *Inleidinge* 3 3 2 en vgl Van der Keessel 3 3 2 en 3 3 45.

<sup>80</sup>De Groot stel dit in die algemeen dat die uitdruklike toesegging 'n *handeling* (konsensuele of reële kontrak) as oorsaak moet hê. Vgl hierbo by vn 73. Sien egter 3 3 21, 22 waar dit duidelik blyk dat die uitdruklike toesegging van die borg ook 'n verbintenis uit verryking of delik of selfs 'n natuurlike verbintenis as oorsaak kan hê.

<sup>81</sup>*Inleidinge* 3 30 14.

<sup>82</sup>Sien *Conradie v Rossouw* 316–317.

<sup>83</sup>Sien *Inleidinge* 3 30 12 wat handel oor "intrecking van toezegging gedaen zonder redelike oorzaeck." Indien 'n toesegging nietig sou wees agv gebrek aan 'n redelike oorsaak sou daar immers geen behoefte wees aan 'n *condictio promissi sine causa* nie, maar slegs aan 'n *condictio sine causa dati* (*Inleidinge* 3 30 15–17). Sien 3 5 4 oor die skriftelike toesegging.

“toezegging” oor, nie om die suiwer hulpregshandeling wat betrekking het op ’n onderliggende verbintenis aan te dui nie, maar as algemene bron van kontraktuele verbintenis.<sup>84</sup> Die ooreenkomste wat ontstaan wanneer ’n uitdruklike toesegging (aanbod) aangeneem word, word geklassifiseer as “dadelijk” (re), “schriftelijk” en “gewillekoord” (consensu).<sup>85</sup> In Van Leeuwen se sisteem is die uitdruklike toesegging (konsensuele ooreenkoms) dus die genus waarvan die benoemde kontrakte spesies is. Nogtans stel Van Leeuwen vir die toesegging as fundamentele verbinteniskeppende regs-handeling “redelijke oorzaak” as vereiste,<sup>86</sup> terwyl hierdie vereiste by De Groot saamhang met die aksessore aard van die uitdruklike toesegging.

By Voet, daarenteen, is daar geen twyfel oor die plek van redelike oorsaak in die kontraktereg nie. Dit is te danke aan sy uitgangspunt, naamlik dat “*nuda pacta, entered into with serious and deliberate intent, give rise to an action just in the same way as contracts.*”<sup>87</sup> Elke konsensuele ooreenkoms het dus ’n afdwingbare verbintenis tot gevolg – wilsooreenstemming het die grondslag van kontraktuele aanspreeklikheid geword en die *causae civiles* van die Romeinse reg is nie meer van belang vir die totstandkoming van kontrakte nie. Die regsreëls insake stipulasies behoort egter nog op die konsensuele ooreenkomste toegepas te word “so often as they depend not only on the precision of the Civil law, but on natural fairness.”<sup>88</sup> Die onderskeid tussen stipulasies en ander ooreenkomste is geleë in die bedoeling waarmee dit aangegaan word;<sup>89</sup> stipulasies “was generally accessory, being wont to be attached to covenants, agreements and other transactions in order to confirm them.”<sup>90</sup>

Net soos De Groot bring Voet die begrip oorsaak (in die sin van redelike oorsaak in teenstelling met ongeoorloofde oorsaak) slegs ter sprake by aksessore (hulp-) ooreenkomste. Albei is dit eens dat die fundamentele regs-handeling wat aanleiding gee tot die hulpooreenkoms die oorsaak van laasgenoemde is, maar hulle verskil oor die rol wat hierdie oorsaak speel ten opsigte van die afdwingbaarheid van die verbintenis wat uit so ’n aksessore ooreenkoms ontstaan. De Groot stel die objektiewe vereiste dat ’n redelike oorsaak aanwesig moet wees vir die afdwingbaarheid van ’n aksessore ooreenkoms (uitdruklike toesegging). Volgens Voet is die aksessore ooreenkoms (stipulasie), soos alle konsensuele ooreenkomste per se afdwingbaar. Die aksessore ooreenkoms is vernietigbaar vanweë die nie-bestaan van die *causa promittendi*, maar dit is nie ’n vereiste dat elke aksessore ooreenkoms ’n onderliggende skuldoorsaak moet hê nie. Indien ’n persoon ’n belofte aangaan omdat hy ten onregte meen dat ’n skuldoorsaak (onderliggende verbintenis) bestaan, is “the stipulation . . . ineffective, in such wise at least

<sup>84</sup>Van Leeuwen *Het Rooms-Hollands Regt* 12e uitg (1780) 4 1 1, 2.

<sup>85</sup>4 1 7.

<sup>86</sup>4 1 5, 6.

<sup>87</sup>Voet *Commentarius ad Pandectas* vertaal en geannoteer deur Gane (1957) 2 14 9. Contractus word hier in Romeinsregtelike sin gebruik.

<sup>88</sup>45 1 1.

<sup>89</sup>45 1 1. “[B]y the very Civil Law stipulation was often distinguished from agreement merely by its intention and purpose, since it was allowed both to make an agreement and to stipulate in the same words.”

<sup>90</sup>45 1 1 onder opskrif “stipulation defined.”

that the promissor can on proof of the mistake defend himself by an exception either of ill fraud or of reasonable mistake.”<sup>91</sup> Waar die promissor egter geweet het dat daar geen skuldoorsaak bestaan nie, kan hy nie met die verweer van afwesigheid van ’n oorsaak slaag nie “for the reason that in such a case he appears to have made the promise on the cause of donation.”<sup>92</sup>

## VI

In die Franse en Nederlandse regstelsels word die aanwesigheid van ’n causa by alle kontrakte vereis.

Artikel 1131 *CC* bepaal:

“L’obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une illicite cause est nulle.”

Artikel 1371 *BW* bepaal dat ’n ooreenkoms sonder oorsaak “kracheloos” is. Hierdie bepaling word soms letterlik uitgelê en soms so geïnterpreteer dat “de verbintenis welke de debiteur bij overeenkomst op zich neemt een oorzaak moet hebben.”<sup>93</sup> Die gevolg van afwesigheid van ’n oorsaak is dat die betrokke ooreenkoms (wat self sonder oorsaak is of wat aanleiding gee tot ’n verbintenis sonder oorsaak) nietig is.<sup>94</sup> Oor die betekenis van die term “oorzaak” bestaan daar geen eenstemmigheid onder Nederlandse juriste nie. Sommige verstaan onder oorsaak die bereikbare doel,<sup>95</sup> “hetzij van de handelende persoon, hetzij van die handeling,”<sup>96</sup> ander omskryf dit as die “economisch maatschappelijke grond” waarop die ooreenkoms berus.<sup>97</sup> ’n Derde meen dat die oorsaakvereiste slegs by hulp-ooreenkomste gestel moet word, dit wil sê by ooreenkomste wat ten doel het om bestaande regsbetrekkinge nader te bepaal of te wysig, en dat die bestaande regsverhouding die oorsaak van die hulp-ooreenkoms is.<sup>98</sup> In die Franse reg bestaan daar ook nie eenstemmigheid oor die betekenis van “cause” as vereiste vir verbintnisse nie. Lorenzen som die posisie soos volg op:

“Many attempts have been made to find a general definition of *causa*, but none of them has met with approval. Baudry-Lacantinerie and Barde define it as ‘the immediate, hence the essential, purpose on account of which the contract is made.’ Great difficulty seems to be experienced by the French writers in distinguishing the *causa* of a contract on the one hand from its object and on the other hand from motive in general.”<sup>99</sup>

<sup>91</sup>Voet 45 1 2 onder opskrif “mistake as to cause may invalidate stipulation.”

<sup>92</sup>Voet 45 1 2 onder opskrif “promise knowingly made without cause is donation.”

<sup>93</sup>Sien Asser en Rutten *Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht* 3e druk (1968) 3e deel 2e stuk 165-167.

<sup>94</sup>Asser en Rutten 3e deel 2e stuk 174.

<sup>95</sup>Asser en Rutten 3e deel 2e stuk 170. Vgl EMM “Nieuwe Bijdragen omtrent de Leer der Consideration en der Causa” 1938 *THRHR* 43 47.

<sup>96</sup>Asser en Rutten 3e deel 2e stuk 169.

<sup>97</sup>Vgl EMM 48; Asser en Rutten 3e deel 2e stuk 168.

<sup>98</sup>Van Oven *De Oorzaak der Overeenkomst* (herdruk uit *Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie* nr 3385-3389). Vgl EMM 48-49.

<sup>99</sup>Lorenzen 630. sien die aanhaling uit Buckland *Roman Law and Common Law* 175 in Hall “Cause or Consideration” 1945 *The Canadian Bar Review* 831 835: “Cause [volgens die Franse reg] is not *quid pro quo*, for intent to donate is a cause. It is not motive, for motive, in general, is indifferent. It is some times [sic] defined as the immediate aim,

Die betekenis van causa (“Rechtsgrund”) in die Duitse kontraktereg hang saam met die kategorisering van die verbintenisskeppende ooreenkoms (“Schuldvertrag”) as toewendingshandeling (“Zuwendungs-geschäft”).<sup>100</sup> Onder toewendingshandelinge word verstaan

“alle Geschäfte, durch welche ein Partner des Geschäfts einem anderen . . . etwas zuwendet oder die Partner des Geschäfts sich gegenseitig Zuwendungen machen. Die Zuwendung kann darin bestehen, dass eine Leistung erbracht oder nur eine Forderung auf eine Leistung begründet wird.”<sup>101</sup>

Die verbintenisskeppende ooreenkomste is toewendingshandelinge omdat die skuldeiser as gevolg daarvan ’n vorderingsreg ten opsigte van die be-loofde prestasie verkry.

Sommige Duitse juriste beskou die causa as die onmiddellike regsdoel wat met die toewending nagestreef word,<sup>102</sup> terwyl ander ’n meer objektiewe causa-begrip voorstaan.<sup>103</sup> Daar bestaan egter eenstemmigheid dat die regsgrond van beweegrede of motief onderskei moet word.<sup>104</sup> Anders as in die Franse en Nederlandse reg is die aanwesigheid van ’n causa nie een van die algemene vereistes vir die totstandkoming van ’n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms nie.<sup>105</sup> Die oorgrote meerderheid van verbintenisskeppende ooreenkomste is kousale regshandelinge (“kausale Geschäfte”). Daar- onder word verstaan dat die “Rechtsgrund” van die toewending in die oor- eenkoms self vervat is.<sup>106</sup> In teenstelling hiermee is ’n abstrakte toewendings- handeling ’n regshandeling waarvan die inhoud nie die regsgrond van die toewending insluit nie.<sup>107</sup> Volgens Flume bepaal die regsorde of ’n bepaalde toewendingshandeling abstrak of kousaal is,<sup>108</sup> volgens Heinrichs is die bedoeling van die partye in hierdie verband deurslaggewend.<sup>109</sup>

’n Verbintenisskeppende ooreenkoms is abstrak indien die regsgrond

some times as the ‘objective’ motive.” Sien ook Kübler *Feststellung und Garantie* (1967) 16–20.

<sup>100</sup>Sien oor die algemene Flume *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts Zweiter Band* (1965) 152–173; Heinrichs “Rechtsgeschäfte” in Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch* 33e uitg (1974) 68 70.

<sup>101</sup>Flume 152.

<sup>102</sup>Heinrichs 70: “Mit jeder Zuwend[un]g verfolgt der Zuwendende einen rechtl[ichen] Zweck; er übereignet Geld, zB um ein Darleh[e]n zu gewähren, eine Schuld zu tilgen. Dieser unmittelb[are] Zweck ist der *Rechtsgrund* der Zuwend[un]g herkömmlich als *Kausa* bezeichnet” (outeur se afkortings duidelikeidshalwe aangevul). Vgl Flume 153 vn 1.

<sup>103</sup>Vgl Flume se kritiek op Enneccerus en Nipperdey se causa-begrip 153 vn 1.

<sup>104</sup>Flume 158; Heinrichs 70.

<sup>105</sup>Flume 166.

<sup>106</sup>Flume 154: “Bei dem Kaufvertrag als einem kausalen Geschäft gehört der Rechtsgrund der durch Geschäft erfolgenden Zuwendungen zum Inhalt des Geschäfts. Dass durch den Kaufvertrag der Verkäufer den Anspruch auf den Kaufpreis und der Käufer den Anspruch auf die Lieferung der Ware erhalten, bedarf nicht der Rechtfertigung durch einen Rechtsgrund ausserhalb des Kaufvertrags.” Sien ook 169–173.

<sup>107</sup>Flume 153.

<sup>108</sup>Flume 153: “Es gibt nach unserer Rechtsordnung nicht einem Akt der Eigentums- übertragung kaufshalber oder schenkungshalber, sondern nur der Akt der Eigentums- übertragung ‘per se,’ dh ungeachtet des Rechtsgrundes . . .”

<sup>109</sup>Heinrichs 70 waar die moontlikheid oopgehou word dat die partye die bestaan van ’n causa by sluiting van ’n saaklike ooreenkoms beding.



vir die verbintenis nie deel van die ooreenkoms is nie. Daaruit ontstaan nogtans 'n verbintenis.<sup>110</sup> Vir die geldigheid van sodanige abstrakte verbinteniskeppende ooreenkoms word in beginsel vereis dat die skuldenaar se wilsverklaring skriftelik geskied:

“Zur Gultigkeit eines Vertrags, durch den eine Leistung in der Weise versprochen wird, dass das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll (Schuldversprechen), ist, soweit nicht eine andere Form vorgeschrieben ist, schriftliche Erteilung des Versprechens erforderlich.”<sup>111</sup>

Die abstrakte vorderingsreg wat die skuldeiser aldus verkry, is egter nie volkome abstrak, dit wil sê geheel en al onafhanklik van die regsgrond daarvan nie. Indien die abstrakte ooreenkoms byvoorbeeld ter skenking aangegaan is, moet daar aan die formaliteitsvoorskrif vir skenkings, naamlik notariële verlyding, voldoen word.<sup>112</sup> Bowendien “[sind] [d]ie Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung . . . das notwendige Korrelat zu der Institution des abstrakten Zuwendungsgeschäft.”<sup>113</sup> Die selfstandigheid van die abstrakte ooreenkoms het tot gevolg dat “ohne Rücks[icht] auf Einwend[un]gen aus Gr[un]dgesch[äft] Erfüllung verlangt w[er]den kann.”<sup>114</sup> Indien 'n geldige grondliggende verbintenis ontbreek of die doel van die abstrakte ooreenkoms ongeldig is of nie bereik kan word nie, is die skuldeiser ongeregverdigd verryk. Die skuldenaar kan derhalwe eis dat die skuldeiser hom van sy verpligting bevry of wanneer hy deur die skuldeiser aangespreek word die verweer van ongeregverdigde verryking opper.<sup>115</sup> 'n Beroep op ongeregverdigde verryking word egter uitgesluit indien die skuldenaar by sluiting van die abstrakte ooreenkoms geweet het dat daar nie 'n regsgrond vir die “Schuldversprechen” bestaan nie.<sup>116</sup>

## VII

Nòg die Frans-Nederlandse nòg die Duitse beskouing oor causa in die kontraktereg kan as geldig vir ons reg aanvaar word.

Van Leeuwen kan wel as gesag daarvoor aangevoer word dat causa in ons reg soos in die Franse en Nederlandse regstelsels 'n vereiste vir alle kontrakte is. Sy standpunt word egter nie deur die ander gemeenregtelike skrywers gesteun nie en is bowendien nie op die Romeinse reg gefundeer nie. Dit is ook op analitiese gronde aanvegbaar. Die oorsaak-vereiste soos dit in die Nederlandse reg toegepas word, oorvleuel met die reeds uitgekristal-

<sup>110</sup>Flume 167; Heinrichs 70.

<sup>111</sup>§ 780 *BGB*. Vgl ook § 781 *BGB* waarin die “Schuldanerkenntnis” (-vertrag) gereël word. Lg kan “deklaratorische” of “konstitutive” werking hê – in lg geval sou dit 'n nuwe selfstandige verpligting skep wat nie van die bestaande skuldgrond wat erken word afhanklik is nie. Sien oor die algemeen Thomas “Einzelne Schuldverhältnisse: Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis” in Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch* 730–733. 'n (Abstrakte) “Schuldversprechen” of “-anerkenntnis” wat “auf Grund einer Abrechnung [vasstelling van die verskuldigde saldo op 'n rekening] oder im Wege des Vergleichs [skikking]” geskied, hoef nie op skrif te wees nie: § 782 *BGB*.

<sup>112</sup>Flume 167.

<sup>113</sup>Flume 157.

<sup>114</sup>Thomas 730 opmerking 2. Outeur se afkortings duidelikheidshalwe aangevul.

<sup>115</sup>Thomas tap. Die skuldenaar beroep hom dan op § 812 *BGB*. Sien Thomas 755 opmerking 2b.

<sup>116</sup>§ 814 *BGB*. Sien Flume 168.

liseerde vereistes in ons reg dat daar consensus moet wees, dat prestasie moontlik moet wees en dat die ooreenkoms in al sy fasette geoorloof moet wees. In besonder is dit nie van consensus te onderskei nie vir sover die doel van 'n spesifieke ooreenkoms slegs met verwysing na die bedoeling van die partye vasgestel kan word.<sup>117</sup>

Die betekenis van De Groot se "redelicke oorzaeck" by uitdruklike toeseggings is identies met dié van *iusta causa promittendi* by die Romeins-regtelike stipulasie. Die verskil tussen die stipulasie en die ander verbintennisskeppende ooreenkomste was geleë in die feit dat 'n sekere vorm vir die stipulasie vereis is. Die nuwe-effek van die vormvereiste was dat die verbintenis uit stipulasie geabstraheer is van alle onderhandelinge en/of ooreenkomste wat daaraan voorafgegaan het. Die promissor was streng volgens die inhoud van die stipulasie aanspreeklik. Mettertyd is die promissor egter toegelaat om hom daarop te beroep dat die *causa promittendi* vir die stipulasie ontbreek het. Dit het nie beteken dat die stipulasie nie meer 'n abstrakte verbintenis daargestel het nie. Die promissor was nog steeds streng volgens die inhoud van die stipulasie aanspreeklik, maar aangesien die stipulasie om 'n bepaalde rede of vir 'n bepaalde doel aangegaan is, is hy toegelaat om aan te voer dat die stipulator bedrieglik optree deur hom op sy vorderingsreg te beroep terwyl die rede vir of doel van die belofte wat in die stipulasie vervat is, nooit bestaan het nie of verval het of nie bereik kan word nie. De Groot het die Romeinse kontrakteregsisteem byna heelhuids oorgeeneem. Die uitdruklike toesegging vervul volgens sy beskouing dieselfde funksies as die stipulasie. Net soos die stipulasie is die uitdruklike toesegging nie 'n vormvrye konsensuele ooreenkoms nie; dit moet skriftelik of mondelings geskied. Die triomfering van die "Duitsche" goeie trou oor die Romeinsregtelike skerpsinnigheid is slegs daarin te vind dat die vereistes van ooreenstemmende vraag en antwoord en van teenwoordigheid van die partye nie meer vir die uitdruklike toesegging gestel word nie.<sup>118</sup> Enige woorde kan gebruik word, maar die toesegging moet *uitdruklik* geskied. Derhalwe moet die toesegging op skrif gestel wees of anders uitdruklik mondelings (dit wil sê deur die daadwerklike besiging van woorde) oorgedra word – 'n stomme kan nie self 'n toesegging maak nie.<sup>119</sup>

Die vormlike aard van die uitdruklike toesegging is nie net van belang vir die totstandkoming van die ooreenkoms uit toesegging nie, maar ook vir die uitleg daarvan. Hartogh som die onderskeid tussen die konsensuele benoemde ooreenkoms en die uitdruklike toesegging in De Groot se sisteem soos volg op:

"De eerste is *contractus bonae fidei*, de laatste als opzettelijk-aangewende versterkende rechtshandeling moet streng (*stricte*) worden uitgelegd."<sup>120</sup>

Hieruit sou volg dat die inhoud van die ooreenkoms wat deur middel

<sup>117</sup>Vgl Asser en Rutten 3e deel 2e stuk 173–168 vir voorbeelde van ooreenkomste wat in die Nederlandse praktyk as sonder oorsaak gegag word.

<sup>118</sup>Vgl De Groot *Inleidinge* 3 1 52.

<sup>119</sup>De Groot *Inleidinge* 3 3 2.

<sup>120</sup>165. Sien De Groot *Inleidinge* 3 3 54, 3 3 46 en vgl 3 6 11, 3 19 2. Sien ook Van der Keessel 4e bd se kommentaar op hierdie gedeeltes.

van 'n uitdruklike toesegging tot stand kom, slegs bepaal word met verwysing na die uitdruklike verklaring en nie ook met verwysing na die partye se stilswyende (maar vasstelbare) bedoeling nie. In 'n kontrakteregsisteem waar dit die posisie is, is dit noodsaaklik dat 'n skuldenaar 'n aksie analoog aan die *condictio (promissi) sine causa* en/of 'n verweer analoog aan die *exceptio doli* tot sy beskikking moet hê om die onbillike resultaat te vermy dat die skuldeiser sy vorderingsreg kan afdwing ongeag die feit dat die verbintenis nie die doel waarvoor dit in die lewe geroep is, dien nie.

Die gangbare opvatting in ons reg is dat wilsooreenstemming die grondslag van kontraktuele aanspreeklikheid is. Die verskeidenheid moontlike hulpooreenkomste wat in die Romeinse reg (en volgens De Groot ook in die Romeins-Hollandse reg) slegs by wyse van uitdruklike wilsverklaring tot stand kon kom omdat dit nie onder die konsensuele en benoemde en onbenoemde reële kontrakte geressorteer het nie, het gevolglik ook konsensuele ooreenkomste geword. Dit beteken nie slegs dat die ooreenkoms deur consensus, op watter wyse dit ook al bereik word, tot stand kom nie, maar ook dat die inhoud van die ooreenkoms nie slegs met verwysing na die uitdruklike verklarings van die partye nie, maar ook met verwysing na hul (vasstelbare) stilswyende bedoeling bepaal word. Dit beteken dat die vraag of die skuldenaar se verpligting afhanklik is van die bestaan van 'n ander verbintenis of nie, beantwoord kan en moet word met verwysing na die bedoeling van die partye en nie met verwysing na die bestaan al dan nie van 'n objektiewe grond van die verbintenis nie.

Die verpligting wat uit 'n hulpooreenkoms ontstaan, sal afhanklik wees van die bestaan van 'n ander verbintenis as die vermeende bestaan van só 'n ander verbintenis nie slegs die beweegrede (motief) vir die sluiting van die hulpooreenkoms was nie, maar inderdaad verhef is tot 'n term (beding) van die hulpooreenkoms. So 'n beding kan òf 'n voorwaarde òf 'n veronderstelling òf 'n gekombineerde voorwaarde/veronderstelling wees. 'n Voorwaarde is 'n beding wat die werking van die gevolge van 'n ooreenkoms afhanklik maak van die plaasvind of nie-plaasvind (uitbly) van 'n onsekere toekomstige gebeurtenis.<sup>121</sup> 'n Beding wat die werking van die gevolge van 'n ooreenkoms afhanklik maak daarvan dat 'n gebeurtenis in die verlede plaasgevind het of nie plaasgevind het nie of daarvan dat 'n sekere toedrag van sake in die hede bestaan of nie bestaan nie, is daarom geen voorwaarde nie, maar 'n veronderstelling.<sup>122</sup> So 'n beding behoort duidelikheidshalwe 'n kontrak- of gesamentlike veronderstelling genoem te word ten einde dit te onderskei van 'n veronderstelling waarvan slegs een van die partye uitgaan. Die effek van 'n gesamentlike veronderstelling is dat daar onmiddellik by kontraksluiting 'n verbintenis ontstaan of dat 'n verbintenis hoegenaamd nie ontstaan nie, afhangende daarvan of die gebeurtenis of toedrag van sake waarop die veronderstelling betrekking het plaasgevind het of bestaan al dan nie.<sup>123</sup>

Indien twee partye 'n hulpooreenkoms aangaan wat betrekking het op

<sup>121</sup>De Wet en Van Wyk 131.

<sup>122</sup>De Wet en Van Wyk 138-139.

<sup>123</sup>De Wet en Van Wyk tap.

of in verband staan met 'n (vermeende) bestaande verbintenis tussen dieselfde partye, is hul bedoeling om een van 'n aantal verskillende gevolge te bewerkstellig. Hulle kan byvoorbeeld bedoel dat novasie sal plaasvind, dit wil sê dat die bestaande verbintenis opgehef en die nuwe verbintenis in die plek daarvan gestel word. Indien die "bestaande" verbintenis wat die partye bedoel om uit te wis, nie bestaan nie, is die "skuldvernuwingsooreenkoms" nietig.<sup>124</sup> Volgens Wessels en Roberts is die verklaring hiervoor geleë in die afwesigheid van *iusta causa*.<sup>125</sup> Die juiste standpunt is egter "dat die bestaan van die ou skuld 'n stilswyende of selfs uitdruklike term, en wel veronderstelling is van die vernuwingsooreenkoms."<sup>126</sup> Hierdie gesamentlike veronderstelling is 'n onafskeibare element van die noveringbedoeling by novasie tussen dieselfde partye. Die partye wat 'n hulpooreenkoms aangaan, kan egter ook onseker wees of daar inderdaad 'n verbintenis tussen hulle bestaan en bedoel om hierdie onsekerheid deur middel van die hulpooreenkoms uit die weg te ruim. Die skikkingsbedoeling ten aansien van die bestaan van 'n verbintenis sluit die moontlikheid van 'n gesamentlike veronderstelling dat 'n verbintenis bestaan, uit. Dit is egter ook moontlik dat die skikkingsbedoeling slegs betrekking het op die omvang van die vorderingsreg uit die vermeende bestaande verbintenis terwyl die bestaan van die verbintenis 'n gesamentlike veronderstelling is. Die moontlikheid dat 'n skikkings- of skuldvernuwingsooreenkoms uitdruklik of stilswyend onderworpe gestel is aan 'n veronderstelling dat die vermeende bestaande verbintenis afdwingbaar of nie-vernietigbaar is, kan nie uitgesluit word nie. Indien partye 'n hulpooreenkoms aangaan wat verband hou met 'n bestaande verbintenis, maar nie 'n skikkings- of noveringsbedoeling het nie, vind daar 'n kumulاسie van vorderingsregte plaas – die skuldeiser kan die skuldenaar op grond van enige van die (twee) verbintenisse aanspreek. Die kumulatiewe hulpooreenkoms is altyd onderworpe aan die veronderstelling dat die vermeende bestaande vorderingsreg nie net bestaan nie, maar ook afdwingbaar is. Die bedoeling van die partye is naamlik slegs om aan die skuldeiser 'n makliker afdwingbare vorderingsreg te verskaf en nie om hul bestaande regsverhouding te wysig nie. Om dieselfde rede is die bykomende verbintenis onderworpe aan die ontbindende voorwaarde dat die bestaande verbintenis nie in die toekoms onafdwingbaar sal word nie.

Die begrip redelike oorsaak of *iusta causa* het dus geen funksie om te vervul ten opsigte van die vormvrye konsensuele hulpooreenkoms van ons hedendaagse reg nie. Die bedoeling van die partye, en meer bepaald hul gesamentlike veronderstelling(s), bepaal of die hulpooreenkoms afhanklik is van die bestaan, nie-vernietigbaarheid en/of afdwingbaarheid van die onderliggende verbintenis waarmee dit in verband staan. Voet toon reeds 'n aanvoeling daarvoor dat partye by 'n hulpooreenkoms se regsverhouding bepaal moet word met verwysing na hul werklike uitdruklike én stilswyende bedoeling en nie slegs met verwysing na daardie deel van hul bedoeling wat uitdruklik verklaar word nie. Volgens hom kan die skuldenaar uit die hulpooreenkoms (promissor) sy verkeerde veronderstelling oor die bestaan van

<sup>124</sup>*Acacia Mines Ltd v Boshoff* 1958 4 SA 330 (A) 337–338; Wessels en Roberts II 660–661.

<sup>125</sup>Wessels en Roberts II 660 § 2378.

<sup>126</sup>De Wet en Van Wyk 240.

'n vermeende verbintenis as verweer opwerp. Hierdie standpunt is onaanvaarbaar. Indien een van die kontrakspartye 'n ooreenkoms aangaan in die veronderstelling dat 'n sekere toedrag van sake bestaan en hierdie veronderstelling nie tot 'n gemeenskaplike veronderstelling verhef word deur die partye nie, is die veronderstelling niks anders as 'n innerlike voorbehoud nie en kan dit geensins die verbintenis wat tot stand kom, beïnvloed nie. □

*The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed.*

*Holmes The Common Law 1*

# Consortium omnis vitae

Joan Church

*BA BJur LLB*

*University of South Africa*

## OPSOMMING

Hoewel die klassifikasie van consortium 'n netelige probleem is, wil dit, in die breë gesien, tog voorkom asof consortium verwy's na 'n verskeidenheid van regte, persoonlik van aard, wat uit die huwelik voortvloei. Gesien in hierdie lig, is "consortium" 'n oor-koepelende begrip vir die afsonderlike huweliksregte wat regtens erken en beskerm word.

'n Aanduiding van die juridiese erkenning en beskerming van hierdie regte is te vind in die beskikbaarheid van aksies teen derdes op grond van owerspel en afrokkeling. Die howe het beslis dat die grondslag van hierdie aksies die opsetlike inbreukmaking op die consortium is. Indien owerspel en afrokkeling dan as onregmatige dade deur die derde teenoor die onskuldige gade beskou word, volg dit noodwendig dat hierdie handelinge ook vir die gades inter se as onregmatige dade behoort te geld. Vanweë sosiale oorwegings en regsbeleid, word daar egter geen deliktuele aksie aan die onskuldige gade teenoor die skuldige toegeken nie; die onskuldige gade kan hoogstens op egskeiding aanspraak maak. Hedendaags kan 'n eis om egskeiding ook net slaag indien die hof oortuig is dat die huwelik onherstelbaar verbrokkel het. Dat dit so moet wees, klop met die moderne siening van die huwelik. Dit blyk dat 'n egskeiding die enigste moontlike remedie behoort te wees in gevalle van verlating en owerspel. Daarbenewens bestaan daar oortuigende redes waarom die aksie teen die derde party en verleier afgeskaf behoort te word.

Aan die ander kant is dit wenslik dat die maksimum regsbeskerming aan 'n bestaande stabiele huwelik verleen word. 'n Mate van beskerming van die huweliksregte voortvloeiende uit 'n funksionerende huwelik word reeds verleen deur middel van die aksie weens verlies aan onderhoud. Die dader hoef slegs nalatig te wees om ingevolge hierdie aksie aanspreeklikheid op te doen, maar aan die ander kant is hy net vir vermoënskade aanspreeklik: die benadeelde gade het volgens die huidige reg geen eis vir benadeling wat hom nie in sy boedel tref nie, byvoorbeeld vir verlies aan kameraadskap, bystand en onderskraging. Daar word aan die hand gedoen dat dit nie slegs besonder wenslik is dat die dader ook vir hierdie ideële verlies aanspreeklik gestel behoort te word nie, maar dat sodanige aanspreeklikheid gemaklik by die bestaande raamwerk van ons deliktereg ingepas kan word. 'n Uitbreiding van die geldingsgebied van die aksie weens pyn en leed lyk in hierdie verband aangewese.

While marriage effects a changed status for the parties, it also brings about what has been termed a consortium omnis vitae.<sup>1</sup> It is proposed to, examine the nature of the consortium created by marriage and to determine critically the protection of the marriage relationship afforded by law.

## 1 NATURE OF CONSORTIUM

Consortium has been defined<sup>2</sup> as "an abstraction comprising the totality

<sup>1</sup>Hahlo *The South African Law of Husband and Wife* (1975) 109.

<sup>2</sup>*Grobelaar v Havenga* 1964 3 SA 522 (N) 525D.

of a number of rights, duties and advantages accruing to the spouses of a marriage" and would include the support, affection and sexual privileges which spouses in a marriage are entitled to expect of each other. It is clear that in a society which recognizes marriage as an important social institution, the existence of what may be termed "conjugal rights" has as its purpose the maintenance of sound domestic relations.<sup>3</sup> Less clear is the nature of the conjugal rights which consortium embraces.

One view is that the marriage is a contract albeit sui generis which gives rise to personal rights. An example of such personal rights which flow from marriage is the right to support, another the right to conjugal fidelity which each spouse has against the other.<sup>4</sup> This approach though attractive, is not entirely satisfactory. Though the consent of the parties to the marriage is essential, consensus alone neither brings a marriage into existence nor secures its dissolution.<sup>5</sup> Furthermore, unlike a contract, marriage has as invariable consequence a changed status for the parties and involves not only private interests governed by private law but also the interests of the society as a whole and which fall within the ambit of public law.<sup>6</sup> While it seems clear that a marriage is not a contract, a valid analogy may be drawn. Both a marriage and a contract are jural acts giving rise to at least one obligation (used here to embody the concept of a right and reciprocal duty) and in each case the obligation is to perform either by means of positive action or by forbearance. The marital obligation of support implies positive action while conjugal fidelity involves both positive action in the affording of marital privileges, the "wettelick gebrueick van malkanders lichaem,"<sup>7</sup> and forbearance in not having sexual intercourse with a person other than one's spouse. In each of these instances the object of the right is clearly a performance, ie prescribed and circumscribed<sup>8</sup> human conduct. Less clearly conceived as performance are the mutual comfort and society and love and companionship<sup>9</sup> to which the spouses are entitled. Nevertheless human conduct of some sort is here envisaged; it is difficult to imagine love and companionship existing where the spouses are impassive.<sup>10</sup>

One writer maintains that the right to conjugal fidelity is no right at all but merely a power (or capacity?) conferred by law.<sup>11</sup> This view must be rejected. A right involves a relation between the holder of the right and the object of the right and between the holder of the right and other legal sub-

<sup>3</sup>See Devine "The Object of a Legal Right" 1965-1966 *Acta Juridica* 113 116.

<sup>4</sup>Olivier "Owerspel as Onregmatige Daad tussen Eggenotes" *Daniel Pont Huldigingsbundel* (1970) 272.

<sup>5</sup>Hahlo 29 79.

<sup>6</sup>Examples are the provisions with regard to joint taxation of the spouses and criminal sanctions against bigamy.

<sup>7</sup>De Groot *Inl* 1 5 1.

<sup>8</sup>With regard to the affording of marital privileges for example, a spouse need not comply with sexual demands which are, in the circumstances, unreasonable (Hahlo 397).

<sup>9</sup>The court in *Viviers v Killian* 1927 AD 449 455 referred to "comfort and society" as elements of the consortium.

<sup>10</sup>See Barnard *Die Hervorming van Egskeidingsgronde in Engeland, Nederland en Suid-Afrika* LLD thesis Unisa (1979) 292.

<sup>11</sup>Sonnekus *Die Privaatregtelike Beskerming van die Huwelik* LLD thesis Leiden (1976) 21.

jects. This dual relation is manifest in the legal position of the spouses in regard to the consortium vis-à-vis third parties. The powers that a spouse has in this respect are nothing more than the powers of enjoyment that every right comprises (“inhoudsbevoegdheid”). If the object of such a right is a performance, it must of necessity be classified as a personal right.<sup>12</sup> The right to conjugal fidelity falls within this class.

Marital rights and other personal rights, for example those arising ex contractu, belong to the same category in so far as they have performances as objects. However, the remedies for breach of marital obligations differ from those available where there has been breach of contract.

Where there has been infringement of the right to conjugal fidelity an aggrieved spouse may not claim damages from the other spouse but only from the third party involved. Although a clearer case of co-perpetration is difficult to conceive, the injured spouse may at most seek divorce from an adulterous spouse.

Except in the case of support a breach of a marital obligation does not entitle the aggrieved spouse to an order for performance in forma specifica. The order for restitution for conjugal rights in cases of desertion might have been likened to an order for specific performance but failure to comply with the restitution order did not give the injured spouse a claim for damages but only for a decree of divorce.<sup>13</sup>

A further difference between the personal rights flowing from marriage and other personal rights is that the former are intransmissible. This is so since conjugal rights are so personal to the marriage partners that they cannot be ceded.<sup>14</sup>

It might conceivably be argued that the rights of the consortium are nothing but rights of personality. Following the early judgment in the case of *Biccard v Biccard and Fryer*<sup>15</sup> and relying on De Groot: “Wie owerspel bedrieff met een gehuude vrouw, al doet hy zulks met haer wille, doet hoon [iniuria] aen den man, en is overzulks ten dien aanzien aen den man verbonden, boven vergoedinge van schade [loss of consortium], die de man . . . daerdoor komen te leijden” (*Inl* 3 35 9), the courts have drawn a distinction between the iniuria and loss of consortium suffered by a spouse.<sup>16</sup> It may

<sup>12</sup>Joubert “n Realistiese Benadering van die Subjektiewe Reg” 1958 *THRHR* 111 113. Professor Joubert’s analysis which mirrors the continental approach has been echoed in the writings of South African jurists; see ia Van der Merwe *Die Beskerming van Vorderingsregte uit Kontrak teen Aantasting deur Derdes* (1959); Van Heerden *Grondslae van die Mededingingsreg* (1961).

<sup>13</sup>Hahlo 408. For this reason rights of the consortium have been regarded as “imperfect” and receiving only partial recognition; see Hahlo and Kahn *The South African Legal System and its Background* (1973) 80. However, that the remedies differ in different cases does not mean a right is not involved or that the right is for this reason imperfect. Thus, for example, the remedies available to the owner of property and to the usufructuary are not the same. The respective rights differ in content but they are both real rights.

<sup>14</sup>Hahlo 389; McKerron *The Law of Delict* (1971) 168.

<sup>15</sup>SC 473.

<sup>16</sup>In *Viviers v Killian* 1927 AD 449 455 the court recognized that adultery gave rise to a



perhaps be argued that the mere fact that damages are awarded for impairment of dignitas (clearly an aspect of personality) as distinct from damages for loss of consortium, does not necessarily mean that mutually exclusive classes of rights are involved. However, this argument is untenable. The nature of the respective rights as determined by their objects, differs. The fact that "separate and distinct" causes of action are recognized by the courts, supports the view that both rights of personality and personal rights may be infringed by a single act. To my knowledge only one case lends authority to the view that the rights of the consortium are personality rights. In *Van den Berg v Jooste*<sup>17</sup> the learned judge states:

"Na my mening is die verlies van die liefde 'n verlies van een van die elemente van die *consortium*. Dit is die basis vir die toekennning van skadevergoeding vir *contumelia*."

It is true that loss of the love and affection of a spouse can, and usually does, affect the feelings of well-being and self-respect of the deprived spouse and that these feelings are aspects of his personality,<sup>18</sup> but the invasion of personality exists in addition to the deprivation of love and affection which, as has been shown, is expressed in conduct which spouses are entitled to expect of each other.

Although classification is perhaps troublesome,<sup>19</sup> it seems that consortium in the broad sense<sup>20</sup> refers to the variety of rights, personal in nature, which flow from the marriage. Seen in this light consortium should not be regarded as "one and indivisible"<sup>21</sup> but merely as an umbrella term for the separate conjugal personal rights recognized and protected by the legal order.

## 2 PROTECTION OF THE MARRIAGE RELATIONSHIP

The established actions for loss of consortium and loss of support evidence the recognition and protection of the conjugal rights included in the consortium concept.

### 2 1 Intentional invasion of the consortium

Adultery, ie sexual intercourse of a partner to a marriage with someone other than his spouse, is the invasion of the right to conjugal fidelity. The

claim for damages on "two entirely separate and distinct grounds." See further *Gradwell v Hayward* 1932 EDL 324 328; *Valken v Berger* 1948 3 SA 532 (W) 536; *Woodiwiss v Woodiwiss* 1958 3 SA 609 (N) 618 (here the court recognized the possibility, in cases of enticement, of damages for contumelia as well as for loss of consortium); *Bruwer v Joubert* 1966 3 SA 334 (A) 337; *Smit v Arthur* 1976 3 SA 378 (A) 386.

<sup>17</sup>1960 3 SA 71 (W).

<sup>18</sup>Joubert *Grondslae van die Persoonlikeheidsreg* (1953) 131 132.

<sup>19</sup>Hahlo and Kahn 79.

<sup>20</sup>In this sense consortium embraces duties of a "material" as well as duties of a "non-material" kind. The former would include duties of support, the latter love, companionship and affection (Hahlo 122).

<sup>21</sup>In the English Appeal Court decision in *Best v Samuel Fox* 2 KB 639, Birket LJ (with whom Cohen LJ and Lord Asquith of Bishopgate agreed) stated that consortium was "one and indivisible," it consists of a number of elements and in order to succeed a plaintiff must show a loss of each and every element. The dictum was quoted with approval by the court in the South African case of *Grobelaar v Havenga*.

aggrieved spouse may approach the court for an order for divorce. The new Divorce Act provides that the court has a discretion to grant a decree of divorce if the court is satisfied that the marriage has broken down irretrievably, that is to say, that the relationship between the spouses has "reached such a state of disintegration that there is no reasonable prospect of the restoration of a normal marriage relationship between them."<sup>22</sup> The court may accept evidence, "that the defendant has committed adultery and that the plaintiff finds it irreconcilable with a continued marriage relationship," as proof of irretrievable marriage breakdown.<sup>23</sup> It is therefore clear that adultery by one spouse will not necessarily entitle the other spouse to a decree of divorce. However, since the new act makes no mention of the action of the aggrieved spouse against the third party involved in the adultery, it may be assumed that this action has remained intact. The basis of the action is said to be the intentional interference with the consortium.<sup>24</sup> Where the adultery is condoned the spouse forfeits the right to claim damages for loss of consortium but may still claim from the third party on the ground of iniuria (ie in the narrow sense of infringement of a right of personality).<sup>25</sup> No action lies where there has been connivance since *volenti non fit iniuria*.<sup>26</sup> Originally the action against a third party adulterer was available only to the husband<sup>27</sup> but in *Foulds v Smith*<sup>28</sup> the appellate division determined that the action is available to both husband and wife.

The quantum of damages depends upon the circumstances, the approach of the courts being that the "losses and humiliation" suffered or the "value of a happy marriage" cannot be truly measured in money.<sup>29</sup>

The question arises as to whether adultery is a delict and, if so, whether the spouses are delictually liable *inter se*.

While delictual liability in the Anglo-American systems is governed by the so-called "law of torts," delictual liability is determined in the South African legal system by application of the general principle that one who has suffered loss as the result of the wrongful and blameworthy conduct of another, should be compensated.<sup>30</sup> The view that delictual liability is determined by the application of general criteria, "algemene aanspreeklikheidskriteria," was reaffirmed by the Transvaal court in *University of Pretoria v Tommie Meyer Films*.<sup>31</sup>

<sup>22</sup>The Divorce Act 70 of 1979 s 4(1).

<sup>23</sup>s 4(3).

<sup>24</sup>Hahlo 384 and the cases there cited.

<sup>25</sup>*Viviers v Killian* 1927 AD 449.

<sup>26</sup>*Bell v Bell* 1909 TS 500.

<sup>27</sup>The decisions in *Wait v Wait* 1913 EDL, *De Bruin v De Bruin and Raynor* 1916 OPD 230 and *Stapelberg v Stapelberg* 1935 SR 157 denying an action to an aggrieved wife against a third party adulterer conflicted with that in *Tutt v Tutt* 1929 CPD 51.

<sup>28</sup>1950 1 SA 1 (A).

<sup>29</sup>*Muller v Vink* 1972 1 PH B2 (W) 3. In this case where the plaintiff and his former wife were very young, R1 000 was awarded.

<sup>30</sup>Van der Merwe and Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1976) 16 et seq.

<sup>31</sup>1977 4 SA 376 (T) 383.

Analysis of the well-established action against a third party adulterer points to a delictual basis: the conduct is wrongful in that the right to conjugal fidelity is intentionally infringed<sup>32</sup> with resultant non-patrimonial loss, "ideële skade."<sup>33</sup> If this is so, then logically the adulterous spouse should be liable as joint-wrongdoer. Writers on the subject have recognized the logic of this argument.<sup>34</sup> There is, however, in our case law no direct authority and only scant support for this proposition. The court in *Ex Parte AB* refused to recognize adultery to be a delict between the spouses. Mr Justice Wessels stated in this regard:

"I have never heard of an action by a husband for damages against his wife on account of her adultery, even where they are married out of community and where the marital power is excluded. According to the principles of our law the wife is not regarded as the slave of her husband. Her body is her own, and she has the right to dispose of her body as she thinks fit. The husband cannot imprison her against her will. If then she desires to commit adultery I know of no procedure by which a husband can call in the intervention of the court to prevent her. If she does, however, commit adultery, then her husband has the right . . . to demand that the court shall dissolve the marriage."<sup>35</sup>

It is my considered opinion that these arguments can be countered. The fact that there is no judicial precedent does not necessarily signify that adultery of a spouse is not wrongful as against the other spouse although it is conceded that this may be a factor in determining wrongfulness according to the boni mores or legal notions of the society. Furthermore the recognized freedom of an individual does not entitle him to infringe the rights of others with impunity.

The decision in *Ex parte AB* was followed in Natal in *Currie v Currie*<sup>36</sup> but subsequently the Cape court in *Asinowsky*<sup>37</sup> recognized that adultery was a delict between spouses and determined:<sup>38</sup>

"It is difficult to see why the act of a man committing adultery with another man's wife should amount to a delict towards the husband, but the adultery of a woman's husband should not be treated as a delict committed by him towards her . . . in the case of the former the injury done to the husband consists of his having been deprived of the *consortium* of his wife by a third person, whereas in the latter case the wife is deprived of the *consortium* of her husband by the husband himself . . ."

In *Wassenaar v Jameson*<sup>39</sup> the court relying upon *Ex parte AB* held obiter that adultery by the offending spouse could not be regarded as a "tort" against the innocent spouse. However, the court here recognized that since adultery by a third party constituted an iniuria to the innocent spouse, the remedy of an interdict in "appropriate cases" should in principle be available. One can only agree with professor Hahlo that it is "odd" that the injured spouse should have a remedy by way of interdict against the third

<sup>32</sup>Hahlo 384; McKerron 167.

<sup>33</sup>*Bruwer v Joubert* 1966 3 SA 334 (A).

<sup>34</sup>See 1943 *SALJ* 222; Amerasinghe 1953 *Acta Juridica* 52; Olivier *Huldigingsbundel Daniel Pont* (1970) 272.

<sup>35</sup>1910 TPD 1332 1339.

<sup>36</sup>1942 NPD 362.

<sup>37</sup>*Asinowsky v Asinowsky* 1943 CPD 131.

<sup>38</sup>per Van Zyl JP 133.

<sup>39</sup>1962 2 SA 349 (W) 352.

party adulterer but not one against a "morally even more blameworthy spouse."<sup>40</sup>

Amerasinghe is of the opinion that there are "cogent juridical and other reasons" for not allowing the action based on adultery to spouses inter se.<sup>41</sup> Briefly he argues as follows: first, this was not allowed in Roman-Dutch law; second, if adultery is to be regarded as giving rise to a delictual action between the spouses, it follows that a similar action should be allowed in case of desertion; finally, as between the spouses, adultery should be regarded as being on a special footing entailing divorce only.

With regard to the first argument it seems that the fact that the action as such was unknown in Roman-Dutch law does not necessarily mean that such action is not possible within the framework of the general principle, viz that "when a person has suffered injury he or she will be entitled to sue the wrongdoer in damages."<sup>42</sup> The second argument merely begs the question. In both cases of adultery and desertion the conjugal right to fidelity is infringed and if the general principles are consistently applied they should apply to both. The third argument, it is submitted, may be valid: that under the aegis of "social policy" adultery, though a delict, may be regarded to be on a special footing entailing divorce only.<sup>43</sup>

Although the action should, in principle, be available between spouses, the possibility of a procedural bar falls to be considered. While the *uno caro* concept is part of the religious mores of a Christian society, the idea of husband and wife being one flesh is not recognized as a legal concept.<sup>44</sup> Accordingly the appellate division in *Robloff*<sup>45</sup> recognized that contractual and delictual actions are possible between spouses *stante matrimonio* where the marriage is out of community of property; the court did not decide the question whether delictual action was possible between spouses married in community of property. However, in *Tomlin* the court determined the existence of a joint estate to be an absolute bar to such action.<sup>46</sup> If community of property is the only bar to delictual actions between the spouses *stante matrimonio*, then such action should be possible where the marriage has been dissolved and community no longer exists.

<sup>40</sup>See 1969 *SALJ* 267 271.

<sup>41</sup>1963 *Acta Juridica* 56.

<sup>42</sup>As stated by Maasdorp CJ in a dissenting judgment in *De Bruin v De Bruin and Raynor* 1916 OPD 231 233. Referring to the maxim "*ubi ius ibi remedium*" the learned judge quoted with approval the following from *Brown's Legal Maxims*: "If a man has a right he must . . . have a means to vindicate and maintain it and a remedy if he is injured in the exercise and enjoyment of it . . ."

<sup>43</sup>This argument will be considered in the discussion on the possible abolition of the action for adultery.

<sup>44</sup>See Hahlo 109 216; Scholtens "Delictual Actions Between Spouses in Roman-Dutch Law" 1959 *SALJ* 205.

<sup>45</sup>*Robloff v Ocean Accident and Guarantee Corporation Ltd* 1960 2 SA 291 (A). This case involved patrimonial loss but it seems the court was prepared to recognize that all actions *ex delicto*, ie not only those in respect of patrimonial loss but also those involving sentimental loss, were possible *stante matrimonio* between spouses married out of community (303).

<sup>46</sup>*Tomlin v London and Lancashire Insurance Co Ltd* 1962 2 SA 30 (D) 33.

Holding adultery to be a delict between spouses, Olivier maintains that forfeiture of benefits upon divorce should be regarded as compensation to which an innocent spouse is entitled for the wrong done to him or her by the adulterous spouse.<sup>47</sup> Prior to the new Divorce Act 70 of 1979, an order for forfeiture of the patrimonial benefits could not be made unless claimed, but if claimed by a successful plaintiff, was granted by the court.<sup>48</sup> Although it is conceded forfeiture may be regarded as a punitive measure based on fault, the analogy between such order and the award of damages in delict seems forced. At most it may be regarded as a form of satisfaction but then only if the marriage is in community of property and the adulterous spouse has contributed more to the joint estate than the innocent spouse or, in the case of the marriage out of community, if the innocent spouse has effected a marriage settlement upon the guilty spouse which the latter now forfeits. If the marriage is out of community and there is no marriage settlement then there will be nothing to forfeit and "satisfaction" thus denied. In the new Divorce Act the emphasis with regard to forfeiture has shifted. In terms of section 9 the court has a discretion as to the order for forfeiture. Such discretion is to be exercised in the light of various circumstances such as the misconduct of the parties and the duration of the marriage. Thus, for example, the misconduct of one party may be negated so to speak, by the fact that the marriage has been of long duration. In the light of section 9 read with sections 7 and 10, it seems that forfeiture of benefits is an equitable division of assets rather than a consequence which the errant spouse must suffer as a result of his or her misdemeanour.<sup>49</sup>

The foregoing consideration of adultery<sup>50</sup> as a delict between the spouses leads to the following conclusions: First, if adultery is considered to be a delict by a third party adulterer then it should also be considered to be a delict between the spouses inter se. Second, though marriage in community would be an absolute bar to such action between spouses stante matrimonio there is no material reason why it should not be possible after the marriage has been terminated.

However, it seems in the light of existing law, and *de lege ferenda*, that adultery (and also desertion) though an infringement of the right to conjugal fidelity, ought not to be governed by the general principles of delict, but that social policy determines that it should only be a ground for divorce governed by the principles of family law.

There is moreover much to be said for abolishing the action for loss of consortium against a third party adulterer particularly in the light of the new Divorce Act in which adultery is no longer seen as a matrimonial offence but as a factor which might indicate that the marriage has broken down. The same view was voiced by a South African judge more than thirty years ago when he declared:

<sup>47</sup>*Huldigingsbundel Daniel Pont* (1970) 280.

<sup>48</sup>Hahlo 430 and the authorities cited.

<sup>49</sup>See the Divorce Act 70 of 1979; Barnard "Enkele Opmerkings oor die Voorgestelde nuwe Suid-Afrikaanse Egskeidingsreg" 1978 *THRHR* 263.

<sup>50</sup>The considerations with regard to adultery apply *mutatis mutandis* to desertion and the action against a third party for enticement and alienation of affections.

"There is something . . . to be said for the view that an action for damages against an adulterous third party is out of harmony with modern concepts of marriage and should be abolished."<sup>51</sup>

The action against a third party adulterer for "criminal conversation" as well as the action for alienation of affections, has been abolished in England and in various American states.<sup>52</sup> The reasons underlying abolition include the following: (i) the action provides opportunity for blackmail in that the defendant rather than risk reputation and public exposure of his private life, settles out of court at any cost; (ii) reasonably definite standards for assessing damages are lacking; and (iii) the action is based upon "psychological assumptions that are contrary to fact."<sup>53</sup> The third is the most significant reason. The marriage in which the spouses are living in harmony is hardly likely to be broken up by the third party adulterer or seducer and the deterrent effect of the action is questionable. In both cases of adultery and enticement the spouse concerned is a willing party and it is inequitable that the third party should be liable in damages while the perhaps morally more blameworthy spouse is not. Furthermore the action is out of place in the light of a modern divorce law which recognizes that the marriage breakdown is not based solely on the fault of one party. It may even be argued that *de facto* if not *de iure*, the marriage relationship has already broken down at the time the adultery or desertion takes place.<sup>54</sup>

That the relationships existing in a viable marriage should be protected against intentional or negligent invasion by third parties, is undeniable. A measure of such protection is afforded in South African law by the action for loss of support which will be discussed under the following head.

## 2 2 Negligent invasion of the consortium

While the conjugal rights to fidelity, love, companionship and society embodied in the concept of consortium relate to the non-material aspects of the marriage relationship, the reciprocal right to support or maintenance is a right with a pecuniary connotation.<sup>55</sup> Enforceable *stante matrimonio* the right is protected against negligent invasion by a third party by means of the action for loss of support. Seen as an extension of the Aquilian action either as an *actio utilis*<sup>56</sup> or an *actio in factum*,<sup>57</sup> the action lies for patrimonial loss only.

The leading case is *Union Government v Warneke*.<sup>58</sup> Here the plaintiff claimed damages for loss sustained by reason of the death of his wife due to the negligence of the servants of the government and which resulted in the

<sup>51</sup>Blackwell J in *Rosenbaum v Margolis* 1944 WLD 147 158.

<sup>52</sup>in England by the Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act of 1970; in America by the so-called Heart-Balm statutes in various states ia Alabama, California, Florida, New York and Virginia.

<sup>53</sup>Clarke *The Law of Domestic Relations in the US* (1968) ch 10.

<sup>54</sup>See<sup>4</sup> the report of the South African Law Commission on the law of divorce (RP 57/1978) 7.

<sup>55</sup>Hahlo 111 119.

<sup>56</sup>Voet 9 2 11.

<sup>57</sup>Van der Keessel *Praelectiones ad Grotius* 3 33 2.

<sup>58</sup>1911 AD 657.

loss of the comfort and society of his wife and of her assistance in the care, clothing and upbringing of the children. The court determined that in an action based on negligence, only patrimonial loss was recoverable and that the loss by a husband of his wife's assistance in the "care, clothing and upbringing of his children" was such loss. Although it was recognized that the loss of the comfort and society of a wife was "... a deprivation which in many ways transcends, in the grief, distress and discomfort which it occasions, any other loss which a man can sustain," it was held not to be a loss which for purposes of compensation as distinct from retribution, was capable of being calculated in money.<sup>59</sup>

Similarly a wife whose husband's death is caused by the negligence of a third party can claim for loss of support but not for the loss of the comfort and society of a loving husband.<sup>60</sup>

The action for loss of support should in principle also be available where the supporting spouse has suffered non-fatal injury as a result of the negligence of a third party. In *Abott v Bergman*<sup>61</sup> the court allowed the action to a husband whose wife, to whom he was married in community of property and upon whom he relied to assist him in running a boarding-house, sustained non-fatal injuries as a result of defendant's negligence. Referring to the decision in *Warneke*, the court determined that there was no reason why a husband should not be allowed to recover actual pecuniary loss sustained; if he could recover loss sustained through the death of his wife, he should also be able to recover where her injuries were non-fatal.

In *Plotkin v Western Assurance Co Ltd*<sup>62</sup> a husband claimed for loss of support where his wife was negligently injured by a third party. Here the parties were married out of community and the wife assisted the husband in the running of his business. It was contended that the husband married out of community had no right to demand the assistance of his wife in such circumstances and that there was therefore no cause of action. However, the court correctly determined that, whether the marriage is in or out of community, the reciprocal duty of spouses to support each other remains, and since in this case loss of support was proved, the claim for damages succeeded.

Since the duty of support is reciprocal, a wife should also be able to claim where her husband has been injured and she has been deprived of support. The position in terms of our positive law is not clear. The Transvaal court in *De Vaal v Messing*<sup>63</sup> refused to recognize that a wife had an action for loss of support where her husband had suffered non-fatal injuries. The parties were married in community of property and the husband was precluded from suing because of contributory negligence on his part.<sup>64</sup> He applied for leave to sue as guardian of his wife and minor child, for damages

<sup>59</sup>per Lord de Villiers 662.

<sup>60</sup>*Union Government v Lee* 1927 AD 202.

<sup>61</sup>1971 AD 53.

<sup>62</sup>1955 3 SA 38 (W).

<sup>63</sup>1938 TPD 34.

<sup>64</sup>The case was decided before the Apportionment of Damages Act 34 of 1956.

for loss of support. The application was refused and the decision upheld on appeal. Briefly the court argued as follows:

(i) The husband himself could claim from the wrongdoer and any claim by a dependent wife would be met by the answer that she had suffered no loss.

(ii) Where the husband was precluded from claiming because of his contributory negligence, the dependants would have no action since otherwise an anomalous position would be created whereby the husband "could by his own contributory negligence create in favour of his dependants a cause of action that would not exist in the absence of such negligence."

The court sought to explain the decision in *Abbott* on the ground that the parties being married in community of property, the husband was suing on behalf of the joint estate and not on his own behalf. It seems, however, that there is nothing in the appellate division decision to suggest that this was the case.<sup>65</sup>

The question arises as to whether the position has been altered by the provisions of the Apportionment of Damages Act.<sup>66</sup> In the first place in terms of the Act, the husband in a *De Vaal v Messing* type of situation would not be precluded from claiming damages but apportionment would be effected in proportion to his contributory negligence. Secondly it seems clear that the wording of the amendment act is wide enough to allow a wife to claim from a negligent third party who together with her injured spouse was jointly responsible for the loss suffered. Such third party would then have a right of recourse against the injured husband who as joint-wrongdoer would be liable to the extent of his contributory negligence.<sup>67</sup> If the parties were married out of community of property the wife could claim against the third party for loss of support but the latter would have a right of recourse against the negligent husband. Since in such a case there would be two separate estates the damages awarded to the wife would remain intact. Where the parties were married in community, the husband could sue on behalf of the wife but whether damages awarded would be protected from the third party's right of recourse, is debatable. The proviso to subsection (6)(a) of the relevant statute determines that the "recovery of a contribution" from a joint-wrongdoer is "not deemed to form part of the joint estate . . . except in so far as any such amount relates to an asset . . . of the joint estate."

If the right to support is regarded as an asset of the joint estate then the damages awarded would not be protected.<sup>68</sup> This leads to the anomalous

<sup>65</sup>Similar reservations to the narrow interpretation of the decision in *Abbott* by the court in *De Vaal v Messing* were expressed by Ramsbottom J in *Plotkin v Western Assurance* 393.

<sup>66</sup>34 of 1956 as amended by act 58 of 1971.

<sup>67</sup>South African writers are divided on whether in this respect the Apportionment of Damages Act, as amended, has affected the decision in *De Vaal v Messing*. Prof Boberg holds that though the wording of the amending statute is wide enough to allow this, the common law position as determined in *De Vaal v Messing* remains unaltered; see 1971 *SALJ* 423 453. A contrary view is expressed in Van der Merwe and Olivier 322.

<sup>68</sup>This is the view of Van der Merwe and Olivier at 320.



situation that the wife's position is determined by whether or not she is fortuitously married out of community of property.

Although an action is recognized where loss of support is occasioned by the negligent conduct of a third party, the appellate division in *Warneke* determined that the loss of comfort and society was not a loss capable of compensation.

However, the following dictum of the judge-president in this case raises two interesting questions:

"It may be desirable that a husband should be able to recover damages as a *solatium* for his wounded feelings and for loss of comfort and domestic happiness but this is an extension of the law which must be made by the legislature."<sup>69</sup>

The first question concerns the desirability of allowing compensation or satisfaction where non-material loss is caused negligently; the second whether an action claiming damages in such circumstances is possible within the existing framework of our law.

In considering the second question, it seems clear that within the framework of our law redress might in certain circumstances be available to a deprived spouse. Where the loss has been occasioned by the negligence of a third party and the spouse who is deprived of the comfort and society of his consort, suffers serious shock or emotional disturbance as a result thereof, it seems an action will be maintained provided the consequences of the negligent conduct are reasonably foreseeable by the third party. This is the analogy to be drawn from the appellate division decision in *Bester v Commercial Union Versekeringsmaatskappy*.<sup>70</sup>

The action here would be the action for pain and suffering which founded on negligence, enjoys in our law an existence independent of the *actio legis Aquiliae* and the *actio iniuriarum*.<sup>71</sup>

Although the court in *Hoffa* stated that damages awarded in the action for pain and suffering "are in a certain sense analogous to the *solatium* which is awarded under the *actio iniuriarum* . . . as a salve to . . . wounded feelings,"<sup>72</sup> it seems the action should not be regarded as a penal action in the sense of the *actio iniuriarum*. This view is supported by the fact that negligence is sufficient to ground the action. Seen in this light, the *solatium* awarded may be regarded as a form of compensation to which the injured party is entitled for non-material loss rather than merely retribution to be exacted from a wrongdoer.<sup>73</sup>

<sup>69</sup>Lord de Villiers 662.

<sup>70</sup>1973 1 SA 769 (A). In this case the court determined that the mental anguish and emotional shock suffered by a young child who witnessed the accident in which his younger brother was fatally injured was a "bodily injury" and he was entitled to compensation.

<sup>71</sup>See *Hoffa v SA Mutual Fire and General Insurance Co* 1965 2 SA 331 (C) 338; *Government of RSA v Ngubane* 1972 2 SA 601 (A). In *Hoffa* the court was of the opinion that the action originated in nostris et Gallorum moribus. In a recent thesis the influence of the Spanish natural law philosophers is traced: Olivier *Die Akisie weens die Nalatige Ver-oorsaking van Pyn en Lyding* LLD thesis Leiden (1978).

<sup>72</sup>342.

<sup>73</sup>Scott "Aspekte van die Oorerflikheid van Genoegdoeningseise" 1978 *THRHR* 131 143.

It has been argued that the right of one spouse to the comfort and society of the other is a right personal in nature which flows from the marriage. However, where loss of such comfort and society results from the negligent conduct of a third party, the feelings of well-being and happiness of the deprived spouse must necessarily also be affected. Infringement would therefore fall within the ambit of the action for pain and suffering which, as has been maintained, is reipersecutory rather than punitive.

Consideration may now be given to the question as to the desirability of extension of the action for pain and suffering in order to afford protection of the marriage relationship. Various objections may conceivably be raised against allowing the action in this context:

First there is the danger of double recovery. This danger is more apparent than real. Where injury and not death follows the negligent conduct of a third party, the injured spouse himself would be able to sue for pain and suffering and loss of amenities of life. In principle there is no reason for denying an action where a single act has resulted in injury to different persons. Not only will the spouse reduced to a state of permanent invalidity suffer infringement of personality but so too his consort who as a result may be forced to forgo the privilege of having children. In such circumstances the feelings of well-being of both spouses would be affected. Where, however, the injury is fatal, only the surviving spouse would be able to claim, the action for pain and suffering being intransmissible.<sup>74</sup>

Second there is the allied danger that excessive liability may be incurred by third parties. This danger could easily be obviated. In the first instance liability could be limited by the requirement that the consequences should have been foreseeable with a relatively high degree of probability.<sup>75</sup> Secondly, the quantum of damages awarded will naturally depend upon all the circumstances and where the loss of comfort and society is merely temporary or slight, damages will not be awarded. Finally, in most cases the real defendant will be an insurance company and society as a whole will carry the burden of increased premiums. Surely this is a price that a society which deems the marriage relationship worthy of protection, should be prepared to pay.

The proposed extension of the action for pain and suffering in order to protect the consortium of the marriage could be effected without a derogation of principle. □

*While technology races, legislation crawls.*

*Edward Long The Intruders 183*

<sup>74</sup>*Government of RSA v Ngubane supra.*

<sup>75</sup>Van Rensburg *Juridiese Kousaliteit en Aspekte van Aanspreeklikheidsbeperking by die Onregmatige Daad* LLD thesis Unisa (1970).

# Eiendom op die huurkoopsaak en kansellasië van onuitgevoerde kontrakte by insolvensie van die huurkoopverkoper

MFB Reinecke  
*BA LLB*

DSP Cronjé  
*Hons-BA LLM LL.D.*

## SUMMARY

The Insolvency Act 24 of 1936 does not deal with the question of where ownership of the thing sold on hire-purchase should vest upon the insolvency of the hire-purchase seller before the instalments have been paid. One must consequently turn to the common law for an answer, but as the hire-purchase contract, as we know it today, was unusual in our common law, the question must be answered in accordance with the basic principles of the law of things and the law of obligations. As is to be expected in dealing with general principles, there is in these circumstances a divergence of opinion in respect of the vesting of ownership of a hire-purchase article. The matter is further confused because of the uncertainty prevailing in our law regarding the precise effect of a sequestration order on a contract that has not yet been fully executed. Some jurists are of the opinion that the trustee of the insolvent seller has the right to decide whether to abide by the hire-purchase contract or to rescind from it. The vesting of the ownership of the article sold on hire-purchase would therefore depend on his decision. It is suggested in this article that this approach is wrong and that the better view is that whether or not the hire-purchaser becomes owner depends on himself. All he has to do to attain this end is to pay all his instalments. It is further suggested that for the sake of legal certainty the matter should best be left to the legislator.

Wat gebeur met die eiendomsreg op 'n roerende saak wat op huurkoop verkoop is waar die huurkoopverkoper se boedel gesekwestreer word voordat die huurkoopkoper al die paaiemente betaal het? Oor hierdie belangrike vraag rep ons Insolvensiewet<sup>1</sup> nie 'n woord nie. Die Insolvensiewet<sup>1</sup> bevat naamlik eenaardig genoeg nóg 'n algemene reëling oor die invloed van sekwestrasie op onuitgevoerde kontrakte, nóg enige besondere voorskrif wat spesifiek op die insolvensie van die huurkoopverkoper van toepassing is. Gevolglik is 'n mens op die gemenerereg aangewese. Die huurkoopkontrak soos ons hom vandag ken, was egter nie in die gemenerereg gebruiklik nie

---

<sup>1</sup>Wet 24 van 1936.

met die gevolg dat hierdie vraagstuk vanuit verbintenis- en sakeregtelike grondbeginsels beoordeel moet word.

Soos verwag kan word waar dit oor die toepassing van breë, algemene beginsels gaan, loop die menings oor die lotgeval van die eiendomsreg op die huurkoopsaak in die onderhawige situasie uiteen. Die saak word veral vertroebel vanweë die onsekerheid wat heers oor die presiese uitwerking van 'n sekwestrasiebevel op onuitgevoerde kontrakte in die algemeen. Geen finale oplossing van die probleem is al bereik nie. Een groep juriste skram weg van die probleem.<sup>2</sup> Volgens 'n ander groep hang dit in finale instansie van die huurkoopverkoper se kurator af of die koper eiendomsreg op die huurkoopsaak gaan verkry.<sup>3</sup> Na hierdie mening sal vervolgens gerieflikheidshalwe as die eerste standpunt verwys word. Hierdie groep juriste vorm oënskynlik die meerderheid. Op hierdie standpunt bestaan 'n variasie<sup>4</sup> wat weliswaar dieselfde resultaat oplewer maar enigsins anders gemotiveer word en daarom afsonderlik behandel sal word. 'n Derde groep juriste is die mening toegedaan dat dit nie van die kurator nie maar van die huurkoopkoper afhang of hy eiendomsreg gaan verkry en al wat die huurkoopkoper hoof te doen, is om al die paaïemente betaal.<sup>5</sup> Na hierdie mening sal vervolgens as die tweede standpunt verwys word.

Die aanhangers van die eerste standpunt (naamlik dat dit van die kurator afhang of die huurkoopkoper eiendomsreg op die huurkoopsaak gaan verkry) gaan uit van die standpunt dat 'n kurator oor die bevoegdheid beskik om 'n keuse te maak tussen die instandhouding en ontbinding van 'n kontrak wat die insolvent voor die sekwestrasie van sy boedel gesluit het en wat nog nie volledig uitgevoer is nie.<sup>6</sup> Indien die kurator verkies om die kontrak te kanselleer, is hulle van oordeel dat die huurkoopsaak in die insolvente boedel val omdat eiendomsreg voorbehou is tot by betaling van die laaste paaïement. In so 'n geval is die huurkoopkoper magteloos omdat hy nooit spesifieke nakoming van 'n kontrak kan eis nie<sup>7</sup> hoewel hy natuurlik wel skadevergoeding kan eis. Gesag vir die standpunt dat die huurkoopsaak in geval van insolvensie van die huurkoopverkoper in die insolvente boedel val, vind hulle in die saak van *Harris v Trustee of Buisinne*<sup>8</sup> waar V aan K 'n huis verkoop het en hom ook in besit van die huis gestel het. Voordat die

<sup>2</sup>Vgl bv Gibson *South African Mercantile and Company Law* 4e uitg (1977) 584 saam met 588 en Du Plessis en Van Jaarsveld (red) *Suid-Afrikaanse Handelsreg* (1978) 849 saam met 846. Hockley *Mars The Law of Insolvency* 6e uitg (1968) 150 saam met 158 is onduidelik.

<sup>3</sup>Hahlo en Kahn "The Perilous Position of the Buyer on Hire-purchase" 1951 *SALJ* 98 99; Millner (boekbespreking) 1957 *SALJ* 359 361-362; Boberg (boekbespreking) 1965 *SALJ* 557 558 en Smith *The Law of Insolvency* (1973) 153 e v (en sien ook Smith "Insolvency of the Hire-purchase Seller" 1975 *THRHR* 23 27).

<sup>4</sup>dié van De Wet en Van Wyk *De Wet en Yeats Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* 4e uitg (1978) 469 asook Flemming *Huurkoopreg* 2e uitg (1974) 252 e v.

<sup>5</sup>Diemont, Marais en Aronstam *The Law of Hire-Purchase in South Africa* 4e uitg (1978) 222-227; Du Plessis "The Insolvency of the Seller on Hire-purchase of Movables: Diemont and Marais (now joined by Aronstam) stand firm" 1978 *SALJ* 574.

<sup>6</sup>Sien veral Smith *The Law* 154.

<sup>7</sup>*Consolidated Agencies v Agjee* 1948 4 SA 179 (N) en *Ward v Barrett* 1963 2 SA 546 (A) 553A.

<sup>8</sup>(1840) 2 Menz 113 105. Vgl bv Boberg 558 wat daarop wys dat die *Harris*-saak goeie gesag is ten spyte daarvan dat dit oor onroerende goed handel.

huis in die naam van K getranspoteer kon word, raak V insolvent. Die hof beslis dat 'n koper wat nog nie transport van 'n onroerende koopsaak ontvang het nie, net 'n persoonlike reg het om transport te eis en slegs geregtig is om as konkurrente skuldeiser behandel te word.

Indien die kurator daarteenoor verkies om die kontrak in stand te hou, sal die huurkoopkoper volgens die onderhawige standpunt eiendomsreg op die huurkoopsaak verkry sodra die volle koopprys betaal is. Dit is dus duidelik dat die vraag of die huurkoopkoper eiendomsreg op die huurkoopsaak gaan verkry, volgens hierdie standpunt afhanklik is van die optrede van die kurator.

Daar moet aan die hand gedoen word dat bogenoemde resultaat van die eerste standpunt strydig is met die doel waarvoor eiendomsreg in geval van huurkoopkontrakte voorbehou word. Die eiendomsreg word naamlik bloot ter wille van sekuriteit voorbehou en die verkoper self geniet geen genots- of beskikkingsbevoegdheid ten aansien van die saak nie, behalwe vir sover dit nodig is vir die sekurering van die koopprys. 'n Mens voel daarom dat ook die skuldeisers van die verkoper, soos hyself, geen ander voordeel as sekuriteit dat die koopprys betaal gaan word, behoort te geniet nie. Hierdie gedagte dat die huurkoopverkoper bloot sekerheidseienaar is, vind ook in artikel 84 van die Insolvensiewet<sup>1</sup> weerklank vir sover bepaal word dat indien die huurkoopkoper se boedel gesekwestreer word, die huurkoopverkoper sy eiendomsreg op die huurkoopsaak verloor en in plaas daarvan 'n hipoteek op die saak vestig ter versekering van die uitstaande balans op die koopprys. Die onwenslikheid van die heersende mening word dan ook deur sommige aanhangers daarvan toegegee en hulle doen selfs aan die hand dat die saak deur die wetgewer in die reine gebring behoort te word.<sup>9</sup> Ander ondersteuners volhard weer met die opmerking dat alle skuldeisers oor dieselfde kam geskeer moet word en dat daar geen uitsondering vir 'n huurkoopkoper gemaak kan word waar hy nie oor enige van die gewone vorme van preferensie beskik nie.<sup>10</sup>

In die afwesigheid van enige wetgewende maatreël wat die heersende mening korrigeer, moet uitgemaak word of die huurkoopkoper inderdaad in dieselfde bootjie as 'n nie-preferente skuldeiser verkeer. Die juistheid van die gewraakte standpunt sal vervolgens ontleed word in die lig van die sakeregtelike oorweginge wat ter sprake kom asook die bevoegdhede van 'n kurator rakende onuitgevoerde kontrakte van die insolvent.

Soos bekend word vir eiendomsverkryging van 'n roerende saak na aanleiding van 'n koopkontrak, vereis dat die saak gelewer moet word en dat die koopprys betaal moet wees of andersins dat krediet daarvoor gegee moes gewees het. Wat lewering betref, word 'n fisiese en 'n psigiese element onderskei. Die fisiese element sien op die oordrag van die besit van die saak terwyl die psigiese element dui op die wilsooreenstemming tussen die oordraggewer en oordragnemer om eiendomsreg oor te dra en dit staan as 'n

<sup>9</sup>Hahlo en Kahn 99 en Boberg 558.

<sup>10</sup>Smith "Insolvency" 28.

saaklike ooreenkoms<sup>11</sup> bekend.

Dit wil voorkom asof minstens sommige skrywers wat die eerste standpunt handhaaf, uitgaan van die veronderstelling dat daar nie aan die huurkoopkoper gelewer word as die saak aan hom oorhandig word nie.<sup>12</sup> Gevolglik oefen die huurkoopverkoper sy besit na die oorhandiging van die saak deur middel van die huurkoopkoper uit. Werklike lewering vind dan eers plaas na betaling van die laaste paalement en wel in die vorm van *traditio brevi manu*.<sup>13</sup> Dat dit hulle mening moet wees, lei 'n mens af van die gesag waarop hulle hul beroep, naamlik die *Harris*-saak<sup>8</sup> waar lewering (transport) nog nie bewerkstellig was nie. Slegs as *traditio brevi manu* die aangewese leweringskonstruksie is, sal dit onhoudbaar wees<sup>14</sup> om die *Harris*-saak<sup>8</sup> van die onderhawige geval te onderskei. Aangesien daar volgens hierdie konstruksie nie eers aan die huurkoopkoper gelewer is nie (afgesien daarvan dat daar so gesien nie krediet vir die koopprys gegee word nie omdat die prys inderdaad voor lewering betaal moet word) kan die koper op geen manier sonder medewerking van die kurator eienaar van die huurkoopzaak word nie.

Dit moet egter betwyfel word dat lewering in huurkoopgevalle normaalweg deur middel van *traditio brevi manu* geskied.<sup>15</sup> Normaalweg vind lewering by oorhandiging van die saak plaas<sup>16</sup> omdat dit die bedoeling van die partye is dat die huurkoopkoper eienaar moet word. Eiendomsoorgang word net nie onmiddellik bewerkstellig nie vanweë die bedoeling van die partye dat die eiendomsreg tot by betaling van die laaste paalement voorbehou word. Inderdaad het 'n mens hier te doen met 'n opskortende voorwaarde wat nie die verbintenis uit die huurkoopkontrak raak nie dog wel die werking van die saaklike ooreenkoms waardeur eiendomsoorgang bewerkstellig word. Die werking van die saaklike ooreenkoms word dus afhanklik gestel van die vervulling van 'n voorwaarde, te wete betaling van die prys.<sup>17</sup> Indien die prys uiteindelik betaal word, word die voorwaarde vervul en word eiendomsoorgang bewerkstellig sonder dat enige verdere regshandeling verrig hoef te word, dit wil sê *ipso iure*. Voor vervulling van die voorwaarde bly die huurkoopverkoper eienaar hoewel lewering reeds plaasgevind het en indien die voorwaarde ontbreek (dit wil sê die prys nie betaal word nie wat eers sal vasstaan as die kontrak ontbind word), is die huurkoopverkoper as eienaar op teruggawe geregtig. Voorts is dit duidelik dat aangesien die koper die prys na lewering moet betaal, dit 'n krediettransaksie is maar natuurlik moet die prys eers betaal word voordat eiendomsoorgang volg omdat dit juis die strekking van die voorwaarde is.

<sup>11</sup>Oor die begrip saaklike ooreenkoms, sien Cronjé "Die Saaklike Ooreenkoms by die Eiendomsoorgang van Roerende Sake" 1978 *THRHR* 227.

<sup>12</sup>Smith (bv *The Law* 155) verduidelik nie hoe en wanneer aan die huurkoopkoper gelewer word nie. Vgl ook Flemming 253.

<sup>13</sup>Vgl *Pennefather v Gokul* 1960 4 SA 42 (N) 43-44.

<sup>14</sup>soos De Wet en Van Wyk 469 aanvoer.

<sup>15</sup>Sien Cronjé "Die Juridiese Konstruksie van Eiendomsvoorbehoud" 1979 *THRHR* 142 en "Die Verkryging van Eiendomsreg deur 'n Huurkoopkoper" 1979 *TSAR* 16.

<sup>16</sup>Ook Diemont e a 226 spreek die mening uit dat onmiddellik by oorhandiging van die saak aan die huurkoopkoper gelewer word.

<sup>17</sup>Cronjé *ibid*.

Dit wil voorkom asof hierdie leweringskonstruksie in die normale geval die werklike bedoelings van die partye betrokke by so 'n transaksie sal weer-spieël sonder om daarmee te ontken dat die partye in uitsonderingsgevalle *traditio brevi manu* in gedagte kon gehad het. In die lig van bogaande behoort die huurkoopkoper aan wie gelewer is nie as die houer van 'n blote vorderingsreg beskou te word nie.<sup>18</sup>

Indien lewering inderdaad by oorhandiging van die saak plaasvind met dien verstande dat eiendomsoorgang eers intree as die voorwaarde wat daarvoor gestel is (te wete betaling van die prys), vervul is, en die verkoper se boedel word gesekwestreer, kan niks die uiteindelijke eiendomsoorgang verhoed nie<sup>19</sup> tensy die kurator geregtig is om 'n onuitgevoerde kontrak van die insolvent te kanselleer. Spesifiek die *Harris*-saak<sup>8</sup> is geen gesag tot die teendeel nie want daar het nog nie alles plaasgevind wat nodig is om lewering uit te maak nie. In casu gaan dit dus nie oor 'n koper wat lewering van hom wil eis nie maar oor die posisie van 'n koper aan wie reeds gelewer is en van wie nou verwag word om die saak terug te lewer. Dat 'n voorwaarde so 'n onstuitbare werking het, kan geïllustreer word aan die hand van die posisie by 'n verbinteniskeppende ooreenkoms. As 'n kontrak naamlik onderworpe aan 'n voorwaarde gesluit is, kan buiten terugtrede deur die kurator niks die ontstaan van die *skuld* by vervulling van die voorwaarde verhoed nie ten spyte daarvan dat die skuldenaar intussen insolvent geword het.

Indien 'n kurator in die algemeen geregtig is om 'n onuitgevoerde kontrak van die insolvent te kanselleer, kan dit beteken dat die kurator van die huurkoopverkoper ook die huurkoopkontrak kan kanselleer omdat die prys nog nie volledig betaal is nie. Ontbinding van die kontrak weer sou vervulling van die voorwaarde verhoed omdat die koper nie na ontbinding van die kontrak die prys kan betaal nie. Dit is dus in huurkoopverband van besondere belang om uit te maak of 'n kurator wel oor die bevoegdheid beskik om 'n kontrak te kanselleer soos die voorstanders van die eerste standpunt te kenne gee.

Die vraag of 'n kurator 'n onuitgevoerde kontrak van die insolvent kan kanselleer, moet beoordeel word teen die agtergrond van die beginsel dat

<sup>18</sup>Diemont ea 226 wys tereg daarop dat die huurkoopkoper inderdaad nie meer oor sy primêre vorderingsreg op lewering beskik nie aangesien dit deur voldoening uitgewis is. Volgens hulle geniet die huurkoopkoper 'n "contingent real right" wat deur die reg beskerm word. In dié verband verwys hulle na *Boland Bank Bpk v Joseph* 1977 2 SA 82 (D) wat volgens hulle impliseer dat die huurkoopkoper meer as 'n bloot persoonlike reg het alhoewel dit nie volle dominium is nie. Sien ook 1977 *THRHR* 390.

<sup>19</sup>Volgens Flemming kan die vervulling van 'n voorwaarde egter nie so 'n uitwerking hê nie en hy voer twee redes hiervoor aan. Eerstens meen hy dat die vervulling van die voorwaarde slegs meebring dat die bedoeling tot eiendomsoorgang tot stand kom en volgens Flemming kan daar nie aan so 'n bedoeling wat na sekwestrasie ontstaan, gevolg gegee word nie. Dit lyk egter nie of hierdie beswaar steek hou nie omdat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra inderdaad voor sekwestrasie gevorm word vir sover die partye by lewering wilsooreenstemming bereik het. Bloot die gevolge van hulle regs-handeling is afhanklik gemaak van die vervulling van 'n voorwaarde. Tweedens wys hy daarop dat lewering in besit en lewering in eiendom nie dieselfde ding is nie. Hiermee word dan te kenne gegee dat daar nie regstegnies aan die koper gelewer word by oorhandiging van die saak nie, welke opvatting reeds hierbo bestry is.

'n kontraktant wat uitvoering van 'n wederkerige kontrak vorder, van sy kant moet presteer of prestasie aanbied aler sy vordering ontvanklik is<sup>20</sup> (vergelyk die sogenaamde *exceptio non adimpleti contractus*; daar sal vervolgens na hierdie beginsel as die wederkerigheidsbeginsel verwys word). Hierdie beginsel word ook toegepas indien een van die kontraktante insolvent raak<sup>21</sup> en dit wil voorkom asof daar 'n mate van verwarring tussen die gevolge van hierdie wederkerigheidsbeginsel en terugtrede deur die kurator ontstaan het.

Vanweë die strekking van die wederkerigheidsbeginsel sal 'n persoon wat 'n wederkerige kontrak gesluit het, te een of ander tyd vir homself 'n keuse moet maak tussen uitvoering van die kontrak (om sodoende die ander kontraktant se prestasie te bekom) en verwerping daarvan deur die ander kontraktant kennis te gee dat hy nie gaan presteer nie. Verkies hy om die kontrak te verwerp (dit wil sê uitvoering daarvan te weier), sal dit nie alleen meebring dat hy nie die teenprestasie sal kan opvorder nie maar boonop sou dit 'n daad van repudiëring wees. Die gewone gevolge verbonde aan 'n daad van repudiëring sou gevolglik ter sprake kom. Dit hou in dat die onskuldige kontraktant 'n keuse sal moet maak tussen aanvaarding en ignorering van die repudiëring. Die skuldige kontraktant sou natuurlik nie onder hierdie omstandighede daarop aanspraak kon maak dat hy die kontrak deur sy verwerping daarvan gekanseller het nie, maar die onskuldige kontraktant sou dit kon doen deur die repudiëring as daad van kontrakbreuk te aanvaar. As die onskuldige egter die repudiëring ignoreer, bly die kontraktuele regte en verpligtinge voortbestaan met dien verstande dat die wederkerigheidsbeginsel steeds in ag geneem sal moet word.

Bogaande beginsels behoort net so toegepas te word waar een van die partye insolvent raak met die voorbehoud dat die kurator dan die plek van die insolvent inneem. Indien die kurator nou na oorleg met die skuldeisers besluit dat hy nie in die teenprestasie belangstel nie en die insolvent se verpligtinge nie gaan uitvoer nie, behoort dit eweseer tot gevolg te hê dat die mede-kontraktant sy prestasie mag terughou en dat die kurator se optrede

<sup>20</sup>Vgl De Wet en Van Wyk 177 ev.

<sup>21</sup>Daar word nl veelal in die regspraak beklemtoon dat (afgesien van die eleksiebevoegdheid waaroor 'n kurator beskik – sien later) as 'n kurator uitvoering van 'n kontrak vereis, hy van sy kant sal moet sorgdat al die verpligtinge van die insolvent nagekom word. So sê r Galgut in *Lake v Reinsurance Corp* 1967 3 SA 124 (W) "This exception [dat nie gepresteer is nie] is based on the principle that a trustee who wishes to enforce a contract entered into prior to insolvency by the insolvent 'cannot demand performance of any remaining obligation under the contract by such other party, unless he himself tenders complete performance of all the insolvent's obligations, including unfulfilled past ones, under the contract.' See *Tangney v Zive's Trustee*, 1961(1) SA 449(W) at p 453 and *Ward v Barrett, N O a a N O*, 1963(2) SA 546 (AD) at p 554. This principle is merely an extension of the principle applicable in all bilateral contracts, viz that the party who seeks to enforce specific performance must first fulfil or be ready and able to fulfil his own obligations." Sien ook *Bryant & Flanagan Pty Ltd v Muller* 1977 1 SA 800 (N) waar uitdruklik na die *exceptio non adimpleti contractus* verwys is op 805F. Die saak is in appèl bevestig – 1978 2 SA 807 (A). Sien verder in verband met die toepassing van die beginsel *Scheinfeld's Trustee v Murray & Co* 1920 CPD 87 (en let op die kritiek van De Wet en Van Wyk 187); *Estate Friedman v Katzeff* 1924 WLD 298 en *Goodricke & Co v Auto Protection Insurance* 1968 1 SA 717 (A) 723-724.



as repudiëring behandel moet word. Die kontrak behoort dus nie deur sodanige verwerping opgehef te word nie maar die onskuldige party behoort onder hierdie omstandighede te kan besluit om deur aanvaarding van die repudiëring die kontrak op te hef. Die bogaande reëls moet egter in 'n belangrike opsig gekwalifiseer word, naamlik dat as die onskuldige kontraktant verkies om die repudiëring te ignoreer, hy nie kan verwag om spesifieke nakoming te verkry nie.<sup>7</sup> Indien die onskuldige kontraktant dus verkies om die repudiëring te ignoreer en die kontrak uit te voer, sou hy tevrede moet wees met 'n konkurrente dividend in plaas van die volle teenprestasie.

Voordat nagegaan word of 'n kurator 'n onuitgevoerde kontrak van die insolvent kan kanselleer, kan die vraag gestel word of 'n kontraktant, afgesien van 'n huurkoopkoper, enige behoefte kan hê om 'n kontrak teenoor die kurator uit te voer, aangesien hy nie werklike nakoming van die kurator kan verkry nie maar hoogstens 'n konkurrente dividend op die waarde van die teenprestasie. Daar kan immers aangevoer word dat selfs al kan 'n kurator 'n onuitgevoerde kontrak kanselleer, dit nietemin kontrakbreuk sal wees en gevolglik behoort die insolvent se mede-kontraktant gewoonweg skadevergoeding op die boedel te kan verhaal om hom te plaas in die posisie waarin hy sou gewees het as die kontrak behoorlik uitgevoer is (welke eis natuurlik soos die eis op die waarde van die teenprestasie hierbo 'n konkurrente eis sal wees). So 'n behoefte bestaan wel. Hoewel die insolvent se mede-kontraktant nie normaalweg bereid sal wees om van die exceptio non adimpleti contractus af te sien en ter wille van 'n konkurrente dividend op die teenprestasie die kontrak uit te voer nie, mag dit wel by wyse van uitsondering vir hom van belang wees. So kan 'n verkoper op die uitvoering van sy verpligtinge wil aandrang waar die koopsaak moeilik van die hand gesit kan word (byvoorbeeld omdat dit vir risiko van die insolvent versleg het) maar tog nog 'n bepaalde markwaarde het. Dit sou veral die geval wees waar goeie dividende betaal word. Net so is dit vir 'n versekerde wat hom teen skade verseker het, belangrik dat hy die premie kan aanbied vir 'n konkurrente dividend op skadevergoeding na aanleiding van 'n skadeval wat na likwidasië van die versekeraar plaasgevind het. Om aan die versekerde skadevergoeding weens die ontbinding van die kontrak toe te ken, gaan nie noodwendig bevredigend wees nie vanweë die verpligting om skade nie te laat oloop nie. Veral in die geval van deurlopende verbintenisse mag die voortbestaan en uitvoering van die kontrak betekenisvol wees as 'n borg hom aanspreeklik gestel het<sup>22</sup> vir die nakoming van enige verpligtinge wat uit die kontrak voortvloei. Die insolvent se mede-kontraktant mag ten slotte ook belang in die handhawing van die kontrak hê vir sover dit arbitrasie of die prosedure by ontbinding reël.

In die appèlhoofsaak *Bryant & Flanagan v Muller*<sup>23</sup> (wat nou as die toonaangewende saak op hierdie gebied beskou kan word hoewel daar nie nuwe weë ingeslaan word nie) beskryf die hof die kurator se bevoegdhede rakende onuitgevoerde kontrakte soos volg:

“The law would appear to be clear that a trustee in insolvency and thus a liquidator

<sup>22</sup>Vgl die feite van *Montelindo Compania Naviera SA v Bank of Lisbon* 1969 2 SA 127 (W.)

<sup>23</sup>1978 2 SA 807 (A) 812.

of a company in liquidation . . . is invested with a discretion to abide by or terminate an executory agreement, not specifically provided for in the Insolvency Act, which had been concluded by the company in liquidation before its liquidation. Such agreement does not terminate automatically on the company being placed in liquidation. *Chadwick v Henochberg* 1924 TPD 703 at 705; *Tangney and Others v Zive's Trustee* 1961 (1) SA 499 (W) at 452H-453B; *Montelindo Compania Naviera SA v Bank of Lisbon & SA Ltd* 1969 (2) SA 127 (W) at 141 G-H. The liquidator must make his election within what, regard being had to the circumstances of the case, is a reasonable time. Should he elect to abide by the agreement the liquidator steps into the shoes of the company in liquidation and is obliged to the other party to the agreement to whatever counter-prestation is required of the company in terms of the agreement."

Elders merk die hof ook op:<sup>24</sup>

"They [dws die likwidaateurs] could choose to abide by the contract or to resile from it. The election to do one or the other had to be made within a reasonable time."

Die hierbo aangehaalde woorde skep die indruk dat die kurator wel by magte is om 'n onuitgevoerde kontrak te kanselleer. Veral die gebruik van die begrippe "terminate" en "resile" skyn so 'n bedoeling weer te gee. As die kurator gevolglik in die uitoefening van sy eleksie-bevoegdheid besluit om die kontrak te ontbind, kan die kontrak natuurlik nie meer deur die insolvent se mede-kontraktant (of wie ook al) nagekom word nie al wil hy ook. Indien die kurator wel die bevoegdheid het om 'n kontrak aldus te ontbind, moet 'n mens aanvaar dat hy hom daardeur aan die een of ander vorm van kontrakbreuk skuldig sal maak. Wat die presiese gevolge daarvan sou wees, is nie volkome duidelik nie. Dit is veral nie duidelik of enige teenprestasie wat die insolvent miskien reeds gelewer het, as verbeur beskou sal moet word nie.<sup>25</sup>

Aan die ander kant is daar in der waarheid niks in die uiteindelijke beslissing van die appèlhof wat teenstrydig is met die opvatting dat die keuse wat die kurator moet maak, saamhang met die wederkerigheidsbeginsel nie. So gesien, neem die kurator maar net, soos enige party by 'n wederkerige kontrak kan doen, 'n besluit of hy die teenprestasie wil opeis al dan nie. Wil hy dit opeis, sal hy van sy kant alles moet doen wat die insolvent moes doen. Wil hy dit nie bekom nie en weier hy daarom om te presteer, behou hy welisweer die insolvent se prestasie maar dan maak hy hom potensieel skuldig aan kontrakbreuk. Wat is nou die werklike posisie?

<sup>24</sup>813.

<sup>25</sup>In *Mangold Brothers v Greyling's Trustee* 1910 EDL 471 474 het die kurator van 'n insolvent wat goedere op huurkoop gekoop het, die kontrak verwerp. (Hierdie saak is natuurlik beslis voordat a 84 van die Insolvensiewet op die wetboek gekom het.) Die verkoper het toe die huurkoopgoedere teruggeëis maar die kurator het geweier om die goedere terug te gee alvorens die verkoper die paaiement terugbesorg wat hy reeds ontvang het. Na aanleiding van *Smuts v Neethling* 3 Menz 283 beslis die hof dat die kurator nie op terugbetaling geregtig is nie. Hierdie saak kan met respek nie as 'n gesaghebbende uiteensetting op dié punt aanvaar word nie omdat die hof hom gebonde geag het aan die *Smuts*-saak terwyl lg saak te doen gehad het met die gevolge verbonde aan die uitoefening deur die kurator van 'n statutêre bevoegdheid (vgl die huidige a 35 van ons Insolvensiewet) om 'n kontrak vir die aankoop van onroerende goed te verwerp. Vgl *Barenblatt & Son v Dixon* 1917 CPD 319 321 en sien De Wet en Van Wyk 214.

Die beslissings waarna die appèlhof in die aanhaling verwys, verteenwoordig twee sieninge. In *Chadwick v Henochsberg*<sup>26</sup> maak regter Stratford die volgende opmerking:

“The case [nl *Ex parte Chalmers, in re Edwards* 8 Ch App 289] exemplifies the obligations of the purchaser; he must not only be willing and able to pay the future deliveries, he must be equally ready and able to pay those due and unpaid, and if he says to the vendor by his words or conduct ‘I will not or cannot pay the sums due under our contract,’ such a statement is a repudiation of his obligations which the other party may accept as putting an end to the contract.”

Hierdie opvatting van die hof moet begryp word teen die agtergrond van die volgende stelling van die hof:<sup>27</sup>

“The authorities are indeed conclusive that the insolvency (*per se*) of the buyer does not entitle the seller to cancel the contract. The trustee may elect to affirm it, but if he does so he must tender arrear payments as well as make payment for subsequent deliveries.”

Die hof verwys vervolgens na die saak *Ex parte Stapleton, in re Nathan*<sup>28</sup> en merk dan op dat dit

“seems to establish that as against the insolvent the insolvency *per se* is a repudiation, but something more is required to show repudiation by the trustee.”

Die afleiding kan hieruit gemaak word dat die hof in die *Chadwick*-saak verwerping van ’n kontrak deur ’n kurator as repudiëring beskou hoewel dit eintlik nie nodig was om vir doeleindes van die beslissing in die saak die vraag uit te maak nie.

Hoewel die beslissing van die appèlhof in die *Bryant*-saak<sup>23</sup> as neutraal teenoor die vraag of ’n kurator kan terugtree, uitgelê kan word, verteenwoordig ’n volgende saak waarna die appèlhof verwys, naamlik *Montelindo Compania Naviera SA v Bank of Lisbon and SA Ltd*,<sup>22</sup> ’n ander siening as die *Chadwick*-beslissing.<sup>26</sup> In dié saak neem regter Colman die houding in, nadat aan hom voorgehou is dat ’n kurator ’n kontrak slegs kan repudieer en nie eensydig kan kanselleer nie, dat

“an executory contract, not specifically provided for in the Insolvency Act, does not automatically terminate (unless it falls within the exceptional class which I have mentioned). In relation to such a contract the trustee must make an election within a reasonable time, to continue the contract or terminate it.”<sup>29</sup>

Die standpunt dat ’n kurator slegs die kontrak kan repudieer en nie kanselleer nie, het die hof as ’n nuwigheid beskou waarop hy nie verder hoef in te gegaan het nie. In casu het die kurator van die insolvente huurder van ’n saak te kenne gegee dat hy die kontrak nie gaan voortsit nie. Die hof het bevind dat die kurator die huurkontrak regsgeldig ingevolge artikel 37 van die Insolvensiewet<sup>30</sup> ontbind het en obiter bygevoeg dat dieselfde resultaat ingevolge die gemenereg bereik sou gewees het sonder dat spesifiek op die gemenereg ingegaan is.<sup>31</sup>

<sup>26</sup>1924 TPD 703 707.

<sup>27</sup>705.

<sup>28</sup>10 ChD 586.

<sup>29</sup>141G.

<sup>30</sup>139H.

<sup>31</sup>142D.

Sedert die *Montelindo*-saak<sup>22</sup> is daar by 'n paar geleenthede sonder om te beslis maar met goedkeuring verwys na die standpunt van die hof dat die kurator 'n onuitgevoerde kontrak mag kanselleer.<sup>32</sup> In *Simmons v Bantoesake Administrasieraad (Vaaldrivehoekgebied)*<sup>32</sup> het die likwidateur van 'n bouaannemer betaling ingevolge 'n boukontrak geëis ten spyte daarvan dat die bouaannemer weens sy kontrakbreuk van die perseel afgesit is en die likwidateur self daarna die kontrak verwerp het. Die hof bevind dat die likwidateur nie op grond van die kontrak kan eis nie omdat wanprestasie plaasgevind het en voeg by:<sup>33</sup>

“n Verdere probleem staan die applikant [dit wil sê die likwidateur] in die weg. Hy het uit die kontrak teruggetree soos hy uit hoofde van sy amp en die maatskappy se likwidasie geregtig is om te doen. Gevolglik is hy nie meer geregtig om op die kontrak te steun vir sy eis nie, tensy daar reeds 'n opeisbare skuld ontstaan het voor terugtrede . . .”

Hierdie opmerking het die hof klaarblyklik as 'n aanvullende argument aangewend en dit nie nodig gevind om op die meriete van die vraag in te gaan nie. Dit wil in ieder geval voorkom asof die likwidateur se verwerping deur die bouheer aanvaar is met die gevolg dat die boukontrak nie deur die likwidateur nie maar deur die bouheer ontbind is met dieselfde resultaat vir die likwidateur.

Uit bogaande skyn dit asof daar geen konklusiewe gesag is vir die standpunt dat 'n kurator 'n onuitgevoerde kontrak kan ontbind nie. In die lig van die afwesigheid van sodanige gesag word aan die hand gedoen dat die algemene beginsels van die kontraktereg hier toepaslik is en dus kan 'n kurator 'n onuitgevoerde kontrak in die afwesigheid van 'n bedonge of wetteregtlike terugtreddingsbevoegdheid slegs repudieer maar nie kanselleer nie.<sup>34</sup> Die eleksiebevoegdheid waarvan sprake is, hang dienooreenkomstig saam met die wederkerigheidsbeginsel wat dan ook die verklaring bied waarom hierdie eleksiebevoegdheid volgens ons howe slegs ter sprake kom as die wederkerigheidsbeginsel terselfdertyd ter sprake is, met ander woorde waar die *exceptio non adimpleti contractus* tot die beskikking van die insolvent se mede-kontraktant is. So het die appèlhof in *Ward v Barrett*<sup>35</sup> beslis dat as die insolvent se mede-kontraktant ten volle gepresteer het maar die insolvent nog slegs gedeeltelik, die eleksiebevoegdheid van die kurator nie relevant is nie en die medekontraktant 'n blote konkurrente eis geniet wat selfs nie eers na keuse van die kurator volledig nagekom mag word nie. In *Ex parte Liquidators of Parity Ins Co*<sup>36</sup> is weer daarop gewys dat waar 'n persoon 'n saak verkoop en gelewer het en die koper insolvent raak, die koper se kurator nie die kontrak eensydig kan kanselleer nie maar die verkoper as 'n konkurrente skuldeiser moet toelaat. Net so waar A met B 'n

<sup>32</sup>Sien afgesien van die *Bryant*-saak *Ex parte Venter: In re Rapid Mining Supplies (Pty) Ltd* 1976 3 SA 267 (O) 282; *De Wet v Stadsraad van Verwoerdburg* 1978 2 SA 86 (T) 97F en *Simmons v Bantoesake Administrasieraad (Vaaldrivehoekgebied)* 1979 1 SA 940 (T) 948A.

<sup>33</sup>948C.

<sup>34</sup>De Wet en Van Wyk 215 460; Flemming 252 en Reinecke 1968 *THRHR* 75. In *Ex parte Serfontein: In re insolvente Boedel Schoeman* 1978 1 SA 246 (O) 247H praat wnr Fleming tereg, met respek, in die verbygaan van die repudiëring van 'n kontrak deur die kurator dog verwys dan na die *Ex parte Venter*-beslissing (vn 32).

<sup>35</sup>1963 2 SA 546 (A).

<sup>36</sup>1966 1 SA 463 (W) 471E.

versekeringskontrak gesluit het en B word na ontvangs van die premie gelikwider, kan die likwidateur nie kragtens sy eleksiebevoegdheid die kontrak kasselleer nie maar moet hy net eenvoudig alle eise van A om skadevergoeding gedurende die looptydperk van die polis toelaat.<sup>37</sup> Dit spreek verder vanself dat as die insolvent reeds volledig geprester het, die kurator geen eleksie het om uit te voer nie maar net eenvoudig die regte van die insolvent sal moet afdwing. Hierdie beperkinge op die sogenaamde eleksiebevoegdheid van die kurator is dus verdere bewys dat hy nie oor 'n terugtreddingsbevoegdheid beskik nie maar bloot moet besluit of hy die kontrak gaan uitvoer of repudieer.

Hoewel die eleksiebevoegdheid van die kurator voortvloei uit die wederkerigheidsbeginsel vir sover hy nie net eenvoudig prestasie van die insolvent se mede-kontraktant kan opvorder nie, moet toegegee word dat 'n mate van afronding en aanpassing van die gewone beginsels vir doeleindes van die insolvensiereg plaasgevind het. Volgens die regspraak moet die kurator, soos reeds gesien, binne 'n redelike tyd te kenne gee of hy die kontrak gaan uitvoer al dan nie en as hy nie binne 'n redelike tyd sy bedoeling kenbaar maak nie, word aanvaar dat hy die kontrak nie gaan uitvoer nie.<sup>38</sup> Aan hierdie keuse word die kurator gebonde gehou.<sup>39</sup> Hierdie reël kom die insolvent se mede-kontraktant goed te pas omdat dit verseker dat hy binne 'n redelike tyd gaan weet waar hy staan sonder dat hy prestasie hoef voor te berei en aan te bied ten einde die houding van die kurator te peil. Maar veral belangrik is dat as die kurator uit eerbied vir die teenparty se exceptio besluit om die kontrak uit te voer, die teenparty se eis om spesifieke nakoming wat hy vanweë die sekwestrasie verloor het, in ere herstel word. In so 'n geval kan hy gevolglik, as hy verkies, met 'n redelike mate van veiligheid afsien van sy troefkaart die exceptio en vooruit teenoor die kurator presteer.<sup>40</sup> In al hierdie opsigte word die aanvaarding van die vermelde reël as 'n afronding of uitbouing van die gewone beginsels vir doeleindes van die insolvensiereg gesien.

Wat die aanpassing van hierdie beginsels betref, dien gelet te word op die opmerking in die saak van *Chadwick v Henochsberg*<sup>41</sup> dat selfs waar die insolvent uitstel vir betaling van die koopprys verkry het, die saak slegs opgeëis kan word indien die kurator al die insolvent se verpligtinge nakom. Hierdie beginsel behoort uitgebrei te word sodat die insolvent se mede-

<sup>37</sup>ibid. Nadat die hof op 471-472 op die eleksiebevoegdheid van 'n kurator gewys het word opgemerk: "But a contract of insurance of the nature described in these proceedings as a comprehensive policy, the premium having been paid, is not such an executory contract. There is no further obligation on either side that has to be performed." Laasgenoemde bewering kan met respek nie aanvaar word nie vir sover die versekeraar se voorwaardelike verpligtinge nog nie afgehandel is nie. Die eenvoudige waarheid skyn te wees dat die eleksiebevoegdheid van die kurator nie ter sprake kom as die teenparty nie (meer) oor die exceptio beskik nie.

<sup>38</sup>*Sien Tangney v Zive's Trustee* 1961 1 SA 449 (W) 453B.

<sup>39</sup>*Uys v Sam Friedman Ltd* 1934 OPD 80 86 en 1935 AD 165. In hierdie saak het die appèlhof beslis dat waar die kurator besluit het om die kontrak uit te voer, hy nie by magte is om die bepalinge van die kontrak eensydig te wysig nie.

<sup>40</sup>Sien die *Bryant*-saak (vn 23) waar die kurator beveel is om 'n kontrak wat hy aanvaar het, uit te voer nadat die insolvent se mede-kontraktant reeds geprester het.

<sup>41</sup>1924 TPD 703 708.

kontraktant hom weens die sekwestrasie te alle tye van die exceptio kan bedien ten spyte daarvan dat hy vooruit moes presteer. Artikel 50 van die Insolvensiewet<sup>1</sup> waarvolgens 'n skuld van die insolvent onmiddellik opeisbaar is, bewerkstellig moontlik reeds so 'n resultaat.

Die vraag kan gestel word of in die algemeen gesproke bevredigende resultate bereik kan word met die standpunt dat die kurator se eleksiebevoegdheid saamhang met die wederkerigheidsbeginsel en nie 'n terugtrekingsbevoegdheid inhou nie. Gestel byvoorbeeld 'n insolvent het gedeeltelik gepresteer en die kurator repudieer die kontrak. Indien die insolvent se teenparty onder hierdie omstandighede die repudiëring aanvaar, sal dit beteken dat hy die insolvent se prestasie moet terugbesorg en slegs 'n konkurrente eis vir die waarde van sy teenprestasie en/of skade wat hy gely het, sal hê.<sup>42</sup> Die kurator gee dus nie deur sy repudiëring byvoorbeeld die reeds betaalde paaiement prys nie.<sup>43</sup> So 'n reëling lyk heeltemal gepas en moet as 'n faktor deur die teenparty in berekening gebring word wanneer hy moet besluit of hy die repudiëring gaan aanvaar. Voorts kan van die vorige geval opgemerk word dat as die teenparty besluit om die repudiëring te ignoreer, dit sal beteken dat die teenparty sy volle prestasie sal moet lewer en dat hy die gedeeltelike prestasie van die insolvent sal kan behou. Gevolglik sal die kurator in so 'n geval nie die gedeeltelike prestasie kan terugvorder nie. Beteken dit nou dat as 'n kontrak in 'n geval soos *Harris v Trustee of Buisinne*<sup>3</sup> nie gekanselleer word nie, die kurator weliswaar nie tot eiendomsoordrag verplig kan word nie, maar dat hy nie besit van die saak kan terugkry nie omdat die voortbestaan van die kontrak inter partes die koper in besit tog 'n afdoende antwoord teenoor die verkoper of sy kurator behoort te verskaf? Indien dit korrek is, kan die dooie punt uit die weg geruim word deur artikel 35 van die Insolvensiewet so aan te pas dat dit ook vir die insolvensie van die verkoper voorsiening maak.

Uit die voorgaande is die konklusie dus dat die kurator van 'n insolvent nie die bevoegdheid het om eensydig onuitgevoerde kontrakte van die insolvent te kanselleer nie en dat die kurator se sogenaamde eleksiebevoegdheid saamhang met die wederkerigheidsbeginsel. Die betekenis van hierdie gevolgtrekking vir die huurkoopkoper is dat waar die kurator van die insolvente huurkoopverkoper trag om die huurkoopkontrak ingevolge sy sogenaamde eleksiebevoegdheid te kanselleer, so 'n gepoogde kansellasië in werklikheid nie 'n kansellasië nie maar 'n repudiëring van die ooreenkoms is en deur die huurkoopkoper geïgnoreer kan word deur met die betaling van die paaiement vol te hou. Indien die saak reeds finaal aan die huurkoopkoper gelewer is op voorwaarde dat die eiendomsreg eers by betaling van al die paaiement sal oorgaan, sal die huurkoopkoper by betaling van die laaste paaiement ipso iure eienaar word.

Selfs al is die gevolgtrekking dat die kurator nie kragtens sy eleksiebevoegdheid oor 'n terugtrekingsbevoegdheid beskik nie, onjuis, word

<sup>42</sup>De Wet en Van Wyk 215. Volgens *The Government v Thorne* 1974 2 SA 1 (A) is dit duidelik dat daar nie van skuldvergelyking onder hierdie omstandighede sprake sal kan wees nie.

<sup>43</sup>Sien ook vn 25.

aan die hand gedoen dat die kurator desnietemin nie sal kan verhoed dat die huurkoopkoper eienaar word by betaling van die laaste paaïement nie. Die redes hiervoor is tweërlei. Eerstens moet aangevoer word dat die kurator se eleksiebevoegdheid nie in die onderhawige verband ter sprake kom nie omdat dit slegs geld waar die wederkerigheidsbeginsel op die spel is. Waar die saak naamlik reeds finaal aan die huurkoopkoper gelewer is, het die insolvent sy kontraktuele verpligtinge nagekom en het die kurator geen ander keuse nie as om die insolvent se eis teen sy teenparty in te vorder. Maar selfs al beskik die kurator wel oor 'n terugtreddingsbevoegdheid wat hy kan gebruik al is die wederkerigheidsbeginsel nie meer op die spel nie, behoort sodanige kansellasië in die onderhawige verband nie toelaatbaar te wees nie omdat dit sal indruis teen die reël dat 'n party nie teenstrydig met die bedoeling van die partye die vervulling van 'n voorwaarde mag verhoed nie.<sup>44</sup> As die kurator gevolglik voor vervulling van die voorwaarde dat die eiendomsreg op die saak sal oorgaan by betaling van die laaste paaïement, sonder goeie gronde die huurkoopkontrak kanselleer, behoort die voorwaarde as vervul beskou te word sodat die huurkoopkoper eienaar van die saak word.

Die standpunt dat 'n kurator nie sonder meer 'n onuitgevoerde kontrak kan kanselleer nie en bloot 'n keuse kan maak tussen uitvoering en repudiëring van die kontrak, word deur De Wet en Van Wyk<sup>45</sup> onderskryf. Nietemin kom hulle op grond van die *Harris*-saak<sup>8</sup> tot die gevolgtrekking dat die huurkoopsaak in die insolvente boedel van die huurkoopverkoper vasval. Dit is nie heeltemal duidelik of hulle die leweringshandeling as afgehandel beskou nie. Indien dit nie die geval is nie, is daar natuurlik nie aan die vereistes vir eiendomsoorgang voldoen nie en kan die huurkoopkoper nie sonder medewerking van die kurator eienaar word nie, maar soos hierbo aangetoon, klop so 'n konstruksie normaalweg nie met die bedoeling van die partye nie. Maar selfs al aanvaar 'n mens dat lewering regstegnies nog nie plaasgevind het nie, ontstaan die vraag hoe die kurator anders as toevallig weer besit van die saak kan verkry as hy die kontrak nie kan kanselleer nie? Ook Flemming<sup>46</sup> verleen steun aan die standpunt dat 'n kurator slegs maar kan repudieer maar omdat hy van mening is dat daar nog nie aan die huurkoopkoper gelewer is nie en voorwaardelike lewering nie kan deug nie, val die saak volgens hom in die insolvente boedel. Die bogaande opmerking rakende terugverkryging van die saak deur die kurator moet gevolglik ook in verband met hierdie standpunt gemaak word.

Die slotsom is dus dat waar 'n huurkoopverkoper insolvent verklaar word nadat hy die huurkoopsaak aan die huurkoopkoper gelewer het, dit in finale instansie nie van die kurator nie maar van die huurkoopkoper afhang of hy eienaar van die saak gaan word (dit wil sê die tweede standpunt wat aan die begin genoem is). Hierdie standpunt word gebaseer op die ter sake algemene regsbeginsels en word deur beleidsoorweging gesteun. Ten slotte moet

<sup>44</sup>Sien De Wet en Van Wyk 136 in verband met die leerstuk van die fiktiewe vervulling van 'n voorwaarde.

<sup>45</sup>460.

<sup>46</sup>252.

aan die hand gedoen word dat die wetgewer ter wille van regsekerheid sy jarelange stilswye oor dié saak behoort te verbreek want anders as destyds by die invoering van ter sake wetgewing, bestaan daar vandag voldoende helderheid in die regspraak en andersins oor die betrokke oorwegings om 'n gepaste reëling te kan tref. □

*But where one deals with the interpretation of the laws, and in particular of Roman law, it is not my habit to attribute much to the judgement of the majority of my colleagues, who as a rule prefer to follow what seems to themselves to be good and equitable, rather than that which the laws prescribe.*

*Pauw Observationes Tumultuariæ Novæ No 1782*



# Aantekeninge

## CHILDREN OF UNMARRIED BUT COHABITATING PARENTS AND OF SUCCESSIVE MARRIAGES

### 1 CHILDREN OF UNMARRIED BUT COHABITATING PARENTS

#### 1 1 The position in general

1 1 1 *Rule* In South African law children of unmarried parents are ex hypothesi illegitimate, it being immaterial whether or not the parents are (further) cohabitating.

1 1 2 *Putative marriage* While this is the rule, it does, however, not reflect the legal position in its entirety. For if such children are born of putative marriages, they may be, or may be declared to be, legitimate. The concept of putative marriage has in South Africa been developed in connection with void marriages.

1 1 2 1 In the law of South Africa a marriage is void for the following reasons:

- (a) lack of prescribed formalities;
- (b) identity of sex and change of sex;
- (c) prior existing marriage;
- (d) non-age;
- (e) lack of consent;
- (f) insanity;
- (g) prohibited degrees of relationship; and
- (h) marriage across the colour line. (See Hahlo *South African Law of Husband and Wife* 4th ed (1975) 486.)

1 1 2 2 Unless both parents were mala fide, children of void marriages are, or may be declared to be, legitimate as being the issue of a putative marriage (Spiro *Law of Parent and Child* 3rd ed (1971) and 1978 *Addenda* 18). It is here of no importance whether the parents continue to live as husband and wife although this may bear on the incidence of bona fides. (In all the cases referred to in 1 1 2 3 below the parties did in fact live as husband and wife.)

1 1 2 3 It is a requisite that there has been a ceremony of marriage. For, as Bromley *Family Law* (4th ed) 75 says, if the parents have never been through a ceremony at all, their union cannot even be termed a void marriage: it is concubinage and no more. It is true that in *Bam v Bhabha* 1947 4 SA 789 (AD) 805, in a majority judgment of the appellate division, Centlivres JA, as he then was, Greenberg JA concurring (808), left entirely open the question whether or not the children of a marriage which had not

been solemnized in conformity with statutory requirements, but which was bona fide regarded by one or both of the parties as a valid one, could be regarded as legitimate. But there are reported cases of three of the four provincial divisions where, on the particular facts, marriages were declared to be putative ones although no valid ceremony – yet at least some form of ceremony – existed (*Ex parte Azar* 1932 OPD 107; *Ex parte L* 1947 3 SA 50 (C) and *Ex parte Soobiah: In re Estate Pillay* 1948 1 SA 873 (N)). The latter case was followed in three further decisions in Natal: *Rampatha v Chundervathee* 1957 4 SA 483 (N); *Vather v Seedat* 1974 3 SA 389 (N); *Ramayee v Vandiyar* 1977 3 SA 77 (D)).

1 1 2 4 If, then, the mistaken assumption by one or both of the parties of the absence of a defect of the marriage ceremony has the effect of the issue of the union being, or qualifying for being declared to be, legitimate, the question may be asked whether the position is not exactly the same where one or both of the parties mistakenly believed that there was a marriage ceremony when in fact there was none, not even a defective one. If it is a matter of sheer ignorance of the law – which would definitely be the case if one or both of the parties did not know of the requisite of a ceremony at all – it may well be (Hahlo 494 note 72; Spiro 19 ad notam 43) that any such mistake of law must be reasonable before it can have any legal consequences. But when, for instance, can it in the present time be said that the ignorance of the requisite of a marriage ceremony is reasonable? It is submitted (Spiro 19 ad notam 47 and note 47) that in any case there must be an enquiry into the state of mind of the parties and into all the circumstances of the marriage before it can be decided that the required bona fides is present.

1 1 2 5 It is controversial (Hahlo 491 note 56) whether the issue of a voidable marriage, that is a marriage impeachable because of minority, duress or mistake as to the qualities of the other party, impotence and pre-nuptial stuprum (Hahlo 486–487), remains legitimate on the voidable marriage having been declared null and void. There is, however, as it appears to me, no clear authority to that effect. Nor would it assist here to equate a decree of nullity of a voidable marriage to a decree of divorce which latter has no retroactive effect. For, the status of legitimacy or, for that matter, illegitimacy, should be indivisible.

1 1 2 6 If, then, as the result of a decree declaring a voidable marriage null and void children of that marriage would become illegitimate, the question may be asked whether the concept of putative marriage does not lend itself to being extended to voidable marriages declared null and void. In my view (Spiro 18), a negative answer would not be compatible with the interests of the minor children concerned. The interests of minor children are of paramount importance in the modern law and demand that minor children born of voidable marriages declared null and void should not be in a worse position than those born of a void marriage.

1 1 2 7 *Statute law* If a prohibited marriage between Europeans and non-Europeans has been solemnized in good faith by a marriage officer, then, in terms of section 1(1)(b) the Prohibition of Mixed Marriages Act 55 of 1949 any children born or conceived of such marriage before it has been declared invalid by a competent court are deemed to be legitimate.

## 1 2 Position of children of putative marriages

1 2 1 A child of a putative marriage is legitimate for all purposes (Spiro 20 and idem note 57) and with effect from birth (Spiro 20 note 60 and 41-42). (See also *Vather v Seedat* 1974 3 SA 389 (N) per Fannin J.) It follows that both parents, even if one was mala fide, are possessed of the parental power unless an order of court interferes therewith. It will here be readily appreciated that mala fides of one party per se is not a sufficient ground, the interests of the minor child alone being of paramount importance. The reciprocal maintenance duties between parents and children (Spiro 361 et seq) apply, and in as much as there exists a right of a child of a putative marriage to maintenance against its parent or vice versa, third persons prejudicing it may be liable to the child or parent, as the case may be (Spiro 25 158-159 and 160-161). The rights on intestate succession may affect those of other relatives, but this is not a factor which can be considered (Spiro 20). Generally there exists between children of putative marriages and their parents the relationship of consanguinity (Spiro 14) - exactly as in the case of other legitimate children.

## 1 3 Position of illegitimate children

1 3 1 *Mother of illegitimate child* What has been said in regard to the mutual relations of children of putative marriages and their parents, mutatis mutandis applies to the mutual relations between a mother and her illegitimate child (Spiro 416-419 and 420-424). Also the maintenance which is owed to the illegitimate child by the mother and the natural father jointly, is determined by the standard of living of the mother (Spiro 373).

1 3 2 *Father of illegitimate child* It is beyond the scope of this article to set out in detail the legal position of an illegitimate child in South African law vis-à-vis its natural father. For present purposes it is sufficient to point out that an illegitimate child and its natural father are not related to each other, that the latter is not possessed of the parental power (nor has a right to access), that an illegitimate child does not owe its natural father a duty of support and that there are no reciprocal intestate succession rights between them (Spiro 416-419 and 425-429; see also 1 4 2 (a) below.)

1 3 3 *Statute law: name* The illegitimate child takes its name from its mother, and the registrar of births, marriages and deaths will not enter in the births register the name of any person as its father. However, in terms of a special statutory provision (section 10(1) of the Births, Marriages and Deaths Registration Act 81 of 1963 as amended by section 13 of the Births, Marriages and Deaths Registration Amendment Act 58 of 1970)), at the joint request of the mother and of the person who in the presence of the registrar or assistant registrar acknowledges himself in writing to be the father of the child, the registrar will register such person as the father. Such acknowledgment apparently (see Spiro 420) has only evidential value as regards the question who the natural father is.

1 3 4 *Statute law: social legislation* An illegitimate child of a workman or his wife may qualify for compensation under the Workmen's Compensation Act 30 of 1941 (section 2 (definition of child), read together with section 4(1)(c) (definition of dependant)), provided it was, at the time of the accident

wholly or partly dependent upon the workman for the necessaries of life (ibid section 4(1) proviso (i)). It may also be mentioned that under the Unemployment Insurance Act 30 of 1966 (section 40(6)(a)(ii), (iii)), "dependant" does not only mean any child (including an adopted child) of the deceased contributor, but, too, any other person who was, in the opinion of the board, wholly or mainly dependent upon such contributor for the necessaries (the text of the act is "necessities") of life, in the case of such child it being a requisite that it was under the age of seventeen years at the death of the contributor.

1 3 5 *Statute law: taxation* In *Brey v Secretary for Inland Revenue* 1978 4 SA 439 (C) it has been held that the word "child" in section 4A(b) of the Estate Duty Act 45 of 1955 which allows for the deduction from the net value of the estate an amount of thirty thousand rand in respect of every child of the deceased who survives him, includes an illegitimate child.

#### 1 4 Conclusion

1 4 1 *Issue normally illegitimate* Apart from the not too numerous instances of putative marriages where issue is, or is qualified to be declared to be, legitimate – children of unmarried but cohabitating parents are in the law of South Africa illegitimate and subject to all the legal consequences attaching to illegitimate children (as their fathers are to those of natural fathers).

1 4 2 *Main features* The three main features of illegitimacy are:

(a) The illegitimate child is not related to the natural father. It follows that there are no reciprocal intestate succession rights. (But – to prove that law and logic are not always *comme deux gouttes d'eau*? – the prohibition of marriage between ascendants and descendants applies (Spiro 418 note 24–26).)

(b) The parental power belongs only to the mother of the illegitimate child. It is also the mother who confers her name upon the illegitimate child although, at the joint request of the mother and the natural father, the latter, if he acknowledges himself in a certain manner to be the father, will be registered as the father.

(c) The illegitimate child is not subject to a duty of support.

1 4 3 *Inroads* Modern social legislation has made some inroads into this state of affairs, a requisite here being, not so much that the parents are cohabitating, as that the illegitimate child was wholly or partly dependent upon the natural father for the necessaries of life. As regards the parental power, the jurisdiction of the courts as upper guardians to take the steps necessary in the interests of the (illegitimate) child must also be borne in mind (Spiro 425–426).

1 4 4 *The future* Considering the changes brought about in recent times in many of the great legal systems in this branch of the law, a commission of enquiry should be appointed in South Africa to ascertain whether, and if so, which changes should be introduced by the legislator. Particular attention should here be paid to questions of intestate succession and maintenance.

## 2 CHILDREN OF SUCCESSIVE MARRIAGES

### 2 1 Incidences

2 1 1 *Ordinary cases* There may be children of successive marriages when a person after the dissolution of a preceding valid marriage by death or divorce enters into another marriage ("remarries"). This is apparently the ordinary case of children of successive marriages.

2 1 2 *Special cases: putative marriage* A bigamous marriage, which springs here to mind, cannot be taken into consideration as a matter of course, for such marriage is void as was shown earlier (see 1 1 2 1 (c) above). The position is, however, different if such void marriage is at the same time a putative one. Then, as well as in any other case of a putative marriage, the possibility of children of successive marriages also exists, it being immaterial whether the putative marriage is the preceding or subsequent one.

2 1 3 *Special cases: mother of illegitimate child* Although a mother of an illegitimate child is not to be regarded as married, if, after the birth of the illegitimate child, she marries – that is a man other than the natural father (because in that event the illegitimate child would become a legitimate one per matrimonium subsequens (Spiro 16–17)) – the position of the illegitimate child vis-à-vis any children of that marriage would be mutatis mutandis the same as the one existing between children of successive marriages.

2 1 4 *Statute law: adopted child* There exists special legislation in respect of an adopted child which is generally deemed for all purposes whatsoever to be the legitimate child of the adoptive parent(s) (section 1(2) of the Succession Act 13 of 1934 and section 74, particularly section 74(2), of the Children's Act 33 of 1960). (For particulars see Spiro 65–71.)

2 1 5 *Statute law: surviving spouse* The right of a surviving spouse to inherit ab intestato, which was unknown to the common law of South Africa, is contained in the Succession Act 13 of 1934. The number of children entitled to intestate succession affects the determination of a "child's share" and possibly thereby the intestate succession of the surviving spouse (section 1 (1)) – as again the surviving spouse's intestate succession affects the intestate succession of each and every child entitled to intestate succession.

2 1 6 *Nature of relationship* Children of successive marriages are in relation to each other step-sisters (half-sisters (Spiro 49)) or stepbrothers (half-brothers (Spiro 49)), as the case may be. The legal effect of this relationship, if any, will now be considered.

### 2 2 Legal consequences of step-relationship

2 2 1 *Prohibited degrees* The prohibition of marriage affects the step-parent and step-child relationship in the same way as the parent and child relationship (Spiro 49 note 53). Marriage is also prohibited between half-brother and half-sister (Hahlo 69).

2 2 2 *Parental power* A step-child is not subject to a parental power of a step-parent. But if a parent has the right to appoint a guardian (Spiro 30–31 and 202–202), he or she may appoint a step-parent to be the guardian of his or her child (Spiro 48–49). Further, although a child will normally fare better

with its mother than with its step-mother (*Du Plessis v Van Zyl* 1951 2 PH B 24 (AD)), a judge may confer custody upon a step-parent if this should be in the interests of a (step-) child (Spiro 264 and 304).

2 2 3 *Maintenance* A step-parent is not ex lege subject to the duty to maintain a step-child, and vice versa (Spiro 48 370 and 378). There cannot, therefore, be criminal liability for failure to maintain a step-child (or step-parent, as the case may be) (*S v Macdonald* 1963 2 SA 431 (C) and Spiro 405 note 36). A husband's liability arising out of a marriage in community of property and his marital power to pay the debts of his wife (which would include maintenance owed by her to a child of hers of a former marriage or to an illegitimate child of hers) must not be confused with an ex lege liability to maintain a child (Spiro 368 ad notam 74 and note 74). There being no mutual duty ex lege to maintain at common law, the question of any liability at common law of third persons for interfering with, or prejudicing, corresponding rights does not enter.

2 2 4 *Intestate succession* Half-brothers and half-sisters may qualify as intestate heirs, for instance on failure of descendants of the deceased if there is only one person alive (who would succeed to one half), provided they are related to the deceased parent (Spiro 49 and note 51).

2 2 5 *Statute law: social legislation* Step-children of a workman may qualify for compensation under the Workmen's Compensation Act 30 of 1941 (section 2 (definition of child), read with section 4(1)(c) (definition of dependant)), provided they were at the time of the accident wholly or partly dependent upon the workman for the necessities of life (section 4(1) proviso (i)). If there is a number of children so entitled, it must be borne in mind that the compensation is not in all to exceed the pension which would have been awarded to the workman, had he been totally and permanently disabled (section 40(1)(c)(v)). It may also be mentioned that under the Unemployment Insurance Act 30 of 1966 (section 40(6)(a)(ii) and (iii)), "dependant" does not only mean any child (including an adopted child) of the deceased contributor, but further any other person who was, in the opinion of the board, wholly or mainly dependent upon such contributor for the necessities of life (the text of the Act is "necessities"). Finally, certain life insurance policies are on the death of the insured protected in favour of step-children to the same extent as they are in favour of children other than step-children (Spiro 49 and note 54).

2 2 6 *Statute law: taxation* The income tax law provides for abatements also in respect of step-children (Spiro 49 and note 52).

## 2 3 Conclusion

2 3 1 *Language* The relationship between children of successive marriages is in ordinary parlance a step-relationship.

2 3 2 *Dearth of legal consequences* Apart from intestate succession and the prohibition of marriage, as also apart from certain statutory exceptions, that relationship is not one in law. More particularly, step-parents are not possessed of the parental power or custody rights, nor do mutual maintenance duties exist between step-children and step-parents.

2 3 3 *Inroads* Modern social legislation has also here made some inroads. Further, the paramount interests of a (minor) step-child may be seized upon by the courts in their capacity as upper guardians to come to the assistance of its step-parent (see 2 2 2 above).

2 3 4 *The future* Although, in my view, no urgency can here be claimed in South Africa, it would, nevertheless, serve a good purpose to appoint a commission of enquiry to ascertain, on a comparative law basis, whether and, if so, which changes should be introduced by the legislator. Particular attention may well be paid to the recent English concept of the child of the family (section 52(1) of the Matrimonial Causes Act 1973 (c 18); see also § 1371(4) of the (West) German Civil Code, as amended, which bestows upon step-children vis-à-vis a surviving step-parent certain preferential claims to safeguard an adequate education) and generally to the incidence of maintenance.

ERWIN SPIRO

*Member of the Cape Town Bar*

## DIE HUWELIKSVORWAARDESKONTRAK: 'N NUWE GEDAANTE

### INLEIDING

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie se “Wetsontwerp om die Huweliksgoederereg te wysig en om vir Aangeleenthede wat daarmee in verband staan, voorsiening te maak” (*Staatskoerant* 5887 van 24 Februarie 1978) het na 'n lang tydperk van stagnasie waartydens die huweliksvoorwaardeskontrak 'n stereotiepe vorm aangeneem het, die oë weer laat oopgaan vir die moontlikhede wat hierdie soort kontrak bied. In 'n artikel wat betreklik onlangs gepubliseer is (FJ Bosman “Huweliksvoorwaardeskontrakte: Gister en Vandag” 1978 *THRHR* 402 ev), is daar eerstens gewys op die gemeenregtelike reël met betrekking tot huweliksvoorwaardeskontrakte, naamlik dat enigiets deur middel van die huweliksvoorwaardeskontrak beding kan word mits dit nie met die goeie sedes bots of strydig met 'n regsreël is nie. Tweedens is gewys op die ryke verskeidenheid moontlikhede wat daar bestaan ingevolge die Romeins-Hollandse en hedendaagse reg. Daar is derdens spesiale melding gemaak van klousule 2 van die reeds genoemde wetsontwerp en daar is gewys op die feit dat dié klousule in effek

“bloot 'n ‘nuwe’ (alhoewel uitstekende) huweliksvoorwaardeskontrak [is] wat deur die Regskommissie geformuleer is. In beginsel bring dit . . . geen wysiging van bestaande reg mee nie; as 'n notaris 'n huweliksvoorwaardeskontrak sou opstel met die strekking van artikel 2 van die wetsontwerp sou dit 'n heeltemal geldige kontrak wees. Indien die wetsontwerp wet sou word, sal dit dus slegs beteken dat die wetgewer die inisiatief uit die hande van die regspraktisyn (en in besonder van die notaris) geneem het en nou deur wetgewing wil moontlik maak wat die praktisyn kon bereik het deur meer moderne huweliksvoorwaardeskontrakte te formuleer . . .” (417).

Die wetsontwerp het nog nie wet geword nie en die inisiatief berus nog steeds by die notaris wat egter in die praktyk (om verskeie redes) in 'n groot mate van pro forma-kontrakte afhanklik is en nog altyd 'n mate van traag-

heid (of is dit onsekerheid?) getoon het wanneer dit by die formulering van nuwe "ontwerpe" kom.

Daar word aan die hand gedoen dat die onderstaande formulering (waarin die aanwasbeginsel wat klousule 2 ten grondslag lê, vervat is) vir die notaris nuttig mag wees. In al die gevalle sou dit nodig wees om in ooreenstemming met bestaande praktyk gemeenskap van goed, van wins en verlies asook die maritale mag uit te sluit; daarna sal een van die onderstaande formuleringe, afhangende van die omstandighede van die voornemende gades, bygevoeg kan word.

#### AANHEF BY KLOUSULES WAARIN DIE AANWASBEGINSEL VERVAT IS

Die volgende word aan die hand gedoen:

"Aangesien die voornemende gades elkeen sy of haar boedel met die ander gade se bystand en ondersteuning sal opbou en dit gevolglik as billik beskou dat elkeen van hulle by ontbinding van die huwelik gelyke voordeel uit die huwelik moet verkry, kom die partye verder ooreen:"

#### VOORBEELDE VAN FORMULERINGS WAARIN DIE AANWASBEGINSEL VERVAT IS

1 *Waar albei van die voornemende gades oor geen of min bates by huweliksluiting beskik*

"By beëindiging van die huwelik om welke rede ook al, moet die twee boedels van die voornemende gades elk afsonderlik gewaardeer word en die gade met die grootste boedel moet die helfte van die verskil in waarde tussen die twee boedels aan die gade met die kleinste boedel uitbetaal sodat die twee boedels ewe groot is na sodanige ontbinding van die huwelik: met dien verstande dat alle skenkings, erflatings of legate wat enige van die voorgename gades voor of tydens die bestaan van die huwelik uitsluitlik toegeval het, buite berekening gelaat word by die waardering van die onderskeie boedels."

(Hierdie formulering is in 'n groot mate geïnspireer deur 'n huweliksvoorwaardeskontrak wat deur 'n Pretoriase prokureur opgestel is en toevallig onder my aandag gekom het.)

In die geval van 'n huwelik tussen twee persone wat albei by huweliksluiting oor geen of min bates van hulle eie beskik, is hierdie klousule billik want die voordeel van 'n huwelik binne gemeenskap van goed (veral vir die vrou) is daarin vervat, terwyl die nadeel van die maritale mag uitgesluit word. Dit is inderdaad 'n uitgestelde gemeenskap van goed wat hier ter sprake is, maar tydens die huwelik geld die gewone reëls wat op huwelike buite gemeenskap van goed, wins en verlies en met uitsluiting van die maritale mag van toepassing is.

'n Tweede formulering sou wees presies soos onder 1 maar met weglating van die voorbehoudsbepaling in verband met skenkings, erflatings of legate. Indien hierdie bepaling weggelaat sou word, sou daar enigsins afbreuk gedoen word aan die beginsel in die aanhef uiteengesit, naamlik dat die gades gelykop in dit wat hulle tydens die huwelik opgebou het, moet deel.

2 *Waar een of albei van die gades by huweliksluiting reeds oor eie bates beskik*



“By beëindiging van die huwelik om welke rede ook al, moet die twee boedels van die voornemende gades elk afsonderlik gewaardeer word en na aftrekking van die beginwaarde van elke boedel soos in die aangehegte inventaris(se) uiteengesit, moet die gade wie se boedel die grootste toename toon die helfte van die verskil in toename in waarde aan die gade wie se boedel die kleinste toename toon, uitbetaal sodat elkeen by ontbinding van die huwelik eweveel deel het aan dié dele van die boedels wat tydens die huwelik opgebou is: met dien verstande dat alle skenkings, erflatings of legate wat enigeen van die voorgenome gades tydens die bestaan van die huwelik uitsluitlik toegeval het, buite berekening gelaat word by die waardering van die onderskeie boedels.”

Ook hier kan die bepaling in verband met skenkings, erflatings of legate weggelaat word, maar dieselfde opmerking onder 1 hierbo maak, geld.

*3 Waar een of albei gades by huweliksluiting oor eie bates (veral onroerende goed) beskik en begeer dat die inflasiekoers by bepaling van die toename in die waardes van sy of haar boedel in aanmerking geneem moet word*

“By beëindiging van die huwelik om welke rede ook al, moet die twee boedels van die voornemende gades elk afsonderlik gewaardeer word en na aftrekking van die beginwaarde van elke boedel soos in die aangehegte inventaris(se) uiteengesit, moet die gade wie se boedel die grootste toename toon die helfte van die verskil in toename in waarde uitbetaal aan die gade wie se boedel die kleinste toename toon, sodat elkeen by ontbinding van die huwelik eweveel deel het aan dié dele van die boedels wat tydens die huwelik opgebou is: met dien verstande dat by bepaling van die toename in waarde van die onderskeie boedels, die waarde wat 'n boedel by die aanvang van die huwelik gehad het rekenkundig aangepas word ooreenkomstig geldwaarde soos dit by ontbinding van die huwelik bestaan en dat die beswaarde gemiddelde van die verbruikersprysindeks soos van tyd tot tyd in die Staatskoerant afgekondig, as prima facie bewys van die wisseling van die waarde van geld sal dien; en dat alle skenkings, erflatings of legate wat enigeen van die voorgenome gades tydens die bestaan van die huwelik uitsluitlik toegeval het buite rekening gelaat sal word by die waardering van die onderskeie boedels.”

In die lig van die voortdurende inflasie is hierdie formulering besonder gewens.

Ook hier kan die bepalings in verband met skenkings, erflatings of legate weggelaat word.

## SLOTOPMERKINGS

'n Wesenlike gevaar by al bogenoemde formulerings wat nie sonder meer oor die hoof gesien kan word nie is dat 'n gade, veral waar 'n eg-skeiding in die vooruitsig is, deur middel van skenkings aan derdes of deur verkwisting van sy of haar bates die belange van die ander gade ernstig kan skaad of in die wiele ry. Ten einde hierdie gevaar die hoof te bied (al is dit miskien net gedeeltelik) kan die volgende klousule ook in die huweliksvoorwaardeskontrak ingevoeg word:

“Die voornemende gades kom verder ooreen om geen skenking onder lewendes, buiten redelike geskenke op feesgedenkdae aan gesins- en familieledes, aan derdes te maak sonder dat albei van hulle daartoe toestem nie, en dat die waarde van enige geskenk ter verbreking van hierdie ooreenkoms by die eindwaarde van die boedel van die gade wat die skenking gemaak het, gevoeg sal word wanneer die toename in waarde van sy of haar boedel bepaal word.”

FRANCIS BOSMAN  
*Universiteit van Suid-Afrika*

## VAGUENESS AND UNCERTAINTY IN SUBORDINATE LEGISLATION AS A GROUND OF INVALIDITY

### 1 INTRODUCTION

There is a presumption of interpretation<sup>1</sup> in favour of rendering legislation valid rather than invalid, useful rather than nugatory, sensible rather than absurd.<sup>2</sup> This presumption presupposes ambiguity or doubt as to the intention of the legislature and adds weight to a finding of validity in cases where the court is undecided as to its decision.<sup>3</sup> The origin of the presumption may be found in Roman law and its history may be traced to contemporary South African law.<sup>4</sup> The presumption is sometimes described by the maxim "ut res magis valeat quam pereat" (ie that the court should uphold the validity of the enactment rather than strike it down). This maxim is the cornerstone of the English rule of "benevolent interpretation," considered below. The court in South Africa has frequently cited the principle in favour of validity with approval. In *R v Correia*<sup>5</sup> it was held that

"[o]n the well-known principle of construction *ut res magis valeat quam pereat*, an interpretation rendering the exception ineffective should be avoided if the language so permits."

In our law the presumption applies particularly to subordinate legislation as the court has little or no jurisdiction to consider the validity of an act of parliament.<sup>6</sup> Its application to subordinate legislation is notorious. In *R v Vayi*<sup>7</sup> it was held that

"[t]he court leans towards an interpretation of a by-law which renders it valid, rather than by giving it a meaning which is so extravagant or wide as to render it invalid."

The maxim "ut res magis valeat quam pereat"<sup>8</sup> is an ancient principle of English law.<sup>9</sup> Whether the principle as recognised in South Africa originated through our common law or was adopted from English law is beyond the scope of this note. What is important is that a judicial approach towards a liberal interpretation of subordinate legislation, often referred to as a "benevolent interpretation," has been employed by the court in many cases. The expression "benevolent interpretation" originates from English law.

<sup>1</sup>For an analysis of the status of presumptions of interpretation, see Taitz "But t'was a Famous Victory" 1978 *Acta Juridica* 109 112.

<sup>2</sup>Steyn *Die Uitleg van Wette* 4th ed 124 et seq.

<sup>3</sup>*Kneen v Minister of Labour* 1945 AD 400; *R v Levy* 1953 3 SA 466 (A) 473.

<sup>4</sup>Steyn 124.

<sup>5</sup>1958 1 SA 533 (A) 542E; see also *Ex Parte Minister of Justice: In Re R v Jacobson and Levy* 1931 AD 466 477.

<sup>6</sup>S 59(2) of the Republic of South Africa Constitution Act 32 of 1961.

<sup>7</sup>*R v Vayi* 1946 NPD 791 792; see also *R v Bhyat* 1945 TPD 229 234; *Amoils v Johannesburg City Council* 1943 TPD 386 390-391; *R v Seedat* 1957 1 SA 27 (N) 38-39; *S v Schoenfeld* 1963 4 SA 77 (T) 80.

<sup>8</sup>See *Broome's Legal Maxims* 8th ed 410 for the full maxim viz "Benignae faciendae sunt interpretationes propter simpliciatem laicorum ut res magis valeat quam pereat," translated by the authors as "a liberal construction should be put upon written instruments, so as to uphold them, if possible, and carry into effect the intention of the parties."

<sup>9</sup>Cf *Maxwell on Interpretation of Statutes* 11th ed 228; *Cross Statutory Interpretation* (1976) 19-20.

In a leading authority regarding subordinate legislation, *Kruse v Johnson*,<sup>10</sup> cited by the appellate division with approval in many important cases,<sup>11</sup> Lord Russell CJ stated that by-laws ought to be "benevolently" interpreted.<sup>12</sup>

Lord Russell went to great pains to rationalise the principle of "benevolent interpretation" towards subordinate legislation.<sup>13</sup> He distinguished between the legislative powers on the part of large corporate bodies, e.g. Railways etc whose principal object is carrying on business for profit, on the one hand, and the legislative powers of representative public bodies, e.g. municipal and county councils etc, on the other. The learned judge indicated that the legislative powers of the former must be strictly maintained while a "benevolent interpretation" should be applied to the latter. He considered that there were ample safeguards regarding subordinate legislation in the form of prior publication etc.<sup>14</sup> The fact that the relevant authorities were elected by the very people who would be affected by any subordinate legislation was an important consideration. Lord Russell held:

"When the court is called upon to consider the by-laws of *public representative* bodies clothed with ample authority . . . and exercising that authority accompanied by the checks and safeguards which have been mentioned, I think the consideration of such by-laws . . . 'ought to be supported if possible. They ought to be . . . 'benevolently interpreted' . . ."<sup>15</sup>

Despite the fact that the rationalisation by Lord Russell is not as appropriate today as when it was expressed almost a century ago, there appears to be little, if any, distinction between the presumption against invalidity and the so-called "benevolent interpretation." With this background the law in South Africa regarding vague and uncertain subordinate legislation will be examined.

## 2 THE PRINCIPLE AGAINST VAGUENESS OR UNCERTAINTY

In *Thomas v Brakpan Municipality*<sup>16</sup> the court stated:

"A by-law which purports to regulate the conduct of persons must not be vague, it must offer guidance to those to whom it applies so that they may know what they must do to avoid contravening it."

This exception to the presumption against invalidity has been followed in many cases.<sup>17</sup> If the sheer weight of judicial authority raises the status of what is patently an exception to that of the rule itself, the presumption against invalidity and the so-called "benevolent interpretation" principle

<sup>10</sup>(1898) 2 QB 91.

<sup>11</sup>*a* *Minister of Posts and Telegraphs v Rasool* 1934 AD 167 172 177 180; *Sinovich v Hercules Municipal Council* 1946 AD 783 789-790.

<sup>12</sup>*Kruse v Johnson* 99.

<sup>13</sup>*Cf Maxwell on Interpretation of Statutes* 290.

<sup>14</sup>*Kruse v Johnson* supra 98.

<sup>15</sup>At 99 and 100 (my italics).

<sup>16</sup>1927 TPD 893 896.

<sup>17</sup>*i a* *Pretoria Municipality v Rostowsky* 1923 TPD 329 337-338; *Naidoo v Pretoria Municipality* 1927 TPD 1013 1015; *Dix v PMB Corporation* 1937 NPD 150 154; *Mapoma v Cape Town Municipality* 1955 2 SA 714 (C); *R v Rosseau* 1956 1 SA 783 (C); *R v Sachs* 1956 2 569 (C); *R v Erasmus* 1956 4 SA 126 (N); *R v Kadjee* 1960 1 SA 830 (T); *Coronation Freehold Estates v Municipality of Balfour* 1966 3 SA 724 (T).

would themselves be nothing more than exceptions. Nonetheless, the court has itself expressed a reluctance to be absolutely bound by the vast volume of decided cases. In *Nimes v Boksburg Municipality*<sup>18</sup> Greenberg J (as he was then) observed that:

"[t]he principle is clear, but in each case the courts must consider whether the particular prohibition affords sufficient guidance to the persons affected, and on this question the decided cases are not of much assistance . . ."

Subsequently in *Brigish v Johannesburg Municipality*<sup>19</sup> Millin J held in regard to the decided cases:

"[they] are only particular applications of the principle and an application of the principle to one by-law and one set of facts is of little assistance when you come to deal with totally different subject-matter and totally different words."

The gravamen of these two decisions would appear to be a direction by the court that the principle against vagueness and uncertainty must not be applied loosely and that each case must be considered separately on its own merits. It would be appropriate to add that not only must each case be considered on its own merits but also in the light of the presumption (above) and the five exceptions to the principle considered below.

A test of legislative intention, which owes its origin to English law<sup>20</sup> has frequently been employed by the court. This test known as the extreme or extravagant case test is of particular value to the court when dealing with inaccurate descriptions, incorrect words or terms etc. Vagueness and uncertainty in any law may have various causes, eg poor or bad grammar,<sup>21</sup> inaccurate descriptions or the use of incorrect words or terms.<sup>22</sup> The extreme case test may be described as follows: "If an extreme hypothetical case, not within the contemplation of the legislature may be brought within the ambit of the subordinate legislature on account of the language used therein, such legislation may be considered void."<sup>23</sup> Although this test is used in regard to vague or uncertain subordinate legislation it is not absolutely clear whether the finding of invalidity is based upon the vagueness of the legislation or upon the unreasonableness thereof. The unreasonableness being the application of the legislation to cases for which it was not intended.<sup>24</sup>

The fact that the vague and uncertain legislation may be reasonably applied "to many or even the greater majority of cases" was held by Schreiner J, as he then was, "to be incapable of saving the validity of the legislation."<sup>25</sup> Although the argument that the authority will reasonably apply the law has been upheld by the appellate division in *Johannesburg City Council v Constandelas*,<sup>26</sup> Schreiner J distinguished the *Constandelas* case in these terms:

<sup>18</sup>1928 TPD 145 148.

<sup>19</sup>1939 TPD 339 343.

<sup>20</sup>*Arlidge v Islington Corporation* 1909 2 KB 127.

<sup>21</sup>*R v Linder* 1945 AD 627 640-642.

<sup>22</sup>*R v Kly* 1940 TPD 328 332-333; *R v Rabinowitz* 1950 3 SA 279 (SR); *R v Erasmus* 1956 4 126 (N); *R v Kadjee* 1960 1 SA 830 (T).

<sup>23</sup>*Amoils v Johannesburg City Council* 1943 TPD 386 390; *R v Bhyat* 1945 TPD 229 223-234.

<sup>24</sup>*R v Jopp* 1949 4 SA 11 (N) 13-14; cf *R v Claasens* 1947 4 SA 249 (O).

<sup>25</sup>*Amoils* case supra 390; cf *Brigish v Johannesburg City Council* 1939 TPD 339 344.

<sup>26</sup>1936 AD 1 17.

"The actual decision in *Constandelas*'s case is not in conflict with the view that cases, even extreme cases, provided they be not far-fetched or extravagant, which fall within the language of the by-law and which it would be grossly unreasonable to penalise will render the by-law too wide and therefore invalid."<sup>27</sup>

There are five exceptions to the principle against vagueness. Firstly, where the subordinate legislation relates to a matter of national or wide importance and where a finding of invalidity will lead to grave consequences. Secondly, where on account of its nature the drafting of the subordinate legislation was problematic or difficult. Thirdly, where the legislation affects only a particular class of persons who would understand and observe such legislation. Fourthly, where the enabling act expressly or impliedly authorises the passing of vague or uncertain legislation. Fifthly, where the vague or uncertain legislation is subsequently ratified by legislation. These five exceptions will be considered separately.

## 2.1 The subordinate legislation relates to a matter of national or wide importance

The appellate division in *R v Pretoria Timber Co*<sup>28</sup> limited the extent of the general rules regarding subordinate legislation being void for vagueness. The court, per Schreiner JA, found that should the subordinate legislation relate to a matter of national or wide importance, and would serious consequences emanate from its being declared invalid, then such legislation need be only reasonably certain and lucid.<sup>29</sup> This is a far cry from the general principle expressed above. This case concerned the contravention of a notice fixing the maximum price for corrugated iron sheets within a specified area. This area was described as ". . . the area bounded by the following points, which are themselves included, viz Bank, Pienaars River, Largo, Magaliesberg, Eerste Fabriek, Houtpoort, Brits . . . etc." It is not possible for an area to be bounded by specified places if they do not follow each other in any sort of geographic consequence or order. At best, if the order of the places was changed they could fall into a pattern naturally adjacent to each other and an area would then be bounded by them. This would mean that the court would have to modify the language used by the legislature.<sup>30</sup> In his dissenting judgment Van den Heever JA stated that the court was supplying a lacuna left by the legislature.<sup>31</sup> Schreiner JA emphasised the importance of the notice which was published at a time of national emergency and which was continued in the maintenance of national economy.<sup>32</sup> Although the learned judge conceded that the description of the area was not ideally clear, the law required "reasonable and not perfect lucidity."<sup>33</sup>

<sup>27</sup>*Amoil's case* supra 391.

<sup>28</sup>1950 3 SA 163 (A).

<sup>29</sup>176B-F and 176H.

<sup>30</sup>*R v Tebetha* 1959 2 SA 337 (A) 346E-F; *Harris v Law Society of the Cape* 1917 CPD 449 451; *Dadoo Ltd v Krugersdorp Municipal Council* 1920 AD 530 562; *Bunting v Minister of Justice* 1963 4 SA 531 (C) 533C; Cf *Fernandez v SA Railways* 1926 AD 60 66; *Ex Parte Minister of Justice: In re R v Jacobson and Levy* 1931 AD 466 476.

<sup>31</sup>*Pretoria Timber Co* case supra 184E.

<sup>32</sup>176B-D.

<sup>33</sup>176G.

In his dissenting judgment Van den Heever JA found that the faulty description could not be cured by the leading of subsequent evidence, as this could not assist the person to whom the prohibition was directed.<sup>34</sup> On the other hand Schreiner JA conceded that

“... cases may arise in which it would be difficult, perhaps extremely difficult to decide whether a place falls within or outside the area, (this) is not, by itself, a reason for holding that the description is not reasonably clear.”<sup>35</sup>

It would appear that the majority decision found the plight of an individual, unable to comprehend the effect of the notice, to be of secondary importance. In a separate judgment, Centlivres JA (as he then was) went so far as to suggest that

“it is the duty of the court to avoid, if possible, the conclusion that the notice is too vague to be effective.”<sup>36</sup>

The learned judge cited no authority for this far-reaching benevolent approach. The fact that none of the other majority judges considered this suggestion appears to render same of little consequence.

In the final analysis it is submitted that the decision in the *Pretoria Timber Co* case does not affect the general rule and the extreme case test save where the subordinate legislation is of great importance and serious consequences would result from its invalidity. The second reason for the decision, viz the difficulty of drafting the particular legislation will be dealt with below, under the second exception to the general rule.

## 2.2 Where on account of its nature the drafting of the subordinate legislation is problematic or difficult

The court has held that a benevolent interpretation should be applied to cases in which the drafting of the legislation is problematic or difficult. In *Molife v Potchefstroom Municipality*<sup>37</sup> Greenberg J (as he then was) found that it was just not possible to describe the requirements of a “fit and proper person” or the grounds on which a person would be held to be “undesirable” in terms of the relevant by-laws.<sup>38</sup> In the *Pretoria Timber Co* case Schreiner JA considered that the court should uphold the validity of the notice although it was not

“... ideally clear it may well be that a highly accurate description of the area which the controller had in mind would have entailed unwieldy elaboration and would have conveyed no more practical guidance to the ordinary dealer in corrugated iron than the description adopted.”<sup>39</sup>

## 2.3 Where the legislation affects a particular class of persons who would understand and observe such legislation

In *Helgesen v South African Medical and Dental Council*<sup>40</sup> the validity of

<sup>34</sup>184E.

<sup>35</sup>176G.

<sup>36</sup>170C (my italics).

<sup>37</sup>1930 TPD 202 203.

<sup>38</sup>*Stanton v Johannesburg Municipality* 1910 TPD 742 755.

<sup>39</sup>*Pretoria Timber Co* case supra 176G.

<sup>40</sup>1962 1 SA 800 (N).

a regulation, prohibiting medical practitioners and dentists, except in emergencies, from carrying out professional acts in respect of which they were inadequately trained or insufficiently experienced, was attacked as being void for vagueness. The court, per Williamson JP (as he then was), held that the regulation was

“ . . . merely the embodiment of a recognised medical professional principle . . . (and that) the rule is addressed to and laid down for the guidance of educated and qualified medical practitioners, it has not got to be drafted in such terms as would convey its exact meaning and scope to every untrained member of the public.”<sup>41</sup>

A similar decision was arrived at by the court in regard to a regulation which made it an offence for a member of the South African Police to conduct himself in a manner unbecoming a policeman of his rank. In *R v Supra*<sup>42</sup> judge Hiemstra found that such regulations

“are intended to be understood and observed only by policemen themselves and not by the general public . . . The policeman should be well able to know what is expected of him.”<sup>43</sup>

## 24 Where the enabling act expressly or impliedly authorises the passing of vague or uncertain legislation

An enabling act may expressly or impliedly authorise unreasonable subordinate legislation.<sup>44</sup> The court in *Chingachura Exploration Co (Pty) Ltd v Hatty*<sup>45</sup> extended this ruling to the authorisation of vague or uncertain subordinate legislation. Nonetheless it is difficult to conceive of an enabling act specifically conferring authority to pass unreasonable, vague or uncertain legislation.

The lawful conferring of its full discretionary legislative powers by an enabling legislature to the law-making authority would appear to grant the latter the widest possible discretion in the area of subordinate legislation.<sup>46</sup> From a legislative point of view such powers would place the authority in virtually the same position as the enabling body.<sup>47</sup> Under these circumstances the authority should have the same immunity from judicial enquiry into the certainty or reasonableness of its legislation as is possessed by its enabling parent body.

There is a further situation in which an authority appears to have the implied powers to make vague or uncertain subordinate legislation, viz where powers are specifically conferred upon the authority to decide subjectively or decisively the circumstances under which its own regulations

<sup>41</sup>at 822.

<sup>42</sup>1958 1 SA 474 (T).

<sup>43</sup>478; see also *R v Fink* 1961 1 SA 65 (T) 70, in regard to regulations relating to the dairy trade.

<sup>44</sup>*R v Abdurahman* 1950 3 SA 136 (AD) 149; *Bindura Town Management Board v Desai and Co* 1953 1 SA 358 (A) 363; *Swarts v Pretoria Municipality* 1920 TPD 187 191.

<sup>45</sup>1963 1 SA 46 (SR) 56.

<sup>46</sup>Cf *Sinovich v Hercules Municipal Council* 1946 AD 783 in which case the court considered the effect of specific legislative powers conferred within certain defined limits; see also *R v Seedat* 1957 1 SA 27 (N) 38A.

<sup>47</sup>*R v Alexander* 1940 NPD 375 379–380.

are contravened. An example of this type of situation would be a regulation which makes the keeping of diseased animals or meat an offence. The regulation is accordingly qualified to the extent that the opinion of the authority per se or its duly appointed medical officer etc, as to whether or not the animals or meat is diseased, is decisive. Subject to the enabling act specifically conferring this power to make a decisive opinion, details or definitions of diseased animals or meat need not be given.<sup>48</sup> The court will come to the assistance of a party aggrieved by such subjective decision only where the authority has committed a recognised irregularity.<sup>49</sup> A subjective decision of this kind, whether framed in the traditional form, e.g. "if in the opinion of" or otherwise, is an example of the second type of jurisdictional fact.<sup>50</sup>

### 2.5 Where the vague or uncertain subordinate legislation is subsequently ratified by legislation

If the enabling body has the power there is no reason why it should not ratify any vague or uncertain subordinate legislation made in terms of law-making powers conferred on it.<sup>51</sup>

Although this is not a true exception to the principle against vagueness the effect of such ratification, if retrospective, would frustrate any judicial decision.

## 3 CONCLUSION

In spite of the presumption of validity and the so-called "benevolent interpretation" it would appear from the case-law that "subordinate legislation which is so vague and uncertain that it fails to indicate to whom it applies and what such persons may do to avoid contravening the law, is clearly void for vagueness." This (dual-test) principle is subject to the five exceptions expressed above.

It has been suggested that an analysis of the case-law indicates that the terms of subordinate legislation need not be perfect, but only reasonably lucid.<sup>52</sup> This suggestion is based on the conclusion reached by Schreiner JA in the *Pretoria Timber Co* case,<sup>53</sup> but as stated above this decision should be treated as an exception and not the rule. In any event the difference between "certainty" and "reasonable certainty and lucidity" is merely one of degree.

<sup>48</sup>*Stanton v Johannesburg Municipality* 1910 TPD 742 750 754; *African Realty Trust v Johannesburg Municipality* 1906 TS 908 916; *Gin v Port Elizabeth Municipality* 1931 EDL 11 17-20; *R v Simelane* 1934 2 PH K118; *Steyn v City Council of Johannesburg* 1934 WLD 143 146.

<sup>49</sup>*Steyn's* case supra 147; *Gin's* case supra 26; *Nunes v Boksburg Municipality* (2) 1928 TPD 324 326-327.

<sup>50</sup>Taitz 1978 *Acta Juridica* 115 et seq.

<sup>51</sup>*Du Plessis v Raubenheimer* 1917 OPD 104 111; *Ex Parte Christodolides* 1959 3 SA 838 (T) 841A; *Ex Parte de Wit* 1959 4 SA 731 (C) 733; for the law regarding the retrospective operation of an enactment see *ia*, *Peterson v Cutlbert Ltd* 1945 AD 420 430.

<sup>52</sup>Verskin "Vagueness in South African Subordinate Legislation" 1976 *SALJ* 303 332.

<sup>53</sup>*Pretoria Timber Co* case supra 176B-H.



In the final analysis, the following appears to be the position in our law. If vague legislation falls within the dual-test set out above it is void for vagueness unless it is subject to one of the five exceptions. The validity of any other subordinate legislation depends on the subjective attitude of the court.

JEROLD TAITZ  
*University of Cape Town*

## MUTE CONCURRENCE IN THE APPELLATE DIVISION: IS SILENCE GOLDEN?

*Judges must write down their reasons for a decision because they are partners with us, the citizenry, in an agreed procedure for reaching responsible decisions*

— Dean Rostow<sup>1</sup>

### 1 THE ISSUE

Our court system, like that of most Western nations,<sup>2</sup> consists of a tiered structure of lower courts culminating in a supreme judicial body whose decisions may be substituted for those of the courts inferior to it, and whose determinations of fact and law are binding on them. The system, from top to bottom, depends upon articulate judgment. Systematised law provides, elementally, for the non-violent resolution of disputes. Yet the law is not so churlish as to impose as final upon disputants taking recourse to it the decision of the first adjudicator it appoints to hear a dispute. Instead, the law provides for appeals. In so doing it acknowledges that human judgment is fallible. This acknowledgement is symbolised by the phenomenon which also makes the system workable: the requirement that decisions should be reasoned. A reasoned judgment makes possible agreement, support, acquiescence. It also allows dissent and reversal. Yet the system that accommodates this process also draws a line in the respect it pays to its awareness of the fallibility of human judgment. It does so by providing that the judgment of its apex court shall be final. To compensate litigants for the door so closed upon them, the system offers a double palliative. It provides, in the first place, that its ultimate tribunal should consist of adjudicators more in number than those in the courts below. And secondly, it tries to offer litigants at this level a depth of judicial wisdom and experience which they may not have encountered earlier in their dispute.

It is these two "palliatives" which bring us to the heart of the problem to which this note addresses itself. The question is this: does it not follow from the necessity for reasoned judgment in a system structured around this requirement, that the larger numbers constituting the ultimate court,

<sup>1</sup>*The Sovereign Prerogative: The Supreme Court and the Quest for Law* (1962) 89, quoted by Abrahams *The Judicial Process* (3rd ed 1975) 199.

<sup>2</sup>See the comparative survey in Blom-Cooper and Drewry *Final Appeal: A Study of the House of Lords in its Judicial Capacity* (1972) 51–60, and in Hahlo and Kahn *The South African Legal System and its Background* (1968) 221–239.

and its unusual accumulation of acumen, should find expression in multiple substantiation by its members of the decisions they reach?

An answer neither way is apparent.

## 2 THE FACTS AND FIGURES

A comprehensive study of the working of the appellate division in our country remains to be done.<sup>3</sup> Nonetheless a study of one year's decisions by the appellate division may have some value. A combined analysis was undertaken of the cases serving for resolution before the appellate division during 1978. Ninety one of these cases are reported in the *South African Law Reports*.<sup>4</sup> A further sixty two decisions were not reported.<sup>5</sup> The results of the analysis are as follows:

1 Number of decisions	155
2 Number of individual judgments	165
3 Number of cases in which the appellate division was divided in its conclusions	9
4 Number of separate concurring opinions	1
5 Number of significantly successful appeals	70

Two interrelated factors here seem open to comment. The first is the striking extent of the unanimity maintained by the members of the appellate division in their decisions during the year under consideration. Calculation reveals that in very nearly 95% of the cases decided by it during 1978 the appellate division was unanimous as to its conclusions. A division of opinion occurred in only 5,81% of the cases heard. A swift comparison with one other appellate body, the United Kingdom's house of lords (on the basis of the 1977 *Appeal Cases* reports, the latest available here) reveals that the members of the house of lords differed in their conclusions as to 17,3% of the reported British cases they heard, and as to 16,7% of the cases they heard in advising the sovereign as members of the judicial committee of the privy council. Dissent thus occurred in that appellate tribunal in a comparable period more than three times as often as it occurred in the appellate division during 1978.

To require dissent for its own sake is to invite departure from the spirit of the judicial oath. For this reason, it is not thought even to imply criticism of the relatively small measure of disagreement in our court of final appeal. Nonetheless, even setting aside possibly invidious comparisons, a 95% fraction of concordance in the appellate division must be thought at least worthy of note. This is so especially in a court which departs in some significant measure from the decision of the court appealed from in more

<sup>3</sup>The dearth of material in this country may be contrasted with the (predictable) abundance of it in the United States – see the extraordinary bibliography in Abrahams 396–515. For the United Kingdom see Blom-Cooper and Drewry loc cit and now, too, Stevens *Law and Policy: The House of Lords* (1979).

<sup>4</sup>1978 2 SA 410 to 1979 3 SA 836.

<sup>5</sup>I am grateful to Mr M Barnett of Juta and Co, who kindly lent me his collection of unreported judgments.

than 45% of the cases it hears.<sup>6</sup> The possibility that the relatively high degree of agreement between the members of a court which is obviously active in its appellate role may be connected in some way with the phenomenon of mute concurrence under discussion here, justifies the inclusion of these figures.

The second phenomenon is more obviously in point. This is the absence, apart from a single brief exception,<sup>7</sup> of any separate concurring opinion in the appellate division during 1978. One hundred and forty four times during 1978, a single judge of appeal handed down an opinion, with two or four others (as the case may be) signifying nothing other than their agreement. The only exceptions, apart from the one already referred to, were the eight cases in which a minority of the court dissented from the conclusion of the majority or had doubts about its correctness.<sup>8</sup>

As has been stated, a detailed survey of our appellate division, now in its seventieth year, has yet to be done. The figures gleaned from the analysis of the 1978 decisions do perhaps nonetheless justify one or two tentative deductions. It could hardly, for instance, be thought exceptionable to state that it appears to have become practice in the appellate division for only one judgment to be delivered in cases where there is no division of opinion amongst the members of a court. And the observation may perhaps also be hazarded that this practice is of no great antiquity in our appellate division.<sup>9</sup>

Whether it ought to become settled is the question we now turn to.

### 3 THE CASE FOR MUTE CONCURRENCE

There is much to be said for the delivery as a rule of only one judgment by a unanimous court of final appeal. The main argument in favour of this practice, and against assentients' separate expression of their opinions, is that it eliminates what Sir Rupert Cross once referred to as "the confusion of many tongues."<sup>10</sup>

<sup>6</sup>Included in this figure are all cases "significantly successful" on appeal: this includes variations of sentence in criminal appeals, and appellate division interference in damages awards of the court below (see e.g. *Omega Plastics (Pty) Ltd v Swisstool Manufacturing Co (Pty) Ltd* 1978 3 SA 464 (A) and *African Diamond Exporters (Pty) Ltd v Barclays Bank International Ltd* 1978 3 SA 694 (A)). Excluded are cases where a measure of formal success on appeal did not amount to any "wesentlike sukses" (see *S v Khozo*, an unreported appellate division judgment of 20 November 1978, and *Bester v Jordaan*, an unreported appellate division judgment of 24 November 1978. The words in quotation marks are from the judgment of Trengove AJA (as he then was) in the *Bester* case, in fine).

<sup>7</sup>The short opening judgment of Wessels ACJ in *S v Moroney* 1978 4 SA 389 (A).

<sup>8</sup>For an example of the latter, see *S v Khanyapa* 1979 1 SA 824 (A), Viljoen AJA and Kotze JA having "sekere bedenkinge" about the majority view.

<sup>9</sup>For what this may be worth, eight of the seventy-four appellate division decisions reported in the 1965 *SALR*, yielded more than one assenting judgment. There were also cases provoking division in the court, while in fifty-six decisions a unanimous court signified its reasons in only one judgment. For these statistics, see Hahlo and Kahn 281. The incidence of separately expressed assent (occurring in 10,8% of reported cases) and of dissent (13,7% of reported decisions) is markedly higher than in the present period of study.

<sup>10</sup>*Precedent in English Law* (1968) 98.

In a system of law attuned so finely to the voice of its case law, it is crucial, for practitioners and students of the law alike, to be able to know what exactly a court has decided and how it reached its conclusion. The gratuitous multiplication of assenting judgments, in an ultimate tribunal more than anywhere else, is an evil which may make this task very difficult or even impossible. The argument on this point has been put most acerbically by two Australian writers, GW Paton and G Sawyer:

"For persons . . . to whom the study of judicial psychology and of the relation between law and society is an enthralling hobby, for those who take a keen intellectual delight in the play of ideas, and for university teachers who can devote their whole time to a minute analysis of opinions for purposes of research and for the stimulation of the better student – for such people, a multiplicity of opinions is valuable; the more there are and the more they conflict, the richer is the field for study. But the law does not exist primarily as a field for study. Its chief purpose is to provide a working guide for the citizen and in particular for his legal advisers."<sup>11</sup>

These views were echoed just thirty years later by Sir Rupert Cross, when he spoke, with more than a trace of exasperation, of

"the second or third speech in the House of Lords which concurs in the result reached by its precursors after the same review of all the authorities with as little reference to principle, but in different words leaving the reader to wonder why the speech was delivered."<sup>12</sup>

Sir Rupert went on:

"A Law Lord should always have his consumers in mind, and his principal consumers are practitioners and less exalted judges who are certainly more busy and probably less learned than he is."<sup>13</sup>

Separate concurring opinions, it has also been said, "may do no more than give credence to the cult of judicial prolixity,"<sup>14</sup> while elsewhere one is told of lawyers who are convinced that "they are frequently nothing more than egomanifestations and/or 'quibbling'."<sup>15</sup>

The case in favour of mute concurrence in a single judgment by assenting members of an appellate tribunal thus far is clear. It reduces verbiage, and enables practising lawyers and judges lower down in the court hierarchy to act in accordance with the contents of the single judgment delivered.

But a less elevated consideration must not be forgotten. If a court of three or five or nine members is required to produce only one reasoned motivation of its decision, this generally means that all but one of its members are largely free from the burden of preparation and articulation. Time and trouble is saved. For litigants this may entail the speedier disposal of the court's role. For appellate judges this may mean simply that they are able to do the work assigned to them to their own satisfaction, whereas the burden of individual articulation might in the light of the court's load prove unbearable.<sup>16</sup>

<sup>11</sup>1947 *Law Quarterly Review* 461 485.

<sup>12</sup>1977 *Law Quarterly Review* 378 384.

<sup>13</sup>loc cit.

<sup>14</sup>Blom-Cooper and Drewry 93.

<sup>15</sup>Abrahams 205.

<sup>16</sup>For the role these factors played in shaping United States Supreme Court practice, see the remarks by Mr Justice Frankfurter in *Graves v New York; ex rel O'Keefe* 306 US 466, 487 (1900), quoted by Blom-Cooper and Drewry 81.

## 4 THE CASE FOR SEPARATE ASSENT

Reflection on the arguments raised in the previous section leave little doubt that gratuitous and prolix expressions of concurrence in an appeal court are an evil. But the virtually complete absence of separate assent involves hazards of its own. If the suppression of separate opinions promotes the notion that the law on any subject is certain and easily ascertainable, then we must ask whether the law is in fact so. Disputes of fact and law pursued through the court hierarchy to its apex rarely involve simple or unimportant issues. Selective separate assent may and surely should be used to probe and illumine complexities which may not be dealt with adequately in the main judgment. Such assent may also be used to pay proper acknowledgement to the fact that an appellate division determination of fact is final only in so far as our conventions recognise it so, and of law, conclusive, only until a future appellate bench is persuaded to overturn it. Separate assent in appropriate cases acknowledges these facts because its absence suggests that the opposite is true.

There is a further consideration. It is true that the "principal consumers" to whom appellate judges have to have regard are practitioners and judges preoccupied with dispensing the law as it is to clients and litigants taking recourse to them. But these are not their only consumers. And the law is not only as it is. It is also, in a sense, as it ought to be. The persons most active in reconciling this apparent paradox are judges, and amongst them appellate judges have a peculiarly important role to play. Our jurisprudence and system of justice depend for their life-blood upon lucid and evocative statements of legal principle by the persons most intimately concerned with its formation and implementation. To discourage separate assent is to run the risk of petrification. It is to run the risk of the elevation to near statutory force of the canonical terms of the unassisted judgment delivered; of the inability of a future court to abridge or adapt its terms.<sup>17</sup> In courting these hazards, an appeal court may be said to be having too little regard to another group of consumers perhaps as important as its others: that is, posterity. To view an ultimate tribunal merely as a clearing-house of the debris of litigants' disputes is to view its role too narrowly. The almost entire absence of separate opinions in an appellate body may perhaps be thought to indicate that its thinking, if it has erred anywhere, has possibly erred in coming too close to this view of the appellate process.

The truth about most of the statements quoted in the previous section is that they were made by writers faced with a situation entirely different from that occasioned in South Africa today by the appellate division practice detailed here. In England Lords of Appeal in Ordinary are not noted for their reluctance to deliver individual opinions in almost every type of case. With five members usually sitting, the house of lords in its judicial capacity normally produces at least three and often five separate expressions of opinion. The twenty-three house of lords decisions reported in 1977 *Appeal Cases* yielded no fewer than eighty individual judgments: an average of

---

<sup>17</sup>See Lord Reid's remarks to this effect in *Cassell and Co Ltd v Broome* 1972 AC 1027 1084 quoted by Cross 1977 *Law Quarterly Review* 378 383-384.

between three and four in every case reported. The Australian high court's practice of delivering a generous number of detailed assents has long attracted adverse comment.<sup>18</sup>

It is one thing to argue for the retention of superfluous and habitually separate assent. It is quite another to urge the value of the separate opinion, discriminatingly given, in cases where circumstances of fact or law suggest that it may be appropriate. Sir Rupert Cross's views, quoted earlier, are a reaction to the former circumstance. Elsewhere, he has expressed support for the latter position.<sup>19</sup> Paton and Sawyer detail the disadvantages of assentients' expressing themselves in only one opinion.<sup>20</sup> One of the most eminent members of the house of lords this century, Lord Reid, persistently stressed the value of more than one expression of opinion in an appellate body.<sup>21</sup> None of the arguments quoted in the preceding section, it is submitted, advocate or justify a situation where a supreme appellate tribunal, in one hundred and forty four out of the one hundred and forty five cases in which its members agreed on the result, performs its function by only one of its members delivering a single individual opinion, assented in without more by the rest of its members.

## 5 SOME CONCLUSIONS

The facts and figures detailed above are cause for disquiet, it is submitted, in those whose concern is for the vitality and growth of judge-applied law in this country, and for the vigour of its expression by the appellate division. The argument here is not that all cases require more than one appellate judgment, still less that all judges of appeal must give reasons for the views they take of each of the cases serving before them. In criminal appeals, the case against any second judgment at all, is particularly strong.<sup>22</sup> In other cases, of perhaps especial public interest or significance, it may be important that the clarity of the court's voice should not be tempered by the fact that more than one voice is speaking, albeit to similar effect.<sup>23</sup> In yet others, one of the sitting judges of appeal may have a special aptitude for the researches required by the presentation of the appeal.<sup>24</sup> His particular skills may render further industry by his colleagues inapt or unnecessary.<sup>25</sup>

But the great bulk of civil cases serving before the appellate division fall into none of these categories.<sup>26</sup> In many of them it must be considered

<sup>18</sup>See Blom-Cooper and Drewry 83 n 1 and 93 n 2, and Paton and Sawyer *passim*.

<sup>19</sup>*Precedent in English Law* 100; 1977 *Law Quarterly Review* 378 385.

<sup>20</sup>1947 *Law Quarterly Review* 461 484-485.

<sup>21</sup>See Lord Reid's views quoted by Cross 1977 *Law Quarterly Review* 378 383-385 and by Hahlo and Kahn 277.

<sup>22</sup>For the English practice in this regard see the report of the Donovan Committee on the court of criminal appeal quoted by Cross 1977 *Law Quarterly Review* 378 384-385 and Cross *Precedent in English Law* 85-86.

<sup>23</sup>*Wood v Ondangwa Tribal Authority* 1975 2 SA 294 (A) may be thought a case in point; cf *Brown v Board Education* 347 US 483 (1954), discussed in Abrahams.

<sup>24</sup>See, perhaps, the judgment of CP Joubert JA in *Robson v Tberon* 1978 1 841 (A).

<sup>25</sup>But see the exactly complementary judgments of Schreiner ACJ and Hoexter JA in *Ex parte the Minister of Justice, in re S v Gesa, S v de Jongh* 1959 1 SA 234 (A).

<sup>26</sup>Nearly 56% of the cases heard by the appellate division in 1978 concerned criminal law and criminal procedure: eighty-six out of one hundred and fifty-three.

an impoverishment to our jurisprudence that a second judge of appeal, where he had something to say, does not express himself in a separate assenting judgment.

The need for multiple substantiation may be thought the more pressing in a court which departs to some significant extent from the decision of the court below it in more than two out of every five cases it hears. In *Elandsbeuvel Farming (Edms) Bpk v Sekretaris van Binnelandse Inkomste* 1978 2 SA 101 (A), a case in which the appellate division, by a bare majority, affirmed the decision appealed against, Trollip JA added to his agreement with the majority judgment of Wessels JA, the consideration that "in view of the division of opinion between us, I wish to make a few observations of my own for the purpose of emphasis." This kind of emphasis may be thought no less appropriate in some at least of the cases where the division is not between the members of the appeal court, but between them and the court sitting below.

But even where the court a quo is affirmed in its decision, selective separate assent is surely desirable. In this regard it is ironical, and illuminating, that the appellate division itself during 1978 had to have recourse to a separate concurring judgment in an earlier decision of its own, to clarify a point emerging from the main judgment in a precedent argued before it (see *Verster v MVA Fund* 1978 3 SA 691 (A) 696-697, where the separate concurring judgment of Wessels JA in *MIA of Southern Africa v Boshoff* 1970 1 SA 489 (A) was used to illumine a passage from the leading judgment given by Ogilvie Thompson JA in that case).

The experience in *Verster's* case is, it is submitted, portentous. In a legal system where appellants and respondents to the court of final appeal have the advantage of five appellate judges applying their acumen with equal anxiety to the issues before them, the plea is for the system to bear fruit more frequently in separate expressions by our judges of appeal of the conclusions they come to.

EDWIN CAMERON

*University of the Witwatersrand*

## BEDROG DEUR DERDES BY KONTRAKSLUITING

In hul bespreking van wanvoorstelling as aanvegtingsgrond van 'n kontrak sê die skrywers van De Wet en Yeats se *Kontraktereg en Handelsreg*<sup>1</sup> onder andere die volgende:

"Die wanvoorstelling moet gemaak wees deur die ander kontraktant, of deur iemand wat in sy diens handel of met hom saamwerk om die onskuldige te mislei. Waar een van die partye deur 'n buitestaander mislei word, kan hy hom nie teenoor die ander kontraktant op die misleiding beroep nie."<sup>2</sup>

<sup>1</sup>4e uitg deur JC de Wet en AH van Wyk 40; vgl ook 36-37.

<sup>2</sup>AJ Kerr *The Principles of the Law of Contract* 2e uitg 149 maak 'n gelykluidende stelling.

As C vir B deur bedrog beweeg om 'n nadelige kontrak met A te sluit, terwyl A van die bedrog niks weet nie, is dit duidelik dat B se enigste remedie 'n deliksaksie teen C is.<sup>3</sup> Die kontrak kan hy nie aanveg nie, want daar bestaan volslae wilsooreenstemming en die dwaling in die beweegrede waar- onder B verkeer, is nie deur die ander kontraksparty, A, teweeggebring nie. Die vraag is nou of dit enige verskil maak as A weet dat B deur C mislei is. Dit is insiggewend om eers baie kortliks te kyk na die oplossings wat deur 'n paar ander regstelsels aangebied word.

### Die Engelse Reg

*Chitty on Contracts*<sup>4</sup> stel die posisie so:

"In order to ground relief to a person who has entered into a contract as a result of a misrepresentation, it is necessary that the misrepresentation should have been made either by the other party to the contract, or by his agent acting within the scope of his authority."<sup>5</sup>

Die indruk word dus geskep dat kennis aan die kant van A van C se misleiding van B geen invloed het nie. Dit is egter twyfelagtig of die skrywer die geval waar A kennis het in gedagte gehad het, want op 'n ander plek<sup>6</sup> word met beroep op *Talbot v Von Boris* 1911 1 KB 854 verklaar dat B 'n kontrak wat hy gesluit het met A weens vreesaanjaging deur C wel kan aanveg, mits A van die vreesaanjaging geweet het. Daar is geen logiese rede waarom die posisie by bedrog nie dieselfde sal wees nie.

### Die Duitse Reg

Die Duitse reg voer die beskerming van 'n misleide kontraksparty baie ver. B kan hom naamlik teenoor A op die bedrog van C beroep indien A van die bedrog geweet het *of behoort te geweet het*.<sup>7</sup> Die afleiding is onvermydelik dat die Duitse reg die regstelling van enige *moontlike* vergissing wat die ander kontraksparty kan beïnvloed, vereis.<sup>8</sup>

### Die Nederlandse Reg

Artikel 1364 van die BW lui so:

"Bedrog levert eenen grond op tot vernietiging der overeenkomst, wanneer de kunstgrepen, door eene der partijen gebezigd, van dien aard zijn, dat het klaarblijkelijk is dat de andere partij zonder die kunstgrepen de verbintenis niet zoude hebben aangegaan."

Hieroor verklaar Rutten<sup>9</sup>:

"Opmerking verdient egter, dat ook het BGB de vordering terzake van bedrog niet toekent, indien het bedrog is gepleegd door een derde, tenzij de wederpartij hiervan op de hoogte was of behoorde te zijn, met andere woorden, indien deze niet te

<sup>3</sup>Sien by *Tait v Wicht* (1890) 7 SC 158; *Lippert and Co v Smit* 1878 Buch 95; *Frenkel and Co v Freisman and Shapiro* (1897) 4 OR 227.

<sup>4</sup>23e uitg par 271.

<sup>5</sup>Van dieselfde strekking is *Anson's Law of Contract* (24e uitg deur AG Guest) 227.

<sup>6</sup>par 352; vgl *Anson's Law of Contract* 259.

<sup>7</sup>a 123 van die BGB.

<sup>8</sup>*Williston on Contracts* 3e uitg par 1518 skyn dieselfde houding as die Duitse *BGB* in te neem.

<sup>9</sup>Asser se *Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht* - derde deel - tweede stuk 165.



goeder trouw was (§123). Deze regeling zal ook volgens ons recht gelden, indien men aanneemt, dat in een dergelijke geval, door te zwijgen waar zij had behoren te spreken, de wederpartij zich zelf aan bedrog schuldig maakt.”

Behalwe vir die feit dat 'n mens nog nie mala fide is as jy iets behoort te geweet het nie,<sup>10</sup> kan met Rutten saamgestem word. Die enigste vraag is dus of die Nederlandse reg in hierdie soort situasie van A vereis om B se dwaling in die beweegrede uit die weg te ruim. Dit is belangrik om daarop te let dat moontlike aanvegting in hierdie situasie deur Rutten gebaseer word op A se eie bedrieglike verswyging, en nie op sy kennis van C se bedrog sonder meer nie.

### Die Suid-Afrikaanse Reg

Volgens die Romeins-Hollandse skrywers is 'n kontrak aanvegbaar indien dit teweeggebring is deur die wanvoorstelling van die ander kontraksparty(e).<sup>11</sup> Nou is dit nie mooi duidelik of die ou skrywers ook die geval waar A van C se bedrog weet in gedagte gehad het toe hulle die algemene stelling gemaak het dat C se bedrog geen invloed op die afdwingbaarheid van 'n kontrak tussen A en B het nie. Dit mag wees dat hulle hul stellings met die volle konsekwensies daarvan bedoel het. Dit mag ook wees dat hulle A se versuim om B reg te help gesien het as bedrieglike verswyging, wat aanvegting kan meebring binne die raamwerk van die algemene stelling dat C se bedrog nie ter sake is nie. Dit is egter in 'n groot mate bespiegeling en 'n mens sal na meer moderne skrywers en regspraak moet kyk om 'n antwoord te probeer vind.

Aanvegting van 'n kontrak weens bedrog is in ons reg gebaseer op 'n delik (die bedrog) gepleeg teenoor die onskuldige kontraktant.<sup>12</sup> Dit is dan ook die rede waarom aanvegting nie beskikbaar is teenoor 'n kontraktant wat nie self skuldig is aan die wanvoorstelling wat die ander kontraktant mislei het nie.<sup>13</sup> Dit is dus duidelik dat die blote feit dat A geweet het dat C vir B bedrieg het, nie beteken dat ook A nou vir B om die bos gelei het nie. 'n Mens sou slegs kon sê dat A vir B bedrieg het as A skuldig is aan bedrieglike verswyging. Aan bedrieglike verswyging kan A slegs skuldig wees as hy onregmatiglik versuim het om B reg te help, en onregmatig sal A se verswyging slegs wees as daar 'n *regsplig* op hom rus om B reg te help. Die vraag wat dus uitgemaak moet word, is of daar in die gesketste situasie 'n regsplig op A rus om B daarop te wys dat hy onder die invloed van 'n dwaling in die beweegrede verkeer.

'n Mens lees dikwels uitlatings soos die volgende gedeelte uit *Speight v*

<sup>10</sup>Vgl De Wet en Van Wyk 42-43; sien ook a 94 van die Wisselwet 34 van 1964.

<sup>11</sup>Voet 4 3 5 verklaar dat dié bedrog van 'n derde geen invloed het nie en motiveer: “. . . cum enim inter tertium illum fraude sua laedentem ac laesum nullus contractus intercesserit, ideoque nec ex contractu actio de dolo facto possit moveri . . .” Van der Keessel *Theses Selectae* 666 verklaar dat 'n koopkontrak gesluit as gevolg van die verkoper se bedrog tersyde gestel kan word; uit Van der Linden se *Koopmans Handboek* 1 14 2 kan ook by implikasie afgelei word dat dit slegs 'n *kontraksparty* se bedrog is wat 'n invloed op die kontrak het.

<sup>12</sup>De Wet en Van Wyk 38.

<sup>13</sup>Rutten 165.

*Glass*:<sup>14</sup>

“There is in our law no general duty upon contracting parties to disclose to each other any facts and circumstances known to them which may influence the mind of the other party in deciding whether to conclude the contract.”

Millner<sup>15</sup> onderskei drie soorte situasies waarin dit van 'n kontraktant verwag word om enige feit wat sy medekontraktant kan beïnvloed te openbaar: (1) “Active concealment,” wat omskryf word as “silence preceded by a positive act or statement, which in the absence of correction is misleading.” 'n Goeie voorbeeld hiervan uit die regspraak is *Edwick v Trotman*.<sup>16</sup> (2) “Designed concealment.” Dit slaan op die situasie waar 'n kontraktant volens nolens moet staatmaak op inligting deur die ander kontraktant ten einde 'n oordeel oor die voorgename kontrak te kan vel. Voorbeelde hiervan is die uberrimae fidei-kontrakte, soos die versekeringskontrak en die vennootskapskontrak. (3) “Simple non-disclosure.” Dit slaan op die verswyging van latente gebreke in 'n koopsaak.<sup>17</sup>

Dit lyk of die openbaarmakingsplig ietwat wyer is as wat Millner te kenne gee. In die eerste plek is dit moeilik om die appèlhofbeslissing in *Oranje Benefit Society v Central Merchant Bank Ltd*<sup>18</sup> onder een van Millner se kategorieë tuis te bring. Hier het die hof beslis dat dit bedrieglike verswyging is vir 'n maatskappy om 'n ultra vires-transaksie te sluit, wel wetende dat dit ultra vires is, terwyl die ander party onbewus is van hierdie feit (let daarop dat a 36 van die Maatskappywet nie van toepassing was nie). Moontlik sou 'n mens egter die blote voer van onderhandelinge kon beskou as 'n voorstelling dat die beoogde transaksie intra vires sal wees. Die appèlhof het die wanvoorstelling egter as verswyging beskou, in welke geval 'n mens waarskynlik 'n verdere verskyningsvorm van die openbaarmakingsplig kan identifiseer.

In die tweede plek is daar gesag voor dat ook eienskappe van 'n koopsaak wat nie as aediliese gebreke beskou kan word nie, maar tog van so 'n aard is dat dit die koper sal beïnvloed, openbaar moet word. So is in *Dibley v Furter*<sup>19</sup> beslis dat die teenwoordigheid van onsigbare grafte openbaar gemaak moet word. In *Meskin v Anglo-American Corporation of SA Ltd*<sup>20</sup> word verklaar:

“. . . it is to-day still a moot point whether in sale the duty of the seller goes beyond disclosing aedilician defects (or other defects) known to him . . .” (ek kursiveer).

<sup>14</sup>1961 1 SA 778 (D) 781; vgl ook *Hoffman v Monis' Wineries Ltd* 1948 2 SA 163 (K) 168; *Flaks v Sarne* 1959 1 SA 222 (T) 226: “There is no such thing as a general duty to all the world to speak the truth or to make disclosure. Such a duty arises in relation to particular people in particular circumstances;” *Pretorius v Natal South Sea Investment Trust Ltd* 1965 3 SA 410 (W) 417-418.

<sup>15</sup>1957 *SALJ* 177 179.

<sup>16</sup>1950 2 PH A41, en in appèl 1951 1 SA 443 (A).

<sup>17</sup>Vgl die opsomming van die openbaarmakingsplig in *Cheshire and Fifoot's Law of Contract* (9e uitg deur MP Furmston) 252.

<sup>18</sup>1976 4 SA 659 (A).

<sup>19</sup>1951 4 SA 73 (K); vgl ook *Cloete v Smithfield Hotel (Pty) Ltd* 1955 2 SA 622 (O).

<sup>20</sup>1968 4 SA 793 (W) 807B.

Die klassieke geval vind 'n mens reeds in *D 19 1 11 5*: As iemand dink hy koop 'n maagd, terwyl die betrokke slavin geen maagd is nie, en die verkoper laat die koper wetens toe om te dwaal, is 'n aksie vir tersydestelling *ex empto* (omdat die koopkontrak 'n bona fide-kontrak was) beskikbaar. Die *actio redhibitoria* is nie beskikbaar nie, omdat dit geen aediliese gebrek is nie. *Van Niekerk and Van der Westhuizen v Weps and Morris*<sup>21</sup> is skynbaar ook 'n geval waar aanvegting toegelaat is op grond van verswyging van 'n nie-aediliese gebrek. Ek is egter van mening dat die verswyging van die feit dat die water op 'n plaas nutteloos is, die verswyging van 'n aediliese gebrek is. Opmerklik is dit dat die verswyging in al die bogenoemde gevalle oor die eienskappe van die wanvoorsteller se prestasie handel.

Hierbo is die standpunt aanvaar dat ons reg geen algemene openbaarmaking van relevante feite by kontraksluiting vereis nie. Dit bring noodwending mee dat gepoog moet word om die een of ander beginselperk vir die openbaarmakingsplig te stel. Daar bestaan na my oordeel geen verskil tussen die geval waar 'n kontraktant nie bewus is van sekere relevante feite wat hom kan beïnvloed en die geval waar hy homself mislei het om te glo dat sekere relevante feite wel bestaan nie. In beide gevalle verkeer hy onder die invloed van 'n dwaling in die beweegrede. Net so verskil voorgaande twee gevalle, in elk geval wat A in ons voorbeeld betref, nie van die geval waar C die dwaling by B veroorsaak het nie. As A in eersgenoemde twee gevalle in 'n gegewe situasie nie verplig is om B reg te help nie, dan ook nie in laasgenoemde geval nie. Dit moet weer beklemtoon word dat A se aanspreeklikheid op skending van sy openbaarmakingsplig berus, en nie op sy blote kennis van C se misleiding nie. Op wat die beginselperk op die openbaarmakingsplig is of behoort te wees, word hieronder teruggekom.

Hoewel nie oor die eindresultaat in *Orban v Stead*<sup>22</sup> gekibbel kan word nie, lyk die uitgangspunt van die hof se redenasie in stryd met die algemene beginsel dat daar in die reël nie 'n openbaarmakingsplig van alle relevante feite is nie. Die hof meen naamlik dat 'n verkoper bedrog pleeg as hy nie 'n wanindruk waaronder die koper verkeer en waarvan hy weet, verwyder nie.<sup>23</sup> So 'n wye stelling sou enige relevante wanindruk insluit. In hierdie geval het die koper gemeen hy koop 'n stuk grond wat X+Y insluit, terwyl dit inderdaad volgens die transportakte slegs X was. Anders as wat die hof beslis het,<sup>24</sup> meen ek dat 'n mens hier te doen het met *error in corpore*, wat dissensus tot gevolg gehad het. Die feit dat die koopkontrak op die oog af consensus weerspieël, sluit nie die moontlikheid uit dat daar inderdaad dissensus tussen die partye is nie. Dit kan tog nie beweer word dat die koper bedoel het om die stuk grond in die koopkontrak omskryf (X) te koop nie. Hy het bedoel om die stuk grond wat hy besigtig het (X+Y) te koop.<sup>25</sup> Die onderhawige geval verskil nie in beginsel van die feite in *Allen v Sixteen*

<sup>21</sup>1937 SWA 99.

<sup>22</sup>1978 2 SA 713 (W).

<sup>23</sup>719D.

<sup>24</sup>717B-C.

<sup>25</sup>Dit wil voorkom of dieselfde fout gemaak word deur ar Hoexter in *Trollip v Jordaan* 1961 1 SA 238 (A).

*Stirling Investments (Pty) Ltd*<sup>26</sup> nie. In die *Allen*-saak was daar wel geen ooreensyding tussen die twee verskillende stukke grond wat die party gemeen het om onderskeidelik te koop en verkoop nie. Die feit dat die verkoper bedoel om X te verkoop en die koper bedoel om (X + Y) te koop, verander egter nie die saak nie. Daar is steeds geen eenstemmigheid oor wat nou presies gekoop en verkoop word nie. Die feit dat die oënskynlike wilsooreenstemming op skrif gestel is, verhoed nog nie die koper om hom op wesenlike dwaling te beroep nie.<sup>27</sup>

As voorgaande korrek is, was die ooreenkoms in *Orban v Stead* eenvoudiger nieg weens gebrek aan wilsooreenstemming. Vir huidige doeleindes moet ons aanvaar dat daar wel wilsooreenstemming was, en dat die verkoper die koper moes ingelig het (by gebreke waaraan hy hom skuldig maak aan bedrieglike verswyging) oor laasgenoemde se vergissing. Belangrik is dit om daarop te let dat die koper se vergissing ook hier te make het met die aard en eienskappe van die verkoper se prestasie.

In die lig van voorgaande wil ek poog om die plig tot openbaarmaking van relevante feite soos volg te beperk: 'n plig tot openbaarmaking kan slegs bestaan waar die relevante feit verband hou met die aard en eienskappe van die prestasie van die party wat moet openbaar, of met sy persoonlike omstandighede, afhangende van die soort kontrak waarmee 'n mens te doen het. Dit alles kan met voorbeelde geïllustreer word: as A 'n plaas aan B verkoop terwyl hy weet dat B onder die wanindruk verkeer dat die grond 'n sekere vrugbare bestanddeel bevat, moet hy dit openbaar. Aan die ander kant, as A aan B 'n motor verkoop met die wete dat B slegs koop omdat hy meen dat sy (B se) motor ernstig beskadig is, hoef A nie vir B reg te help nie. As B aan A 'n sekere bedrag geld beloof omdat hy meen dat A 'n langverlore familielid is, moet A vir B reghelp indien hy van B se vergissing bewus is. Aan die ander kant, as B 'n bedrag aan A beloof omdat hy ten onregte meen dat sy ryk oom oorlede is en hy baie gaan erf, hoef A nie vir B te ontugter nie. Soos reeds aan die hand gedoen, maak dit, wat A se openbaarmakingsplig betref, geen verskil of B se vergissing deur C veroorsaak is nie.

Die pas gesketste standpunt strook met die uitgangspunt dat ons reg geen algemene openbaarmaking van relevante feite vereis nie. Dit klop ook met die volgende passasie uit Wessels *Law of Contract* (2de uitgawe) par 1078:

“Thus, if a purchaser suspects or discovers a latent value in a farm he wishes to buy, there is no duty cast upon him to reveal why he is desirous of purchasing (*per Kotze, JP, in Josephi v Parkes* 1906 EDC 138) . . .”<sup>28</sup>

Dit klop verder met die beginsel dat 'n ontvanger van 'n onverskuldigde prestasie, wetende dat dit onverskuldig is, nie sonder meer daardeur deliktuele aanspreeklikheid ooploop nie,<sup>29</sup> maar slegs verrykingsaanspreeklikheid.

<sup>26</sup>1974 4 SA 164 (D).

<sup>27</sup>Sien onlangs *Janowski v Fourie* 1978 3 SA 16 (O); De Wet en Van Wyk 24 en 25.

<sup>28</sup>met goedkeuring aangehaal deur r Jansen in *Meskin v Anglo-American Corporation of SA Ltd* 1968 4 SA 793 (W) 796E.

<sup>29</sup>Sien De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid in die SA Reg* 2e uitg 66. Dit moet natuurlik erken word dat die appèlhof in *S v Graham* 1975 3 SA 569 (A) beslis het dat die mala

By die bepaling van aanspreeklikheid op grond van wanvoorstelling deur verswyging word die groter vraag na aanspreeklikheid op grond van 'n late aangeraak. Dit is iets wat nie so gereedelik vas te stel is nie,<sup>30</sup> veral nie in kontraktuele verband nie.<sup>31</sup> In *Minister van Polisie v Ewels*<sup>32</sup> tref die appèl-hof tereg die onderskeid tussen 'n versuim in stryd met die morele en sedelike opvattinge van die gemeenskap en 'n versuim in stryd met die regsdoelstelling van die gemeenskap. Slegs laasgenoemde kan tot aanspreeklikheid lei.<sup>33</sup> By die hierbo geformuleerde standpunt is gepoog om met hierdie onderskeid rekening te hou. As hierdie standpunt korrek is, is die houding in *Standard Bank of SA Ltd v Sweet*<sup>34</sup> verkeerd.<sup>35</sup> Dit sou ook meebring dat die frase "nor that plaintiff was aware that defendant was labouring under any misapprehension induced by Imperial Car Sales" in *Karabus Motors (1959) Ltd v Van Eck*<sup>36</sup> glad nie ter sake is nie.

Ten slotte moet daarop gewys word dat die situasie heel anders benader moet word as C deur vreesaanjaging vir B beweeg om met A te kontrakteer. Die spreuk "voluntas coacta est tamen voluntas" het tot gevolg dat wilsooreenstemming tussen A en B nie ontbreek nie. Ek aanvaar saam met De Wet en Van Wyk<sup>37</sup> dat aanvegting teenoor A nie moontlik is nie. Kennis aan die kant van A kan hier geen rol hoegenaamd speel as 'n mens aanvaar dat hy nie kop in een mus met C was nie. Anders as by bedrog deur verswyging, kan A hier glad nie by enige onregmatige optrede betrek word nie. *Talbot v Von Boris*<sup>38</sup> is dus nie in ooreenstemming met ons reg nie. Op die Vasteland is die neiging om vreesaanjaging te beskou as 'n faktor wat wilsooreenstemming beïnvloed.<sup>39</sup> Gevolglik kan B hom wel teenoor A op C se vreesaanjaging beroep, selfs al het A nie daarvan geweet nie en ook geen rede gehad om dit te vermoed nie.<sup>40</sup>

AN OELOFSE

Universiteit van die Oranje-Vrystaat

fide-ontvanger van 'n onverskuldigde prestasie hom aan diefstal skuldig maak. Ek wil my egter heelhartig vereenselwig met De Vos se grondige kritiek op hierdie beslissing (sien 1976 *TSAR* 79). Dit lyk nie of die appèlhof besef het dat hy eintlik direk in stryd kom met sy eie toonaangewende beslissing in *Commissioner of Customs and Excise v Randles Brothers and Hudson* 1941 AD 369 nie.

<sup>30</sup>Vgl De Wet en Swanepoel *Strafreg* 3e uitg 66-68.

<sup>31</sup>Sien r Jansen se opmerkings in *Meskin v Anglo-American Corporation of SA Ltd* 1968 4 SA 793 (W) 807F-808A.

<sup>32</sup>1975 3 SA 590 (A) 597A-B.

<sup>33</sup>Vgl die *Meskin*-saak 803E-F: "Whatever ethics might prescribe, rules of law do not necessarily coincide with it: ethics often set an ideal that cannot be realised in view of the practicalities with which the law is faced." En bietjie verder aan: "... the perennial problem being to determine where what is unethical becomes unlawful."

<sup>34</sup>1924 OPD 30.

<sup>35</sup>Die hof het naamlik sonder kwalifikasie verklaar dat B (die akseptant van 'n wissel) 'n verweer het teen A (die nemer) indien akseptasie plaasvind terwyl A bewus is dat C vir B deur wanvoorstelling beweeg het om te aksepteer. As die uitgangspunt wat hierbo aan die hand gedoen is, gevolg word, sal 'n mens eers moet kyk na die inhoud van die wanvoorstelling voordat A se versuim om B reg te help as bedrieglik getipeer kan word.

<sup>36</sup>1962 1 SA 451 (K) 453E.

<sup>37</sup>44-45.

<sup>38</sup>1911 1 KB 854.

<sup>39</sup>Vgl Rutten 165.

<sup>40</sup>Vgl bv a 1359 van die Nederlandse *BW*.

# Vonnisse

**USHER v AWS LOUW ELEKTRIESE KONTRAKTEURS 1979 2 SA 1059 (O) en SAAMBOU NASIONALE BOUVERENIGING v FRIEDMAN 1979 3 SA 978 (A)**

*Kontraksluiting – onuitgesproke bedoeling – dissensus – estoppel – vertrouensbeskerming – wissel – causa*

Dat kontrakte in beginsel op grond van en ooreenkomstig daadwerklike wilsooreenstemming tussen die kontraktante tot stand kom, word blykbaar algemeen in die Suid-Afrikaanse reg aanvaar (sien *Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302 309–311; *Conradie v Rossonv* 1919 AD 279 287–289 292 297 304–306 310 322; *Smeiman v Volkersz* 1954 4 SA 170 (C) 176F–H; *Joubert v Enslin* 1910 AD 6 37–38; *Barnabas Plein & Co v Sol Jacobson & Co* 1928 AD 25 31; *Van Jaarsveld v Ackermann* 1975 2 SA 753 (A) 757D 759G; *Trust Bank of Africa Ltd v Frysch* 1976 2 SA 337 (C) 338H; *Janowski v Fourie* 1978 3 SA 16 (O) 19B–F). Eweneens word aanvaar dat kontraktuele aanspreeklikheid in uitsonderlike gevalle erken word nieteenstaande afwesigheid van daadwerklike wilsooreenstemming (sien byvoorbeeld *De Wet en Van Wyk De Wet en Yeats Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* (1978) 16 en volgende en die bronne daar aangehaal).

Oor die dogmatiese verklaring vir sulke uitsonderlike aanspreeklikheid uit kontrak loop die menings egter sowel in die literatuur as in die regspraak uiteen. Die vernaamste verklarings wat in die literatuur voorgestaan word, is *estoppel* (met of sonder skuld as element) enersyds (sien *De Wet en Van Wyk* 18–20; Bamford “Mistake and Contract” 1955 *SALJ* 166 en 282 167 en volgende; Farlam en Hathaway *A Case Book on the South African Law of Contract* (1979)

90) en ’n *vertrouensteorie* in die een of ander vorm andersyds (sien Ramsden “Justus Error Reconsidered” 1973 *SALJ* 393 393 voetnoot 5 (alhoewel die skrywer dalk ook die leerstuk van *estoppel* aanvaarbaar mag vind – sien 400); Kerr *The Principles of the Law of Contract* (1975) 12 (wie se verwysing na ’n fiksie van consensus ook met die werking van *estoppel* versoenbaar kan wees); De Vos “Mistake in Contract” *Essays in Honour of Ben Beinart* bd 1 (1978) 177 180–181 (wat blykbaar die howe se aanwending van *estoppel* as ’n toepassing van ’n *vertrouensteorie* beskou)).

Die meriete van die onderskeie gronde vir aanspreeklikheid in bogenoemde uitsonderingsgevalle kan nie hier ooreweg word nie. Na gelang van die besondere grond wat ter vestiging van die aanspreeklikheid aanvaar word, kan egter verskillende vereistes vir aanspreeklikheid geld (soos die vereistes van nadeel en (dalk) skuld by *estoppel*) of kan die werking van aanspreeklikstelling verskil (byvoorbeeld die moontlikheid dat die toepassing van *estoppel* slegs ’n skyn van ’n kontrak handhaaf en dus geen sedeerbare vorderingsregte skep nie). Dit is derhalwe van belang om te weet welke grond in sulke uitsonderingsgevalle deur die howe aangewend word.

Voorbeelde van direkte of veral van indirekte aanwending van ’n vertrou-

ensbeskermingsleer is legio (sien byvoorbeeld *Hodgson Bros v South African Railways* 1928 CPD 257; *Logan v Beit* 1870 SC 197; *Maritz v Pratley* 1894 SC 345; *George v Fairmead (Pty) Ltd* 1958 2 SA 465 (A); *National and Overseas Distributors Corporation (Pty) Ltd v Potato Board* 1958 2 SA 473 (A)). Dieselfde kan nie van die toepassing van estoppel in sulke gevalle gesê word nie. Gewoonlik word 'n beroep gedoen op *Van Ryn Wine and Spirit Co v Chandos Bar* 1928 TPD 417 en *Peri-Urban Areas Health Board v Breet* 1958 3 SA 783 (T) as gesag vir die standpunt dat estoppel wel die oplossing vir die hantering van dié gevalle in ons reg is. Daarmee skyn die ondubbelsinnige gesag vir hierdie standpunt egter uitgeput te wees. Sommige skrywers meen wel dat ook die uitsprake in *I Pieters & Co v Solomon* 1911 AD 121 en *Hodgson Bros v South African Railways* (hierbo) die estoppelbenadering steun. (Sien De Wet en Van Wyk 18-19; Hosten, Edwards, Nathan en Bosman *Introduction to South African Law and Legal Theory* (1977) 387; Van Rensburg, Lotz en Van Rhijn "Contract" *LAWSA* bd 5 (1978) 47 57-58 veral voetnoot 4.)

Die vraag of estoppel in die onderhawige gevaltipe aanwending moet vind, het in *Usher v AWS Louw Elektriese Kontrakteurs* ter sprake gekom. Usher is in die landdroshof aangespreek vir betaling van R1 000 aan AWS Louw op grond van 'n mondelinge kontrak waarvolgens die eiser onderneem het om sekere elektriese bedrading en toebehore aan te bring in 'n huis wat Usher laat bou het. Usher ontken ter verweer 'n kontrak met so 'n inhoud. Hy beweer dat die ooreenkoms was dat hy slegs aanspreeklik sou wees vir die bedrag waarmee die installeringskoste die bedrag van R1 000 oorskry, aangesien die boukontraktant wat sy huis gebou het vir die eerste R1 000 aanspreeklik sou wees. Die landdros aanvaar die eiser se weergawe van die kontrak en gee uitspraak in sy guns. Teen die uitspraak gaan Usher in hoër beroep na die Oranje-Vrystaatse provinsiale afdeling waar sy appèl van die hand gewys

word.

Twee vrae het hier ter sprake gekom: Ten eerste moes uitgemaak word of die kontraktante inderdaad afgespreek het dat die eerste R1 000 van die boukontraktant verhaal sou word. Die appellant het beweer dat die respondent inderdaad van so 'n beding bewus was of minstens daarvan bewus behoort te gewees het omdat "dit gebruikelik is vir die bou-aannemer om 'n bedrag in sy tender in te sluit vir elektriese werk" (1061H). In die lig van die getuienis aanvaar die hof, by monde van regter Smuts, egter dat so 'n beperkende beding nie deel van die kontrak is nie (1062A-F). Ten tweede beroep die appellant hom op dissensus ten opsigte van die betrokke beding, omdat hy "nooit bedoel het om te kontrakteer met respondent vir elektriese werk nie" (1062H - seker darem net wat die eerste R1 000 betref). Gevolglik het volgens die appellant "geen kontrak tot stand gekom . . . nie selfs al het respondent bedoel om met appellant te kontrakteer" (1062H). Die appellant se betoog lui verder dat die respondent se eis slegs kon slaag indien hy by wyse van replikasie aangevoer het dat die appellant deur estoppel verhinder word om hom op die afwesigheid van wilsooreenstemming te beroep (1062H).

Regter Smuts verwerp die appellant se betoog. Van besondere belang is dat hy sy beslissing motiveer met die stelling dat die appellant se argument strydig is met die beslissing in *I Pieters & Co v Solomon* (hierbo). Die regter verklaar naamlik uitdruklik (1063D) dat dié appèlhofuitspraak nie op estoppel gegrond was nie. Die stelling word gegrond op die feit dat die appèlhof nie uitdruklik oorweging geskenk het aan die vraag of die litigant wat die skyn wou handhaaf tot sy nadeel gehandel het nie. Of dit op sigself voldoende motivering vir die stelling is, val te betwyfel. Gedagtig aan die uitspraak in die *Peri-Urban Areas*-saak (hierbo) kan 'n mens naamlik vra of die appèlhof nie maar aanvaar het dat die verweerder deur die kontrak te sluit reeds tot sy nadeel ge-

handel het nie. Lees jy egter die versuim om uitdruklik na nadeel te vra saam met sekere stellings van hoofregter De Villiers en appèlregter Innes, lyk dit of regter Smuts gelyk gegee moet word: Op bladsy 130 van die appèlhofverslag verklaar hoofregter De Villiers dat die eiser vanweë sy aanvaarding van die verweerder se opgawe “must be held to have undertaken to pay the amount appearing according to that statement to be due,” en appèlregter Innes is van mening (137) dat die bona fide aanvaarding van ’n aanbod wat “in plain and unambiguous language” gemaak is “a concluded contract” tot gevolg het ondanks enige onuitgesproke voorbehoud wat die aanbieder koester (ons kursiveer). Alles in ag genome wil dit voorkom asof die appèlhof nie slegs handhawing van die skyn van ’n kontrak (soos die geval by toepassing van estoppel sou wees – sien De Wet en Van Wyk 19) in gedagte gehad het nie, maar inderdaad die verweerder se vertrouwe wou beskerm deur ’n werklike kontrak te handhaaf. De Wet en Van Wyk (18) sê dan ook dat die *Pieters*-uitspraak as voorbeeld van die estoppelbenadering nie “[h]eeltaltemal bevredigend” is nie en “’n al te ruime soort vertrouwensteorie” toepas.

Regter Smuts is van mening (1063E-H) dat daar geen ander appèlhofuitsprake is wat estoppel as die toepaslike beginsel in die onderhawige soort geval erken het nie. Hieronder tel ook *Collen v Rietfontein Engineering Works* 1948 1 SA 413 (A) waar onder meer (430) na regter Blackburn se bekende woorde oor kontraktuele gebondenheid weens skynverwekking in *Smith v Hughes* 1871 LR 6 QB 597 607 verwys is. Daarmee bedoel regter Smuts dan blykbaar dat die beginsel wat regter Blackburn in gedagte gehad het nie estoppel was nie (alhoewel die Engelse regter op 607 self sê dat ’n kontraktant “may be estopped . . . from setting this up”). Indien dit so is, kan aanvaar word dat ook die beslissing in *Hodgson Bros v South African Railways* (hierbo), ten spyte van die verwysing daarin na *Smith v Hughes* (*Hodgson*-saak 261), deur regter Smuts nie as ’n voorbeeld van toepassing van die

estoppelbeginsel beskou sou word nie. Dit lyk ook korrek aangesien waarnemende regterpresident Benjamin in die *Hodgson*-uitspraak (261) uitdruklik beslis dat “a binding contract” tussen die partye tot stand gekom het. Volledigheidshalwe moet vermeld word dat regter Smuts ook die beslissing in *Benjamin v Gurewitz* 1973 1 SA 418 (A) in ag behoort te geneem het. In dié beslissing (425) is naamlik in verband met die moontlikheid van kontraktuele aanspreeklikheid weens skynverwekking nie slegs na regter Blackburn se woorde verwys nie maar ook na regter Groenbergh se stelling in die *Van Ryn*-saak (hierbo 424) dat die toepaslike beginsel dié van estoppel is. Die appèlhof laat hom egter nie uit oor die vraag oor die presiese betekenis van estoppel in hierdie konteks nie.

’n Mens moet in gedagte hou dat regter Smuts se siening dat die beginsel van *Smith v Hughes* nie op estoppel in ware sin berus nie, glad nie uitsonderlik is nie. Talle skrywers oor die onderwerp huldig dieselfde mening (sien byvoorbeeld Williston-Jaeger *A Treatise on the Law of Contracts* bd 1 (1957) 363; Treitel *The Law of Contract* (1970) 238; Turpin 1958 *Annual Survey of South African Law* 46 47-49; Kahn “Estoppel and the Conclusion of a Contract” 1959 *SALJ* 123 124-126; Mulligan “Consent and Estoppel” 1959 *SALJ* 276 277-279). Ook die Rhodesiese appèlhof het al die standpunt verkondig (*Springvale (Pty) Ltd v Edwards* 1969 1 SA 464 (RA) 470).

Regter Smuts se standpunt kan darem nie vertolk word as sou ’n beroep op estoppel in die onderhawige tipe geval onaanvaarbaar wees nie. As ’n kontraktant die nodige feite kan bewys, sal hy hom op estoppel kan beroep. Wat die regter wel sê, is dat estoppel nie gepleit hoef te word nie en dat die skyn desondanks gehandhaaf kan word. Oor die grondslag van aanspreeklikheid in sulke gevalle laat die hof hom nie finaal uit nie. Met sy stelling (1064E) dat estoppel “in die praktyk” in dergelike gevalle nooit gepleit word nie, wou die regter



blykbaar maar net sê dat selfs al sou bewys van skuldige skynverwerking en nadelige (?) handeling 'n vereiste wees alvorens 'n hof sal weier om aan 'n kontraktant se onuitgesproke bedoeling gevolg te gee, dit nie nodig is om hierdie feite te pleit nie, minstens nie indien die ander party se pleitstuk(ke) geen aanduiding bevat dat hy hom op 'n versweë bedoeling beroep nie.

Die uitspraak in die *Usher*-saak beteken in laaste instansie dan dat *I Pieterse & Co v Solomon* nie op grond van estoppel beslis is nie en dat 'n versweë bedoeling verontagsaam en daarmee 'n vertroue van wilsooreenstemming gehandhaaf kan word sonder dat estoppel uitdruklik ter sprake kom. Oor die presiese grondslag van sulke vertrouenshandhawing neem die hof, ondanks verwysing na verskeie moontlike verklaarings (1064A-B), nie standpunt in nie.

Hierdie uitspraak van regter Smuts moet geles word teen die agtergrond van regter Trollip se uitspraak in die *Peri-Urban Areas*-saak (hierbo). Daar is naamlik met verwysing na die *Pieters-, Hodgson Bros-* en *Collen*-saak (hierbo) uitdruklik verklaar (790) dat die beginsel wat in *Smith v Hughes* gestel is "one of ordinary estoppel" was. In die omstandighede is dit nodig dat die appèlhof duidelikheid oor hierdie aspek van ons reg bring.

In *Saambou Nasionale Bowereniging v Friedman* het die geleentheid hom voorgedoen toe die appèlhof uitsluitel moes gee oor 'n geval van dwaling by 'n wisselkontrak.

Die feite in hierdie geval blyk hoofsaaklik uit die uitspraak van die hof a quo (*Saambou National Building Soc v Friedman* 1977 3 SA 268 (W)) maar soos hierna aangetoon sal word, is 'n belangrike feitlike aspek eers in die appèlhof opgeklaar. Friedman (die respondent) het R14 000 gehad wat hy wou belê. 'n Kennis van Friedman het ene Weinstein, wat hy as 'n betroubare persoon beskryf het, na Friedman verwys

om hom met die belegging van die geld by Saambou (die appellant) behulpsaam te wees. 'n Tjek ten bedrae van R14 000 is deur Friedman uitgemaak ten gunste van Saambou. Hierdie tjek saam met 'n ondertekende aansoekvorm waarin om R14 000 se volopbetaalde aandele in Saambou aansoek gedoen word, is deur Friedman aan Weinstein oorhandig met die afspraak dat Weinstein dit aan Saambou moet besorg. Die aansoekvorm is deur Friedman se vrou onderteken omdat Friedman die belegging in haar naam wou gehad het. Friedman het dus die tjek bedoel as betaling vir aandele wat aan sy vrou toegeken moes word. Uit die appèlhuftspraak blyk (989) dat Weinstein nie 'n gevolmagtigde verteenwoordiger van enigeen van die partye was nie maar bloot as 'n boodskapper opgetree het. Weinstein het onderneem dat die bougenootskap se kwitansie vir die belegging aan Friedman verskaf sal word. Geen kwitansie is aan Friedman voorsien nie en toe hy by Weinstein oor die kwitansie navraag doen, stel hy vas dat Weinstein die tjek en aansoekvorm aan 'n ander oorhandig het om aan die bougenootskap te lewer. Onmiddellik hierna het Friedman betaling van sy tjek afgelas sonder om kennis daarvan aan die bougenootskap te gee. Dit blyk toe dat Friedman se tjek op die een of ander wyse in die hande gekom het van 'n onbekende persoon. Hierdie persoon het hom teenoor Saambou as Friedman voorgedoen en die tjek aangewend om vir aandele en 'n belegging ten gunste van sekere persone te betaal. Aansoekvorms wat deur hierdie persone onderteken is, is aan Saambou verskaf. Saambou het kwitansies ten opsigte van hierdie transaksies aan die onbekende persoon verskaf en enkele dae later is aandeelsertifikate aan die begunstigdes uitgereik. Die aansoekvorm wat deur Friedman se vrou onderteken is, het Saambou nooit bereik nie. Betaling van die tjek is vanweë die afgelasting van betaling gedishonoreer en Saambou het 'n aksie ingestel op grond van die tjek. Die eis van Saambou is deur die hof a quo van die hand gewys. Hierteen kom Saambou in hoër beroep.

Volgens die verweerskrif (soos deur die appèlhof (988–990) uitgelê) was Friedman se hoofverweer dat die betrokke wisselkontrak nie deur iusta causa ofte wel redelike oorsaak (soos vereis deur artikel 25(1)(a) van die Wisselwet 34 van 1964) gerugsteun is nie. Saambou het op sy beurt beweer dat wel aan hierdie vereiste voldoen is. Die enigste ander alternatiewe verweer van Friedman wat oorweging verdien, is dat in die omstandighede van die geval geen geldige wisselkontrak ooit tussen Friedman en Saambou ontstaan het nie, onder andere vanweë die bedrog van die persoon wat die tjek aan Saambou oorhandig het. Saambou weer het aangevoer dat Friedman deur estoppel belet was om hom op sekere van die deur hom beweerde feite te beroep ten einde te bewys dat geen ooreenkoms bereik was nie.

Vir doeleindes van die respondent Friedman se hoofverweer rakende die afwesigheid van iusta causa oorweeg die hof die betekenis van hierdie vereiste in die wisselreg nadat hy gewag gemaak het van die duisterhede verbonde aan artikel 25 van die Wisselwet waarin die vereiste gestel word. In die onlangse verlede het die appèlhof in 'n tjekdispuut (*Froman v Robertson* 1971 1 SA 115 (A)) die houding ingeneem dat iusta causa vir alle kontrakte vereis word (120G) en dat aan die vereiste van iusta causa voldoen word as die onderneming “seriously and deliberately and with the intention that a lawful obligation should be established” gemaak is (121D). Ten einde vas te stel of 'n kontrak wel op iusta causa berus, moet die grond of rede vir die kontrak ondersoek word (121E). As dit gevolglik gaan oor aanspreeklikheid uit hoofde van 'n wisselkontrak soos tussen 'n trekker en 'n nemer van 'n tjek, moet die onderliggende ooreenkoms wat tot die uitgifte van die dokument aanleiding gegee het, in ag geneem word ten einde vas te stel of die ernstige bedoeling om gebonde te wees aanwesig is. Die wisselkontrak mag dus nie in isolasie beoordeel word nie (122C). Hiervan lei 'n mens af dat waar 'n persoon 'n

wisselkontrak sluit ter betaling van 'n bepaalde skuld, hy nie aanspreeklik gehou kan word as die skuld nietig, onafdwingbaar of gekanselleer is nie. Die rede hiervoor is dan dat dit ooreenkomstig die bereikte wilsooreenstemming nie die bedoeling van die wissel-skuldenaar is om in so 'n geval aanspreeklik te wees nie. So gesien word die bestaan en geldigheid van die betrokke onderliggende skuld as't ware 'n bedonge veronderstelling of, na gelang van die geval, voorwaarde vir die afdwinging van die wisselkontrak.

Die vereiste van iusta causa is dus in die *Froman*-saak in terme van die animus contrahendi omskryf (vergelyk die *Saambou*-saak (991F)). In die *Saambou*-saak spreek appèlregter Jansen die mening uit dat iusta causa nie so 'n inhoud behoort te dra nie en verklaar (991F–G): “Dit sal tot meer helderheid lei as in die toekoms die twee begrippe [animus contrahendi en iusta causa] uitmekaar gehou sou word sodat animus contrahendi nie meer [met?] ‘redelike oorsaak,’ wat in die onderliggende verhouding gesoek word, oorvleuel nie.” Na aanleiding van De Groot (onder meer *Inleiding* 3 1 52 en 53) se uiteensetting van die “toezegging” kom die regter tot die gevolgtrekking dat iusta causa by hulpooreenkoms soos wisselkontrakte dui op die hoofooreenkoms wat die hulpooreenkoms ten grondslag lê. Regter Jansen se standpunt kom volgens hom (992A) daarop neer dat 'n hulpooreenkoms geen redelike oorsaak kan hê as daar geen hoofooreenkoms vir die hulpooreenkoms bestaan nie. Die regter neem egter nie standpunt in oor die vraag of die hoofooreenkoms self nou die causa is en of die causa in iets anders geleë is nie. Regter Jansen aanvaar eenvoudig “vir die doeleindes van die onderhawige geval” dat “die hoofooreenkoms as die oorsaak van die hulpooreenkoms aange-merk word” (992D–E). Vir alle praktiese doeleindes beteken dit skynbaar tog dat die causa in die hoofooreenkoms self geleë is.

Volgens hierdie konstruksie moet die

wisselkontrak as hulpooreenkoms dus gesteun word deur 'n hoofooreenkoms wat tot die sluiting van die wisselkontrak aanleiding gee (992E). Dit beteken nie dat daar noodwendig 'n eie skuld moet wees nie; die skuld van 'n derde kan eweser as causa van die wisselkontrak dien (992F en sien 999H). Deur ooreenkoms van die partye by die hulpooreenkoms word die verband tussen die hoofooreenkoms en die hulpooreenkoms gesmee (992G). Deur ooreenkoms word die hulpooreenkoms dus van 'n causa voorsien. Dit bring mee dat byvoorbeeld die trekker en die nemer van 'n tjek ooreenstemming moet bereik oor dit waaraan die opbrengs van die tjek bestee moet word alvorens daar sprake van iusta causa kan wees.

Hoewel iusta causa nou ontkoppel is van die bedoeling om regtens gebonde te wees, moet die vereiste "ooreenkoms" wat die verband tussen die hoofooreenkoms en hulpooreenkoms lê, waarskynlik steeds gesien word as 'n element of beding van die wisselkontrak (wat soos bekend deur lewering van die dokument - artikel 19 van die Wisselwet - voltrek word) eerder as 'n selfstandige ooreenkoms wat vir die geldigheid van die wisselkontrak gestel word (sien 1000E waar dit blyk dat die hof die gebrek aan ooreenkoms oor die causa van die tjek in casu behandel onder die alternatiewe pleit dat geen wisselkontrak gesluit is nie). Die enigste wesenlike verskil tussen die konstruksie wat die appèlhof nou aanvaar het en die siening in *Froman v Robertson* skyn te wees dat iusta causa voortaan nie meer as 'n vereiste vir alle kontrakte gesien moet word nie maar wel as 'n vereiste wat by hulpooreenkoms soos wisselkontrakte en ooreenkoms ter sekerheidstelling 'n rol te speel het. Hierdie siening van iusta causa kan goedsikks versoen word met die uitspraak van die appèlhof in *Conradie v Rossonw* 1919 AD 279. Dáár is immers slegs beslis dat "valuable consideration" soos dit in die Engelse reg by "simple contracts" geld nie 'n vereiste vir kontrakte in die Suid-Afrikaanse reg is nie. Verwysing in die *Conradie*-saak na causa debendi in ver-

band met die juridiese aanvaarbaarheid (geoorlooftheid) van die negotium waaruit die verbintenis ontstaan (288 314 320-323) staan nie in die weg van 'n konstruksie dat iusta causa by sekere kontrakte 'n selfstandige vereiste kan wees nie. Laasgenoemde konstruksie beteken egter wel dat vir sommige kontrakte 'n causa obligandi (*Conradie*-saak 323) tog vereis word. Dit stem ook ooreen met die oortuigende resultaat van die navorsing van Malan ("Die Evolusie van die Wisselreg" 1976 *TSAR* 1 17-18) na wie die appèlhof in die *Saambou*-saak (992H) dan ook met waardering verwys.

Wat nie duidelik uit appèlregter Jansen se uitspraak blyk nie, is of iusta causa slegs by hulpooreenkoms 'n vereiste is. Vir sover die kousale band deur afspraak tussen die kontraktante gelê word, is dit naamlik denkbaar dat enige rede wat tot 'n veronderstelling of voorwaarde verhef word as causa vir die kontrak moet geld. As dit die betekenis van iusta causa moet wees, kan die begrip getroos maar ter ruste gelê word, alhoewel die gebruik daarvan histories geregverdig mag wees. In die omstandighede lyk dit verkieslik dat die begrip beperk word tot 'n aspek van die hoofooreenkoms by 'n hulpooreenkoms. Met so 'n opvatting as uitgangspunt ontstaan die vraag of 'n kousale beding van regsweë as 'n vereiste vir die hulpooreenkoms gestel word, en of so 'n ooreenkoms hoegenaamd kan bestaan as die partye nie so 'n beding in die kontrak opneem nie. Die mening is byvoorbeeld al uitgespreek dat 'n wisselverbintenis ten spyte van 'n gebrek aan 'n causa in bogenoemde sin wel kan bestaan (Malan "The Liberation of the Cheque" 1978 *TSAR* 107 121 voetnoot 110). As dit die geval is, is causa nie maar net 'n stukkige terminologie wat 'n bepaalde soort beding in bepaalde kontrakte beskryf nie? Dit is in elk geval nie maklik om oortuigende voorbeelde van werklik abstrakte betalingsbeloftes by hulpooreenkoms te vind nie. Of is so 'n ooreenkoms eenvoudig geen hulpooreenkoms nie? Voeg nou nog by dat die appèlhof geen omskrywing van

hulpoorenkoms gee nie, en dit word duidelik dat die laaste woord oor *iusta causa contractus* nog nie gesprek is nie.

In die lig van bogaande beginsels sal die tjek in casu slegs afdwingbaar wees as Friedman (die trekker van die tjek) en Saambou (die nemer van die tjek) 'n ooreenkoms bereik het oor die aanwending van die tjek. Of 'n ooreenkoms tussen Friedman en Saambou bereik is, moet natuurlik beoordeel word vanuit die juiste grondslag vir kontraktuele aanspreeklikheid, en daarmee is ons nou terug by die probleme wat ten aanvang aanhangig gemaak is. Werklike wils-ooreenstemming (dit wil sê ooreenkomsstig die wilsteorie) was daar klaarblyklik nie. Friedman wou met die tjek betaal vir aandeel wat aan sy vrou uitgereik moes word terwyl Saambou bedoel het dat die tjek ter betaling van die beleggings van sekere ander persone moes dien. Die appèlhof wys daarop dat in die algemeen sowel in die regspraak as in die literatuur geleer word dat die wilsteorie die uitgangspunt is, dog dat daar ook vele stellings in ons regspraak is wat daarop neerkom dat consensus soos vereis deur die wilsteorie nie nodig is om kontraktuele aanspreeklikheid te bewerkstellig nie (993F-H). In casu het Saambou hom juis op 'n sogenaamde objektiewe leer beroep en wel soos geformuleer in *South African Railways and Harbours v National Bank of South Africa Ltd* 1924 AD 704. Volgens appèlregter Jansen is laasgenoemde standpunt onversoekenbaar met die wilsteorie en kom dit neer op 'n soort verklaringsteorie (995H). Terselfdertyd wys die regter op die beginsel van *Smith v Hughes* wat eweneens in ons regspraak toegepas word en wat regter Jansen "n vorm van vertrouensteorie" noem (997H) sonder om dit spesifiek aan estoppel te knoop (vergelyk die *Usher*-saak hierbo). Die regter volstaan met die stelling dat ons regspraak "geen enkele, deurlopende beginsel" oor die grondslag van die kontrak toon nie (995G). Met verwysing na literatuur oor die onderwerp verklaar appèlregter Jansen weliswaar dat die wilsteorie as uitgangspunt voorrang geniet maar oor

die wenslikheid van 'n bepaalde grondslag vir die uitsonderingsgevalle van wat hy noem "gevalle van werklike *dissensus*" (996A) spreek die regter geen mening uit nie. Dit geld eweneens die probleemgeval van die verminkte boodskap waar die wilsverklaring van 'n party deur die kommunikasie-middel van sy keuse verkeerd aan die geadresseerde oorgedra word (997-998G). Ongelukkig neem die appèlhof uiteindelik oor die vraag na die grondslag van kontraktuele aanspreeklikheid en enige kwalifikasie daarvan vir probleemgevalle nie standpunt in nie.

Appèlregter Jansen bevind naamlik (999D) dat 'n prinsipiële stellingname oor hierdie "netelige kwessies" onnodig is omdat daar 'n "eenvoudiger benadering" vir die onderhawige geval is:

"Die onbekende wat die tjek aan Saambou oorhandig het, was nie Friedman se verteenwoordiger nie. Hy het hom ook nie as sodanig voorgedoen nie. Hy het as prinsipaal opgetree en voorgegee dat die tjek sy eie is, dat hy dit self getrek het. As 'trekker' bied hy die tjek aan ter betaling van die beleggings van die drie applikante. In die omstandighede kan daar geen sprake wees van 'n aanbod deur Friedman aan Saambou om vir die drie beleggings te betaal nie. Saambou het met die persoon wat hom by Saambou aangemeld het, gekontrakteer en met niemand anders nie. Die ware Friedman was hoegenaam nie daarby betrokke nie. Daar kan dus geen sprake wees van die totstandkoming van 'n ooreenkoms tussen Friedman en Saambou oor die aanwending van die opbrengs van die tjek nie, en gevolglik was daar geen oorsaak vir 'n wisselkontrak waarby Friedman hom as trekker verbind nie."

Hoe moet hierdie gevolgtrekking van die appèlhof vertolk word? Beteken dit bloot dat daar *prima facie* weens gebrek aan werklike wils-ooreenstemming geen kontraktuele aanspreeklikheid is nie, of beteken dit dat die kwessie finaal daarmee uitgemaak is? Ten gunste van die eerste moontlikheid kan aangevoer word dat ten spyte van die betrokke stelling die kwessie van estoppel later in die uitspraak (1002A) aangeraak

word waar dan ook opgemerk word dat hoewel reeds uitgemaak is dat geen wisselkontrak tot stand gekom het nie, die kwessie van estoppel nog oorweeg moet word. Daarteenoor moet die bogenoemde gevolgtrekking van die hof beoordeel word teen die agtergrond van Saambou se uitdruklike beroep op 'n objektiewe teorie. Daar word derhalwe aan die hand gedoen dat in die lig van die hof se gevolgtrekking kontraktuele aanspreeklikheid nie moontlik is nie ongeag watter teorie as grondslag van aanspreeklikheid aanvaar word.

Waar die hof bevind dat Friedman in werklikheid nie 'n aanbod aan Saambou gemaak het nie spreek dit eerstens vanself dat aanspreeklikheid nie volgens die wilsteorie moontlik is nie.

In die tweede plek sluit die bevinding dat Friedman nie 'n aanbod aan Saambou gemaak het nie ook 'n beroep op die verklaringsteorie uit, want volgens (enige) verklaringsteorie moet daar tog ooreenstemmende wilsverklarings wees al sou die verklarings nie deur 'n innerlike wil gesteun word nie. Die verklaringsteorie behoort egter deur niemand al te ernstig opgevat te word nie vir sover dit 'n kontrak aan die partye kan opdring wat nie een van hulle wou gehad het nie of wat anders is as wat albei inderdaad wou gehad het. Slegs as so 'n ondenkbare resultaat deur ons reg bewerkstellig word, sou 'n mens moes toegee dat die verklaringsteorie hoogty vier omdat geen ander teorie so 'n eindprodukt kan lewer nie. In der waarheid is so 'n resultaat in ons reg onmoontlik: hoewel ons houe om verstaanbare redes die wilsverklarings van die partye as uitgangspunt neem wanneer die kwessie van wilsooreenstemming beoordeel word, word 'n partye wie se bedoeling nie met hierdie uiterlike wilsooreenstemming klop nie, sonder meer toegelaat om hom op dwaling te beroep as hy nie deur sy gedrag 'n vertroue van wilsooreenstemming by sy mede-kontraktant verwek het nie. "When can an error be said to be *justus* for the purpose of entitling a man to repudiate his apparent assent to a contrac-

tual term?" vra die appèlhof in *George v Fairmead (Pty) Ltd* 1958 2 SA 465 (A) 471A en vervolg dan: "As I read the decisions, our courts, in applying the test, have taken into account the fact that there is another party involved and have considered his position. They have, in effect, said: Has the first party – the one who is trying to resile – been to blame in the sense that by his conduct he has led the other party, as a reasonable man, to believe that he was binding himself?" 'n Dwaling is dus blykbaar iustus indien daar geen vertroue van wilsooreenstemming geskep is nie (sien ook *Van Wyk v Otten* 1963 1 SA 415 (O)) maar in welke *ander* omstandighede (indien enige – vergelyk *National and Overseas Distributors Corp (Pty) Ltd v Potato Board* 1958 2 SA 473 (A)) die dwaling ook as redelik beskou sal word, is 'n vraag waaroor heelwat onsekerheid bestaan.

Die algemene verwerplikheid van die verklaringsteorie bring mee dat die dictum van appèlregter Wessels in *South African Railways and Harbours v National Bank of South Africa* 1924 AD 704 715–716 waarop die appellant hom beroep het, nie daarmee geassosieer moet word nie tensy dit vasstaan dat dit die strekking van die dictum is. In der waarheid is appèlregter Wessels se beklemtoning van die uiterlike manifestasies van die partye se bedoeling waar daar nie op die afwesigheid van 'n vertroue van wilsooreenstemming 'n beroep gemaak word nie, volkome versoenbaar met 'n vertrouensteorie. Deur 'n persoon onder sodanige omstandighede ooreenkomstig die strekking van sy wilsverklaringe aanspreeklik te hou, word niks anders as die vertroue wat daardeur geskep is, beskerm nie. Die vraag kan trouens gestel word of die benadering in die *South African Railways*-saak nie ook met die wilsteorie versoen kan word nie, alhoewel appèlregter Jansen uitdruklik verklaar dat dié saak teenstrydig met die wilsteorie is (995E). Die werklike bedoelings wat ingevolge die wilsteorie vasgestel moet word, kan immers gewoonlik slegs met verwysing na die uiterlike manifestasies

van die bedoelings bepaal word; die uiterlike wilsverklaringe is per slot van sake primêre getuienis oor die wil.

Die gevolgtrekking van die hof maak dit in die derde plek ook onmoontlik om enige variasie van die vertrouens-teorie suksesvol toe te pas. Dit blyk naamlik duidelik dat daar in casu geen vertroue van wilsooreenstemming by Saambou bestaan het nie, dit wil sê dat hy en Friedman dit eens is. Saambou het 'n kontrak met 'n bedriëër gesluit nadat die bedriëër hom wysgemaak het dat hy Friedman was en dat dit sy tjek is – Saambou het niemand anders as die bedriëër se krediet gevolg nie (1002G) en gevolglik is hier geen vertroue van *wilsooreenstemming* geskep nie.

Die gevolgtrekking van die hof sluit in die laaste plek ook 'n beroep op estoppel (altans sover dit kontraksluiting betref) uit, juis omdat daar geen skyn van wilsooreenstemming tussen die ware Friedman en Saambou geskep is nie (1002F) en derhalwe is die beroep daarop deur Saambou tereg verwerp. Veral verblydend is die opmerking dat daar in verband met kontraksluiting nie van estoppel gepraat behoort te word as ware estoppel nie bedoel word nie; onder andere om te verhoed dat die vereistes van ware estoppel verslap word (1002C).

Saambou se beroep op estoppel het ook betrekking gehad op 'n beweerde voorstelling dat die onbekende persoon wat die tjek aan Saambou oorhandig het, eienaar van die tjek was of geregtig was om daarvoor te beskik. Die hof gaan nie in op die vraag hoe Saambou bevoordeel sou kon word as hierdie beroep op estoppel geslaag het nie, maar 'n mens moet in gedagte hou dat 'n tjek 'n waardepapier is. Gevolglik is die persoon wat eienaar (of ander saaklikgeregtigde) is *prima facie* geregtig om te eis. Daar kan egter wel teenoor die eienaar bewys word dat die wisselkontrak wat in die papier beliggaam is in werklikheid nie bestaan nie. Selfs al sou die estoppel geslaag het, sou dit dus nie vir Saambou van veel nut kon ge-

wees het nie tensy hy op die een of ander wyse lewe in die wisselkontrak kon inblaas. (Was Saambou reëlmatige houër, sou sy posisie verskans gewees het, maar soos bekend het die appèlhof in *Moti v Cassim's Trustee* 1924 AD 720 beslis dat die nemer van 'n orderdokument nie as 'n reëlmatige houër kan kwalifiseer nie. Dit is egter verblydend dat die appèlhof kennis neem (988C) van die bedenkinge wat deur verskeie skrywers teen die *Moti*-saak uitgespreek is.) Die beroep op estoppel het in der waarheid nie geslaag nie omdat Friedman in geen opsig nalatig bevind kon word nie.

Soos genoem het die appèlhof bevind dat Friedman se alternatiewe verweer dat daar geen wisselkontrak tussen hom en Saambou tot stand gekom het nie, geldig is omdat daar nie ooreengekom is oor wat die causa van die dokument is nie. Hierbenewens bevind die hof dat die verweer op 'n verdere grond gehandhaaf moet word, te wete afwesigheid van lewering kragens volmag van die wisselkuldenaar (sien artikel 19 van die Wisselwet 34 van 1964). In verband met die vraag of Saambou eienaar van die tjek (gesien as 'n saak) geword het toe die dokument aan hom besorg is, spreek die hof twyfel uit. Dit wil voorkom asof hierdie vraag met dieselfde probleme belas is as die vraag of 'n wisselkontrak tussen Friedman en Saambou tot stand gekom het. Eienomsreg sou slegs kon oorgaan indien daar 'n geldige saaklike ooreenkoms tussen Friedman en Saambou tot stand gekom het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. Omdat die boodskap van Friedman se bedoelings nie korrek aan Saambou oorgedra is nie, kon geen geldige saaklike ooreenkoms gegrond op die wilsteorie tot stand gekom het nie en dan is 'n mens terug by die ware grondslag van kontrakte en ander ooreenkomste. Gelukkig het die appèlhof by oorweging van hierdie aangeleentheid die dwaalleer wat in *De Clerq v Steyn* 1930 TPD 747 verkondig is, naamlik dat as 'n saak as gevolg van bedrog verkry is, geen geldige titel gevestig word nie, die nek ingeslaan om

so die suiwere abstrakte stelsel van eiendomsoorgang te bevestig.

Die resultaat van die onderhawige appèlhofbeslissing is dat die partye se probleem omtrent sluiting van die gewraakte kontrak netjies opgelos is sonder dat dit ons een tree nader aan die oplossing van die tergende probleem rakende die grondslag van kontraktuele aanspreeklikheid bring. Word estoppel of die vertrouenteorie in gevalle van dissensus toegepas? Welke vereistes word gestel? Dat duidelikheid oor die grondslag van kontraktuele aanspreeklikheid 'n dringende saak geword het, blyk onder meer as 'n mens let op wat

op die gebied van die inlees van stilswyende bedinge gebeur (vergelyk *Van den Berg v Tenner* 1975 2 SA 268 (A) 277D en *Greenfield Engineering Works Pty Ltd v NKR Construction (Pty)Ltd* 1978 4 SA 901 (N) 909B). Te oordeel na die mate waarin die appèlhof van die literatuur oor die onderwerp gebruik gemaak het (soos hedendaags trouens dikwels deur ons howe gedoen word) kom stellig ver wag word dat die verskillende teoretiese verklarings vir die probleem in ag geneem sal word.

MFB REINECKE  
SWJ VAN DER MERWE  
*Randse Afrikaanse Universiteit*

### S v ZANAJO 1979 1 PH H63 (O)

*Strafprosesreg – aanvaarding van 'n pleit op 'n alternatiewe klag – terugtrekking van hoofklag*

In hierdie saak het die Vrystaatse hooggeregshof by monde van regter-president Klopper weer eens beslis dat indien 'n aanklaer 'n pleit van skuldig aanvaar op 'n alternatiewe klag, die hoofklag wegval, aangesien so 'n pleit-aanvaarding sou neerkom op stopsetting van die vervolging op die hoofklag.

Die gesag waarop die regter-president hom beroep is die bekende uitspraak van regter Hofmeyer in *S v Bokopane* 1964 1 SA 695 (O). In die onderhawige saak gaan die hof egter verder en bevind:

“Myns insiens het die nuwe Strafproseswet, 1977 hierdie bestaande regsopvatting nie in enige opsig gewysig nie.”

Daar kan in alle beskeidenheid nie met dié stelling of die beslissing as sodanig saamgestem word nie.

Ten eerste moet daarop gelet word dat die beginselgrondslag van die uitspraak in *S v Bokopane* allermins oortuigend is. Regter Hofmeyer steun op *R v Seboko* 1956 4 SA 618 (O) waar regter Botha beslis het dat die aanvaar-

ding van 'n pleit op 'n bevoegde mindere klag nie op die stopsetting van die vervolging op die hoofklag sal neerkom nie, aangesien die mindere klag, anders as 'n alternatiewe klag, vir sy eie voortbestaan van dié van die hoofklag afhanklik is. Hieruit maak regter Hofmeyer die volgende afleiding:

“Die implikasie van hierdie stelling is duidelik dat die aanvaarding van 'n pleit op 'n alternatiewe klagte die *noodwendige* gevolg het dat die ander klagte of klagtes beskou moet word as uit hoofde van artikel 8 van Wet 56 van 1955 teruggetrek te wees” (my kursivering).

Hierdie argument kan nie onderskryf word nie. Die blote feit dat X en Y van mekaar verskil, beteken nie noodwendig dat as 'n handeling ten opsigte van X tot een soort gevolg aanleiding gee dat dieselfde handeling ten opsigte van Y *noodwendig* 'n direk teenoorgestelde gevolg moet hê nie. Verder is dit gevestigde reg dat die afleiding dat 'n aanklaer 'n vervolging stilswyend of by implikasie wil stop, slegs gemaak kan word indien hy daardie bedoeling baie

duidelik en onomwonde laat blyk (vergelyk *R v Kelijana* (1909) 30 NLR 437 445; *S v Van Biljon* 1964 2 SA 426 (T) 427; *S v Joji* 1977 4 SA 398 (TKSC) 400).

Voordat 'n hof dus aanvaar dat 'n aanklaer 'n vervolging stilswyend gestop het deur 'n pleit op 'n alternatiewe klag te aanvaar, moet hy hom die vraag stel of dit die aanklaer se ondubbelsinnige bedoeling was om deur sy handeling die vervolging stop te sit (vergelyk *S v Bopape* 1966 1 SA 145 (K) 148 149).

Indien die hof oortuig is wat die bo genoemde betref, is daar nog 'n struikelblok om te oorkom, naamlik, het die aanklaer die prokureur-generaal se toestemming om 'n vervolging na die pleitstadium stop te sit? In dié verband is die huidige artikel 6(b) van die Strafproseswet 51 van 1977 (die ou artikel 8 van Wet 56 van 1955) van toepassing, en waar die regter-president te kenne gee dat die nuwe strafkode nie die regsposisie in hierdie opsig gewysig het nie, moet ek ongelukkig met hom verskil. Volgens dié artikel kan 'n prokureur-generaal of 'n aanklaer:

“te eniger tyd nadat 'n beskuldigde gepleit het, maar voor skuldigbevinding, die vervolging ten opsigte van daardie aanklag staak, in welke geval die hof wat die beskuldigde verhoor die beskuldigde ten opsigte van daardie aanklag moet vrysprek: Met dien verstande dat waar 'n vervolging deur iemand anders as 'n prokureur-generaal of 'n in artikel 8 bedoelde liggaam of persoon waargeneem word, die vervolging nie gestaak word tensy die prokureur-generaal of iemand deur die prokureur-generaal daartoe gemagtig, hetsy in die algemeen of in 'n bepaalde geval, daartoe ingestem het nie.”

'n Korrekte vertolking van artikel 6(b) dui daarop dat indien 'n aanklaer nie die prokureur-generaal se toestemming het om 'n vervolging stop te sit nie, daar geen sprake van stopsetting op enige wyse kan wees nie. Daar word aan die hand gedoen dat dié bepaling gebiedend is en 'n voorskrif bevat wat gerig is aan die aanklaer én die hof.

In hierdie verband sê Hiemstra (*Suid-Afrikaanse Strafproses* (1977) 221) die volgende:

“Soos artikel 6(b) nou lui is die toestemming van die prokureur-generaal eger onontbeerlik voordat 'n vervolging uitdruklik of by implikasie op enige aanklag gestaak kan word.”

Hierdie stelling kan onderskryf word.

Dit is interessant om daarop te let dat in 'n ander uitspraak van die Vrystaatse hof wat gerapporteer is in dieselfde band as *S v Bokopane* (supra) 'n verskillende standpunt ingeneem is. In *S v Henning* 1964 1 SA 703 (O) het naamlik die volgende gebeur: Die beskuldigde is in 'n hoofklag aangekla van dronkbestuur en as alternatief van roekelose of nalatige bestuur. In die loop van die saak aanvaar die aanklaer die beskuldigde se pleit van skuldig aan nalatige bestuur, maar die hof bevind hom skuldig aan grof nalatige bestuur, wat in effek 'n skuldigbevinding aan die ernstiger misdryf van roekelose bestuur was (vergelyk *S v Mahametsa* 1941 AD 83).

By hersiening was die hof se bevinding dat die landdros die partye moes ingelig het of hy die pleit aanvaar het al dan nie, sodat die beskuldigde nie onder die valse indruk gebring kon word dat slegs dié klag waarop hy skuldig gepleit het, nog teen hom staan nie. Die saak is terugverwys na die landdros met die opdrag dat hy die beskuldigde verwittig van die feit dat hy nie sy pleit van skuldig aan nalatige bestuur kan aanvaar nie, en dat daar dan met die saak voortgegaan moet word.

Die hof sê nie dat die aanvaarding van die pleit op die een alternatiewe klag stopsetting van die vervolging op die hoofklag en ook op die ander ernstiger alternatiewe klag meebring nie. Derhalwe het die hof hier by baie duidelike implikasie te kenne gegee dat die aanvaarding van 'n pleit op 'n alternatiewe klag nie noodwendig en outomaties stopsetting van die hoof- of ander alternatiewe klagtes is nie (vergelyk *S v Mlangeni* 1976 1 SA 528 (W)).



*Henning* se saak is beslis op 31 Oktober 1963 en dié van *Bokopane* op 7 November van dieselfde jaar, dit wil sê een week later. Daarby kom dat regter Potgieter in beide gevalle een van die konkurierende regters was. 'n Mens kan dus aanvaar dat toe die hof in *Bokopane* se saak uitspraak gegee het, hy van sy eie beslissing in *Henning* se geval bewus was. Desnieteenstaande word die beslissing in *Henning* se geval nêrens in *Bokopane* se saak as verkeerd verwerp of selfs gemeld nie.

Uit die voorgaande behoort dit duidelik te wees dat *S v Bokopane* nie die onaantasbare ivoortoring is wat in die afgelope 15 jaar daarvan gemaak is nie, en dat die benadering in *S v Henning* goeie gesag tot die teendeel bied.

Ook in *S v Hendricks* 1976 3 SA 721 (K) het die landdros in die hof a quo te kenne gegee dat hy nie gebonde was aan die aanklaer se aanvaarding van 'n pleit van skuldig aan 'n alternatiewe klag nie.

Samevattend doen ek aan die hand dat, veral in die lig van die gebiedende voorskrifte van artikel 6(b) van die strafbode beoordeel, die aanvaarding van 'n pleit van skuldig op 'n alternatiewe klag nie noodwendig beteken dat vervolging op die hoofklag (en ander ernstiger alternatiewe klagtes) stopgesit word nie. Slegs indien dit blyk dat:

(i) dit die aanklaer se bedoeling is om

vervolging op dié klagtes stop te sit; en

(ii) hy dié bedoeling volkome duidelik maak; en

(iii) hy die toestemming van die prokureur-generaal het om dit te doen, kan daar gesê word dat daar 'n stopsetting was. Dit sal in elk geval 'n feitevraag wees wat van geval tot geval beoordeel moet word (vergelyk in die algemeen skrywer se opmerkings oor dié aangeleentheid in 1978 *De Jure* 211 en verder).

Ook Hiemstra (supra) huldig die standpunt dat, wat die aanvaarding van pleite op alternatiewe klagtes betref, die posisie ingevolge die huidige strafproseswet dieselfde is as by bevoegde mindere klagtes (vergelyk ook *R v Komo* 1947 2 SA 508 en *R v Seboko* supra; contra egter Ferreira *Strafproses in die Laerhowe* (1979) 328).

Daarenteen moet in gedagte gehou word dat indien die aanklaer in die pleitstadium 'n pleit van skuldig aan 'n mindere of alternatiewe klag sou aanvaar, dit in beide gevalle terugtrekking van die hoofklag sal beteken aangesien die aanklaer in daardie stadium van die verrigtinge dominus litis is (vergelyk *S v Cordozo* 1975 1 SA 635 (T); *R v Komo* supra; *S v Mlangeni* supra).

DJL KOTZÉ  
Universiteit van Pretoria

## DE FLAMINGH v PAKENDORF; DE FLAMINGH v LAKE 1979 3 SA 676 (T)

*Laster – animus iniuriandi – skuldlose aanspreeklikheid van die pers*

Hierdie beslissing moet as 'n rigtinggewende baken op die gebied van die lasterreg beskou word. Die eiser is in twee koerantberigte verkeerdelik geïdentifiseer as die advokaat wat hom aan onbehoorlike gedrag skuldig gemaak het. Hy spreek die eienaars en redakteurs van die betrokke dagblaai aan op grond van laster.

Ten aanvang aanvaar waarnemende regter Kirk-Cohen dat die berigte lasterlik was en dat die publikasie daarvan die vermoedens skep dat die publikasie onregmatig was en dat dit opsetlik geskied het (682E-H; sien ook *SAUK v O'Malley* 1977 3 SA 394 (A) 401-402). Wat die eerste vermoede betref, bevind die regter dat onregmatigheid nie

uitgesluit word nie aangesien sodanige onware beriggewing eenvoudig nie geregverdig kan word nie (682H). Wat die vermoede van animus injuriandi betref, beslis die regter dat dié vermoede in casu nie ter sprake kom nie. Hy is van mening dat die beginsel van skuldlose aanspreeklikheid van die pers in die lig van obiter dicta in hoofregter Rumpff se uitspraak in die *O'Malley*-saak hier behoort te geld. Regter Kirk-Cohen voeg nietemin hieraan toe dat, indien sy beslissing met betrekking tot die toepassing van skuldlose aanspreeklikheid verkeerd is, die verweerders nogtans aanspreeklik is omdat animus injuriandi volgens hom aanwesig was (684D-G). Gevolglik slaag die eis.

Enkele aspekte van die saak verdien nadere toeligting.

Die beginsel van skuldlose aanspreeklikheid van die pers vir laster word vir die eerste keer onomwonde in die regspraak toegepas. Die belangrikste aanvoorwerk vir hierdie beskouing is deur Van der Walt gedoen (oa in 1968 *CILSA* 49 ev; *Gedenkbundel HL Swanepoel* (1976) 41 ev). Sy baanbrekerswerk het waarskynlik die deurslag gegee vir die appèlhof se aanvaarding (weliswaar obiter) in die *O'Malley*-saak van skuldlose aanspreeklikheid op die onderhawige terrein. Hoofregter Rumpff verklaar daar (404G-405H 407G-H):

“Die beslissings in ons reg, waarna hierbo verwys is, is klaarblyklik in ooreenstemming met die Engelse gemene reg waarvolgens aanspreeklikheid weens laster gegrond is op die publikasie daarvan, en nie op ’n bepaalde opset nie, en waarvolgens die eenaar, drukker, uitgewer en redakteur van ’n koerant aanspreeklik gehou word weens laster, al het dié persone nie van die laster geweet nie. Die aanvaarding in ons reg van hierdie beginsel skep ’n toestand waarby skuldlose aanspreeklikheid ten opsigte van sodanige persone erken word, en kritiek dat hierdie beginsel van skuldlose aanspreeklikheid in stryd sou wees met ons tans aanvaarde begrip van *animus injuriandi* in die lasterreg, sou wel geregverdig wees. Na my mening sou daar egter goeie redes bestaan waarom hierdie klas van persone skuldloos aan-

spreklik behoort te wees, by wyse van uitsondering. Die uitsondering sou wesenlik gegrond kon wees op beskerming van die gewone burger teen ’n klas van persone wat by ’n medium betrokke is, wat van so ’n aard is, dat in geval van laster gepleeg in die medium, dit moeilik is om die opset by ’n bepaalde persoon tuis te bring” (sien ook in casu 683A-C)

en

“Dat weens die besondere posisie van die pers en die radio, wat magtige media is, ’n weerlose burger in ’n moeilike posisie geplaas kan word, is nie te betwyfel nie, en die opvatting dat skuldlose aanspreeklikheid van die pers in ons reg bestaan, sou myns insiens aanvaarbaar wees.”

Die positiefregtelike toepassing van hierdie beginsel deur regter Kirk-Cohen kan nie genoeg onderskryf word nie. Soos uit die dicta hierbo blyk, bestaan daar baie goeie redes waarom die pers skuldloos aanspreeklik behoort te wees vir laster. Hierbenewens is dit verbydend dat die regter van obiter dicta van die appèlhof gebruik maak om as grondslag vir sy beslissing te dien. Obiter dicta is ’n klassieke en aanvaarde metode waardeur ’n hof onder meer ’n aanduiding kan gee van hoe hy waarskynlik in die toekoms oor ’n besondere probleem sal beslis (vgl Keeton *Venturing to do Justice* (1969) 25 30 ev). ’n Uitspraak soos dié van hoofregter Rumpff in die *O'Malley*-saak kan op ’n gesonde wyse leiding aan laer houe gee en kan ’n belangrike rol speel in die ontwikkeling van die reg. Die appèlhof het regter Kirk-Cohen juis in die geleentheid gestel om ’n besonder belangwekkende uitspraak te lewer sodat die *De Flamingh*-saak wat skuldlose aanspreeklikheid van die pers weens laster betref, tereg as ’n mylpaal op hierdie terrein beskou sal word.

Die beginsel van skuldlose aanspreeklikheid behoort onses insiens ook tot die beskerming van ander persoonlikheidsaspekte, byvoorbeeld privaatheid en identiteit, uitgebrei te word. Die redes waarom die pers skuldloos vir laster aanspreeklik behoort te wees, geld

naamlik in 'n gelyke mate met betrekking tot hierdie persoonlikheidsgoedere (vgl Neethling *Persoonlikheidsreg* (1979) 214 220). Insgelyks behoort die beginsel van skuldlose aanspreeklikheid nie net ten opsigte van die pers nie, maar ten aansien van alle massapublikasiemedie (radio en televisie ingesluit) te geld (vgl die *O'Malley*-saak mbt die radio).

Regter Kirk-Cohen se bevinding dat animus iniuriandi aan die kant van die verweerders in elk geval aanwesig was, verdien nadere beskouing. Die verweerders het aangevoer dat animus iniuriandi ontbreek het omdat die verslaggeefsters wat die gewraakte berigte geskryf het, geglo het dat die betrokke advokaat wel die eiser was. Die regter merk in hierdie verband op (684E-G):

“Hulle het dus die bedoeling gehad om die eiser te belaster, maar het geglo dat hulle dit regmatiglik kon doen. Maw die *animus iniuriandi* was aanwesig, maar hulle het geglo dat onregmatigheid uitgesluit was. In die saak van *Wentzel v SA Yster en Staalbedryfsvereniging; Wentzel v Blanke Motorwerkersvereniging* 1967 (3) SA 91 (T) het Jansen R (soos hy toe was) beslis (ek haal aan uit die kopstuk): ‘n Geprivilegieerde geleentheid (of feite wat op 'n geoorloofde oogmerk dui) is 'n regverdiging wat onregmatigheid uitsluit en nie opset of *animus iniuriandi* nie.’

... Ek is van mening dat die verweer van publikasie *sine animo iniuriandi* nie kan slaag nie; die *animus iniuriandi* was teenwoordig en die onregmatigheid was nie uitgesluit nie.”

Hierdie opmerkings is vatbaar vir kritiek. Tereg word verklaar dat 'n geprivilegieerde geleentheid 'n regverdigingsgrond is wat onregmatigheid, en nie opset of animus iniuriandi nie, ophef en dat onregmatigheid in casu nie uitgesluit was nie. Hoe dit ook al sy, die regter is klaarblyklik van mening dat animus iniuriandi in hierdie verband *slegs* “die bedoeling om te belaster” beteken. Sodoende word onregmatigheidsbewussyn as 'n noodsaaklike element van opset heeltmaal buite rekening gelaat. In die *O'Malley-saak* (403C) stel hoofregter Rumpff dit onomwonde dat “die opset om te belaster die geestesgesteldheid is om die bepaalde gevolg

... te wil, *met die wete dat die gewilde gevolg onregmatig sal wees*” (ons kursiveer). Indien dus bevind word dat die verslaggeefsters inderdaad geglo het dat hulle opmerkings regmatig was, ontbreek onregmatigheidsbewussyn en bygevolg animus iniuriandi. Hulle dwaling sluit dus die bestaan van animus iniuriandi uit. Gevolglik behoort die verweer dat opset ontbreek het, te geslaag het.

Terloops kan opgemerk word dat *dwaling* volgens regter Kirk-Cohen *onregmatigheid* uitsluit (684A) – 'n beskouing wat in die lig van die voorgaande ooglopend verkeerd is (sien ook *Maisel v Van Naeren* 1960 4 SA 836 (K)). Soos hoofregter Rumpff in die *O'Malley-saak* (402A 402H–403D) duidelik te kenne gee, moet skerp onderskei word tussen onregmatigheid en skuld as twee noodsaaklike elemente van laster. Die negering van hierdie basiese onderskeid het in ons lasterreg reeds tot groot onduidelikheid aanleiding gegee. In die besonder het dit verwarring tot gevolg gehad betreffende die verband tussen die genoemde delikselemente en die verweersgronde wat by laster ter sprake kom (sien hieroor Van der Walt 1978 *THRHR* 79 ev). Deur *dwaling* as 'n onregmatigheidsuitsluitingsgrond te bestempel, trap regter Kirk-Cohen in dieselfde strik.

Die slotsom dat animus iniuriandi in casu inderdaad afwesig was, bevestig die noodsaaklikheid van die erkenning van die beginsel van skuldlose of strikte aanspreeklikheid van die massamedie weens persoonlikheidskrenking. Hoofregter Rumpff (*O'Malley-saak* 405A) het reeds aangetoon hoe moeilik dit is om opset by die massamedie tuis te bring. Dit was na ons mening juis die geval in die onderhawige saak: opset het weens gebrek aan onregmatigheidsbewussyn beslis ontbreek. Gevolglik behoort die verweerders vry uit te gegaan het indien die beginsel van skuldlose aanspreeklikheid nie toegepas is nie – 'n resultaat wat duidelik onbillik sou wees.

J NEETHLING  
JM POTGIETER  
*Universiteit van Suid-Afrika*

SMIT v WORKMEN'S COMPENSATION COMMISSIONER 1979  
1 SA 51 (A)

*Die dienskontrak in herooring*

In die onlangse appèlhofbeslissing van *Smit v Workmen's Compensation Commissioner* 1979 1 SA 51 (A) word daar uitsluitel gegee ten aansien van die essensiële kenmerke van die gemeenregtelike dienskontrak en, gepaardgaande daarmee, 'n aanduiding gegee van die verskil tussen die essensiële vereistes van so 'n dienskontrak en die aanneemingssooreenkoms.

Die relevante feite van bogenoemde gewysde kan kortliks soos volg uiteengesit word: A, 'n werwingsagent by 'n versekeringsmaatskappy, word beseer in 'n motorbotsing ten tye van die uitvoer van sy pligte by die maatskappy en gedurende die normale loop van sy besigheid. 'n Eis om vergoeding ingevolge die Ongevalwet word aanhangig gemaak, maar die eis faal omdat bevind word dat die werwingsagent nie in 'n dienskontraktuele verhouding teenoor die versekeringsmaatskappy gestaan het nie, en dus nie 'n "werksman" soos beoog deur die Ongevalwet was nie.

By monde van appèlregter Joubert beslis die hof dat daar vasgestel moet word of die appellant 'n werknemer in die gemeenregtelike sin van die woord was, ten einde te bepaal of hy 'n werknemer vir die doeleindes van die Ongevalwet is (56).

Die appèlregter ondersoek (56-61) die Romeinse en Romeins-Hollandse reg en kom tot die gevolgtrekking dat die onderskeid tussen *locatio conductio operarum* en *operis* in sowel die Romeinse reg as die Romeins-Hollandse reg daarin geleë is dat, aangesien by die aanneemingssooreenkoms die aannemer 'n resultaat van arbeid lewer terwyl by die dienskontrak persoonlike dienste gelewer word, die werkgewer by die dienskontrak kontrole oor die werknemer se werkverrigting kan uitoefen, terwyl dit nie die geval by die aanneemingskontrak is nie.

Voordat daar voortgegaan word met die bespreking van die analise van die huidige Suid-Afrikaanse reg deur die regter insake die onderskeid tussen die dienskontrak en die werkaannemingskontrak, ag ek dit noodsaaklik om in die verbygaan die volgende te stel, naamlik dat, anders as wat die regter van mening is, nóg die juriste wat oor die Romeinse reg geskryf het, nóg dié wat oor die Romeins-Hollandse reg geskryf het, essensieël tussen die voormelde kontraksvorme onderskei (Beyleveld *Die Essensiële Vereistes vir die Ontstaan van die Kontraksvorme mandatum, locatio conductio operis en locatio conductio operarum*; 'n *Prinsipiële Onderskeid* 11 24-34). Ten aansien van die Romeinsregtelike juriste se standpunt byvoorbeeld laat Schulz (*Classical Roman Law* (1951) 543) hom soos volg uit:

"They knew but one *locatio conductio* and on principle they applied the same rules to all varieties of this contract. The terminological differences were matters of linguistic convenience and usage and nothing more."

Wat die Romeins-Hollandse reg betref, beskou die meeste van die skrywers die kontraksvorm *locatio conductio* as 'n eenheid sonder om essensieël tussen die terminologiese variasies daarvan te onderskei (Beyleveld 24-34).

Dit is dan om bogenoemde rede te betwyfel of die volgende uitspraak van regter Joubert sonder meer as korrek aanvaar kan word:

"It is, however, unnecessary for this Court to have had recourse to English law as authority for the so-called test of supervision and control inasmuch as it is indisputably clear from our investigation of our common law that the so-called test of supervision and control is firmly rooted in Roman-Dutch soil" (62).

Waar die regter die huidige Suid-

Afrikaanse posisie ontleed, kom hy tot die slotsom dat daar nie een toets bestaan wat aangewend kan word ten einde die dienskontrak en aannemingsooreenkoms te onderskei nie, maar dat daar na die kontrak as geheel gekyk moet word om te bepaal of daar *indicia* aanwesig is wat dui op 'n dienskontrak of 'n aannemingsooreenkoms:

"I have already indicated that the presence of a right of supervision and control is in all probability a contract of service. It's presence is not the sole determinative factor since regard must also be had to the other important *indicia* in the light of the provisions of the particular contract as a whole" (63; en sien ook 68A-C).

Alhoewel die regter in hierdie gewysde die element van beheer en kontrole sterk beklemtoon, pas die hof hier in wese die sogenaamde pragmatiese toets toe om te bepaal of daar 'n dienskontrak bestaan al dan nie. (Volgens die pragmatiese toets is daar geen enkele essensiële vereiste vir die ontstaan van die dienskontrak nie maar moet daar van geval tot geval aan die hand van 'n verskeidenheid faktore bepaal word of daar 'n dienskontrak is of nie - 1976 *THRHR* 399 ev.)

Die regter verwys ook na etlike van die ander toetse wat al in ons regspraak aangewend is ten einde tussen 'n dienskontrak en 'n aannemingskontrak te onderskei. So word melding gemaak van die vereiste dat by die aannemingskontrak 'n resultaat van arbeid gelewer word, terwyl by die dienskontrak dit gaan om die verrigting van persoonlike dienste. Die probleem met hierdie siening is dat alle ooreenkomste wat as inhoud die verrigting van arbeid het, in 'n mindere of meerdere mate die beskikbaarstelling van 'n persoon se arbeidsvermoë beoog: Selfs die gedagte van die verskaffing van arbeidsresultaat, wat volgens hierdie siening die teenkant van die verrigting van persoonlike dienste is, is myns insiens in 'n mate by die dienskontrak aanwesig. Verder is dit so dat in die moderne arbeidsfilosofie daar besef word dat waar 'n persoon arbeid verrig, sy arbeidsvermoë, synde

'n onafskeibare deel van die persoonlikheid van 'n regsobjek, altyd op die voorgrond is, met ander woorde, dat dit haas onmoontlik is om te verklaar dat by enige tipe arbeidsverrigting (soos byvoorbeeld aanneming van werk) die beskikbaarstelling van 'n persoon se werkkrag nie 'n wesenlike element is nie.

Daar moet egter beklemtoon word dat die regter ook hierdie toets nie as die enigste beskou nie maar slegs as een van die aanduidings (67 68).

Die regter maak ook melding van die sogenaamde besigheidstoets, maar verwerp dit in sy geheel en wel om die volgende rede:

"The essence of this test which would seem to have been prompted mainly by considerations of social and economic policies, turns on the integration of the employee into the employers business . . . In my view the organisation test is juristically speaking of such a vague and nebulous nature that more often than not no useful assistance can be derived from it in distinguishing between an employee and an independent contractor" (63).

Daar word aan die hand gedoen dat die besigheidstoets ewe, indien nie meer, aanvaarbaar is as die pragmatiese toets wat ons hoogste hof blykbaar in hierdie gewysde toepas nie. Myns insiens is die pragmatiese toets, wat geen beginsel bevat nie, veel meer eteries van aard as enige ander toets wat op beginsel gekoeci is.

Die besigheidstoets het sy ontstaan in die Engelse reg, waar daar gevind is dat die toets van kontrole nie altyd realisties toegepas kan word nie (Kahn-Freund "Servants and Independent Contractors" 1951 *Modern Law Review* 506).

Terwyl die Engelse juriste die kontroletoets as onvoldoende beskou het, het hul tipiese pragmatisme aanvanklik daartoe gelei dat hulle eenvoudig verklaar het dat daar verskeie faktore bestaan wat vir die vasstelling van die werkgewer-werknemer-verhouding relevant mag wees (Atiyah *Vicarious Liability in the Law of Torts* (1967) 38).

Die Engelse skrywers en regters het egter gou 'n ander formulering aan die essensiële vereistes van 'n dienskontrak gegee aangesien die pragmatiese toets in der waarheid geen essensiële vereiste inhou nie. So is daar geboorte gegee aan die sogenaamde besigheidstoets. In hierdie verband verklaar Kahn-Freund (507) soos volg:

"In future the question may perhaps be: 'Did the alleged servant form part of the alleged master's organization?' Such an approach might be more satisfactory than the somewhat vague 'common sense' approach suggested by Somervell LJ which would make everything dependent on whether 'an ordinary person' would call the contract one of service. Such common sense tests are sometimes the response of the Courts to situations in which 'harder' criteria have been overtaken by events. They have a way of collapsing in marginal cases and of leading to a maze of casuistry without much principle."

Ter aanvulling van bogenoemde toets word in Engeland hedendaags aandag gegee aan die sogenaamde "composite" toets. Uit 'n prinsipiële sowel as uit 'n praktiese oogpunt beskou, is hierdie toets vir my die aanneemlikste aangesien dit al die goeie eienskappe van al die ander "toetse" omvat. Hierdie toets is soos volg deur regter Cooke in *Market Investigations Ltd v Minister of Social Security* (1969) 2 WLR 1 geformuleer:

"[T]he fundamental test to be applied is this: 'Is the person who has engaged himself to perform these services performing them as a person in business on his own account?' If the answer to that question is 'yes' then the contract is a contract of services. If the answer is 'no,'

then the contract is a contract of service. No exhaustive list has been compiled and perhaps no exhaustive list can be compiled of the considerations which are relevant in determining that question – nor can rules be laid down as to the relative weight which the various considerations should carry in particular cases. The most that can be said is that control will no doubt always have to be considered although it can no longer be regarded as the sole determining factor."

Hierdie toets is, soos reeds vermeld, die aanvaarbaarste aangesien dit wyd genoeg is, nie slegs om te bepaal of daar 'n deliktueelregtelike verhouding van "master" en "servant" bestaan nie, maar ook of 'n persoon 'n werknemer is vir die doeleindes van 'n arbeidsregtelike verhouding wat toenemend op die voorgrond tree (*Wright Labour Law* (1974)).

In die Suid-Afrikaanse reg geld dieselfde oorwegings as wat hierbo genoem is, en word daar aan die hand gedoen dat die sogenaamde "composite" toets, as uitbreiding van die besigheidstoets, die aanvaarbaarste toets is.

Aangesien die hof in die gewysde onder bespreking in elk geval 'n Engelsregtelike toets (die pragmatiese) toepas, en aangesien die gemeenregtelike bronne nie voldoende reëlins vir die vaststelling van gekompliseerde arbeidsregtelike verhoudings in 'n hoogs ontwikkelde nywerheidsituasie getref het nie, kon die hof die besigheidstoets, soos uitgebrei, met meer vrug aangewend het.

A BEYLEVELD  
*Port Elizabeth*

### GIEN v GIEN 1979 2 SA 1113 (T)

*Oorlas – steurende geraas – oorskryding van eiendomsreg – skending van persoonlikheidsreg*

Die feite in hierdie saak was kortliks die volgende:

Twee broers, buureienaars van grond, het as gevolg van 'n boedeltwis ná hulle moeder se dood totaal van mekaar ver-

vreem geraak en, soos waarnemende regter Spoelstra dit treffend stel, "soos water en vuur teenoor mekaar begin reageer" (1116). Klagtes is oor en weer teen mekaar by die polisie aanhangig gemaak, die een het nie meer op die

ander se grond gekom nie, en hulle het ook nie meer met mekaar gepraat nie. Op 'n dag het knalgeluide afkomstig van die een broer (respondent) se grond, die rustigheid van die omgewing versteur. Die geluide wat as afskrikmiddel vir sekere dier- en voëlplae dien, is veroorsaak deur 'n apparaat bekend as 'n Purivox-verskrikker. Aanvanklik het die knalle net tot ongeveer 17h00 voortgeduur, maar later het die apparaat dag en nag die rus versteur.

Die applikant het spoedig teen bogenoemde toedrag van sake in verset gekom en 'n tydelike interdik bekom om sy broer te verhinder om die knalle op sy plaas af te vuur. Die hof word nou genader om die uitreiking van 'n finale interdik. Die applikant se saak berus daarop

“dat die voortdurende knalle wat dag en nag voortduur hom ernstig steur en veroorsaak dat hy, sy gesin en werknemers nie meer 'n behoorlike nagrus kry nie. Hulle het gevolglik kortgebonde en geïrriteer geraak. Sy diere, waaronder 105 stoet Brahmaan beeste en ook 'n perd, het onhanteerbaar geword. Daardeur word sy boerdery aktiwiteite ontwrig” (1119).

Hierteenoor voer die respondent aan dat die handeling wat hy op sy eiendom verrig slegs dien om sy eiendom teen plundering deur ongediertes te beskerm.

Ten aanvang wys regter Spoelstra daarop (1119) dat 'n interdik slegs verleen word indien die applikant op 'n oorwig van waarskynlikheid bewys dat hy 'n duidelike reg het, dat hierdie reg bedreig of inderdaad geskend word, en dat soortgelyke beskerming nie deur enige ander remedie verleen word nie. Aangesien laasgenoemde twee punte nie in geskil gebring is nie, draai die saak om die vraag of daar op die applikant se *regte* (1120) inbreuk gemaak is. Welke regte in casu in gedrang kom, spel die regter nie uit nie, maar uit sy uitspraak blyk tog duidelik dat dit vir hom slegs gaan om die vraag of die applikant se *eiendomsreg* deur die gerasa aangetas is (1120 ev). Sodoende verloor die regter uit die oog dat 'n *persoonlik-*

*heidsreg* van die applikant, te wete die reg op die fisiese integriteit (sien Joubert *Grondslae van die Persoonlikheidsreg* (1953) 131; Neethling *Persoonlikheidsreg* (1979) 40 ev), ook hier op die spel is. Hierdie stelling verg nadere verduideliking.

Die beskermde objek by die reg op die fisiese integriteit is nie beperk tot die liggaam in die gewone konkrete sin van die woord nie, maar omsluit die hele fisies-psigiese kant van die persoonlikheid. So gesien, kan die fisiese integriteit as 'n eenheid met verskillende kante of sye beskou word (Joubert 131; Potgieter 1976 (1) *Codicillus* 11 vn 1). Een van hierdie sye noem Joubert (idem) die sinlike gevoelens – “sodat [’n persoon] hom kan weer teen gevoelsindrukke wat *via* sy sintuie aan hom oorgebring word: deur hoor, sien, ruik, tasting, ens.” (Sien ook De Wet en Swanepoel *Strafreg* (1975) 237; Neethling 41 88.) Hier gaan dit om gevalle waar 'n *fisiese gevoel* van ongemak, moegheid, onbehae, walging of weersinverwek word (Joubert 84), soos deur verblindende lig, verstikkende rook en onhoudbare geraas of stank. Reeds in die Romeinse reg is dit as iniuriae beskou om iemand se kamer met verstikkende rook te vul (*D* 47 10 44; vgl *R v Kumalo* 1952 1 SA 381 (A) 388), om sy drinkwater te verontreinig (*D* 47 11 1 1), of om vullis op sy grond of in sy huis te gooi (*D* 47 10 44). 'n Verdere geval wat hieronder tuisgebring kan word, is die geval waar 'n persoon in die nag deur teisterende telefoonoproepe lastig geval word: dié optrede word in sowel die Amerikaanse as Kanadese reg as 'n ageerbare persoonlikheidskrenking geag (*House v Perth* (1956) 133 NE 2d 340; *Robins v CBC* (1957) 12 DLR 2d 35). Nietemin het hierdie gevalle as verskyningsvorme van iniuria met betrekking tot die fisiese integriteit, soos in casu ook blyk, nog nie die nodige aandag in die regspraak geniet nie. Die rede hiervoor is waarskynlik dat die aard van die subjektiewe reg wat hier ter sprake is, uit die oog verloor is as gevolg van die vroeëre, grootskaalse oorname van die “tort” “nuisance” uit die Engelse

reg (Joubert 131). Indien 'n "nuisance" van so 'n aard is dat die fisiese integriteit in genoemde betekenis gekrenk word, behoort dit in beginsel as 'n iniuria te geld (vgl Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1976) 477 se opmerkings oor die toepassing van die actio iniuriarum in hierdie verband). Die steurende inwerking op die sinne moet natuurlik nie onbeduidend van aard wees nie (Joubert 84) – de minimis non curat lex. In casu was die steurende geraas myns insiens beslis nie van 'n geringe aard nie. Die applikant en sy huismense kon naamlik vir meer as twee weke geen behoorlike nagrus kry nie. Die gevolg was oormatige moegheid, kortgebondenheid en irritasie. Gevolglik was 'n prima facie-skending van hulle reg op die fisiese integriteit voorhande. Die applikant behoort dus selfs genoegdoening met die actio iniuriarum te kon verhaal het tensy die aanwesigheid van 'n regverdigingsgrond of die afwesigheid van opset of animus iniuriandi aan die kant van die respondent hom die aksie ontstê het.

Die kwessie van 'n regverdigingsgrond bring mens by die kern van die onderhawige uitspraak uit. Die respondent het naamlik aangevoer dat hy deur sy optrede slegs sy eiendomsreg uitgeoefen het en dat sy optrede bygevolg nie onregmatig teenoor die applikant was nie. Nou is dit so dat die tradisionele regverdigingsgronde, soos noodweer, noodtoestand, toestemming tot benadeling, tugbevoegdheid en die uitoefening van statutêre reg of amptelike bevoegdheid eintlik almal tuisgebring kan word onder die begrip "uitoefening van 'n reg." Soos Van der Merwe (*Die Beskerming van Vorderingsregte uit Kontrak teen Aantasting deur Derdes* (1959) 162) egter tereg aanvoer, vorm dié regverdigingsgronde "geen *numerus clausus* nie, maar moet op die ganse gebied van die reg gesoek word deur die afweging van die belange van die regsubjekte onderling." In casu gaan dit dus om die vraag of die applikant se beeerde uitoefening van sy eiendomsreg

die oënskynlike krenking van die applikant se regte *regverdig*.

Regter Spoelstra laat hom soos volg oor die respondent se verweer uit (op 1120 1121):

"Eiendomsreg is die mees volledige saaklike reg wat 'n persoon ten opsigte van 'n saak kan hê. Die uitgangspunt is dat 'n persoon, wat 'n onroerende saak aanbetref, met en op sy eiendom kan maak wat hy wil. Hierdie op die oog af ongebonde vryheid is egter 'n halwe waarheid. Die absolute beskikkingsbevoegdheid van 'n eienaar bestaan binne die perke wat die reg daarop plaas. Daardie beperkings kan ôf uit die objektiewe reg voortvloei ôf dit kan bestaan in beperkings wat deur die regte van ander persone daarop geplaas word. Geen eienaar het dus altyd 'n onbeperkte bevoegdheid om na vrye welbehag en goedduke sy eiendomsbevoegdhede ten aansien van sy eiendom uit te oefen nie . . .

Waar die onbeperkte bevoegdheid van een eienaar om 'n saak te gebruik en die bevoegdheid van 'n ander eienaar om onbelemmerde genot van sy saak te hê, met mekaar in botsing kom, word die regte beperk, soos Hoofregter STEYN dit stel, [in *Regal v African Superplate (Pty) Ltd* 1963 1 SA 102 (A) 106-7] deur wedersydse verpligtinge op te lê. 'n Eienaar se eiendomsbevoegdhede strek dan, soos ek die uitspraak verstaan, slegs sover as wat daar 'n verpligting op sy buurman rus om die uitoefening van daardie bevoegdheid te verduur. Dit bring 'n verpligting vir die een eienaar mee om sy reg so uit te oefen dat hy nie daardie perk oorskry nie. Word dit oorskry, tree hy nie meer op ingevolge die bevoegdhede wat sy reg aan hom verleen nie en maak hy inbreuk op die reg van sy buurman. Dit is onregmatige optrede wat die reg nie duld nie en wat die grondslag vir 'n interdik kan vorm.

Applikant moet dus, om te slaag, aantoon dat respondent sy eiendomsbevoegdhede oorskry het en derhalwe onregmatig teenoor applikant opgetree het. Om dit anders te stel, het respondent 'n verpligting versuim wat deur applikant se regte aan hom opgelê word? Hierdie vraag moet aan die hand van oorwegings van redelikheid en billikheid beantwoord word (*Regal*-saak *supra* 111F-G en H *ad fin*; 112A-B; 114D-E; 116H-117; *Kirsch v Pincus* 1927 TPD



199). By die beoordeling van die redelikeheid en billikheid, speel die dader, teen wie se handeling beswaar gemaak word, se gesindheid 'n rol (*Union Government v Marais* 1920 AD 240 te 270; *Kirsch v Pincus* (*supra* te 201, 202 en 205); *Millward v Glaser* 1949 (4) SA 931 (A) te 942; *Regal*-saak te 107G-108). Terselfdertyd moet in gedagte gehou word dat 'n blote onbehoorlike motief nie 'n andersinds (sic) regmatige handeling in 'n onregmatige daad omskep nie (*Trose v Minister of Justice and Others* 1951 (3) SA 10 (A) te 17G-H; *Vanston v Frost* 1930 NPJ 121 te 124). Die *animus vicino nocendi* maak 'n andersinds (sic) regmatige handeling onregmatig as dit die buurman benadeel en die dader geen voordeel daaruit trek nie. 'n Geringe voordeel vir die dader teenoor groot skade vir 'n ander gee aanleiding tot 'n afleiding dat die *animus* teenwoordig is (*Regal*-saak te 108A-B). Die handeling sal ook onregmatig wees as dit onder die omstandighede van die bepaalde geval onredelik en onbillik is teenoor 'n ander eienaar. Redelike uitoefening van 'n reg, dit wil sê die redelike normale gebruik van die eiendom is egter regmatig."

Die vraag of 'n persoon die perke van sy eiendomsreg deur die veroorsaking van 'n geraas oorskry, moet volgens regter Spoelstra (1121) beantwoord word met verwysing na die reaksie van "the normal man of sound and liberal tastes and habits" (*Prinsloo v Shaw* 1938 AD 570 575). Hierdie toets word soos volg in *De Charmay v Day Star Hatchery (Pty) Ltd* 1967 4 SA 188 (D) 192 verduidelik:

"The factors which have been regarded as material in determining whether the disturbance is of a degree which renders it actionable, include (where the disturbance consists in noise) the type of noise,

the degree of its persistence, the locality involved and the times when the noise is heard. The test, moreover, is an objective one in the sense that not the individual reaction of a delicate or highly sensitive person who truthfully complains that he finds the noise to be intolerable is to be decisive, but the reaction of the 'reasonable man' - one who, according to ordinary standards of comfort and convenience, and without any peculiar sensitivity to the particular noise, would find it, if not quite intolerable, a serious impediment to the ordinary and reasonable enjoyment of his property."

Daar moet dus 'n *objektiewe* afweging van die onderskeie belange in die lig van al die omringende omstandighede geskied (1122). In casu bevind die regter (1122-1123) dat die respondent die perke van sy eiendomsreg oorskry het, aangesien die belang wat hy deur die uiters steurende geraas wou beveilig, van 'n geringe omvang en weinig ekonomiese betekenis was. Gevolglik het die respondent onregmatig teenoor die applikant opgetree en word die interdik verleen.

Afgesien daarvan dat die kwessie van persoonlikheidskrenking uit die oog verloor is, kan die uitspraak onderskryf word. Die regter beklemtoon tereg dat dit by die vraag na onregmatigheid om die *objektiewe afweging van belange* gaan; dat die *redelikeheidskriterium* in hierdie verband die deurslag gee, en dat *motief* 'n rol kan speel met betrekking tot die vraag na die redelikeheid (regmatigheid) al dan nie van die krenkingshandeling.

J NEETHLING  
Universiteit van Suid-Afrika

*But avoid foolish questions and . . . strivings about the law; for they are unprofitable and vain.*

Titus 3:9

# Boeke

## DIE SUID-AFRIKAANSE VERTEENWOORDIGINGSREG

deur DJ JOUBERT

*Juta & Kie Beperk, Kaapstad 1979; xxxviii en 426 bl; prys R29,50 (hardeband), R18,50 (sagteband)*

Hierdie werk is die eerste omvangryke handboek oor die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg in Afrikaans. Dit bevat 'n sistematiese uiteensetting van die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg teen die agtergrond van die historiese ontwikkeling daarvan. Die werk poog nie slegs om die positiewe reg soos ontwikkel deur die Romeinse reg, die Romeins-Hollandse reg en die Suid-Afrikaanse regspraak weer te gee nie, maar strewe ook daarna om die positiewe regsreëls te beoordeel aan die hand van regsteoretiese standpunte, om sodoende die reëls van die positiewe reg in perspektief te plaas. Aangesien die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg in 'n groot mate deur die Anglo-Amerikaanse reg beïnvloed is en steeds beïnvloed word, verhoog die talle verwysings na beslissings van en literatuur oor hierdie regstelsels die waarde van die werk.

Die voor-die-hand-liggende onderwerpe oor verteenwoordiging word in die werk behandel. In die eerste hoofstuk word die aard van verteenwoordiging bespreek en 'n oorsig van sowel die historiese ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg as die verskillende teorieë (Suid-Afrikaans en buitelands) omtrent die grondslag van verteenwoordiging gegee. Die onderskeie teorieë word myns insiens hier te geïsoleerd behandel en nie weer later direk in verband gebring met botsende standpunte betreffende besondere reëls van die verteenwoordigingsreg

nie. In daaropvolgende hoofstukke word die verhouding tussen die prinsipaal en die derde, die verhouding tussen die derde en die verteenwoordiger en die verhouding tussen die prinsipaal en die verteenwoordiger agtereenvolgens behandel. Tussenin word, in afsonderlike hoofstukke, aandag gegee aan die ontstaan van verteenwoordigingsbevoegdheid deur die verlening van volmag en deur ratifikasie. In die laaste hoofstuk word die regsposisie van enkele besondere verteenwoordigers en lashebbers, soos eiendomsagente, makelaars, faktore en afslers aan 'n deeglike ondersoek onderwerp. 'n Punt van kritiek op die volgorde waarin die onderskeie regsverhoudings bespreek word, is die feit dat die verhouding tussen die prinsipaal en die derde bespreek word voordat volmagsverlening en die ander maniere waarop verteenwoordigingsbevoegdheid ontstaan, behandel word. Bowendien is dit verwarrend om die verhouding tussen die prinsipaal en die derde en die verhouding tussen die verteenwoordiger en die derde in afsonderlike hoofstukke te bespreek. Een gevolg hiervan is dat die leerstuk van die versweë prinsipaal ("undisclosed principal") tussen twee hoofstukke versnipper word (48 ev en 83). Die ernstige waarskuwing van die skrywer op 76 dat die verhouding tussen die prinsipaal en die derde en dié tussen die verteenwoordiger en die derde nie los van mekaar gesien moet word nie, is nie voldoende om hierdie breuk te heel nie.

Die skrywer moet gelukkig word met die skrandere wyse waarop hy tussens verskeie regsfigure onderskei. Hy onderskei veral indringend tussen 'n lasgewingskontrak, 'n dienskontrak en 'n aanbestedingskontrak (171 ev). Hierdie onderskeid word bemoeilik deur die feit dat lasgewing (mandatum) nie meer gratis is nie, maar hedendaags gewoonlik ook teen vergoeding geskied. Hoewel die puris daarteen beswaar kan maak dat die skrywer plek-plek 'n te wye omskrywing van die regsfiguur verteenwoordiging gee (bv 4) en gevolglik die grend tussen verteenwoordiging en lasgewing laat vervaag, maak die skrywer tog die basiese onderskeid dat die verlening van verteenwoordigingsbevoegdheid of volmag as gevolg van 'n eensydige wilsverklaring aan die kant van die prinsipaal geskied, terwyl lasgewing altyd voortvloei uit 'n tweesydigte lasgewingsooreenkoms tussen die lasgewer en die lashebbber. In hier voege verduidelik die skrywer dan ook op ophelderende wyse (93-94) waarom verteenwoordigingsbevoegdheid of volmag gewoonlik uit 'n lasgewingskontrak voortvloei. Die redes hiervoor is volgens hom dat die verteenwoordiger in normale gevalle sy instemming om as verteenwoordiger op te tree aan die prinsipaal bekend maak en dat die prinsipaal gewoonlik 'n handelingsbevoegde persoon aanstel om as sy verteenwoordiger op te tree. Aangesien dit egter nie van die verteenwoordiger vereis word om sy aanvaarding van die volmag aan die prinsipaal oor te dra voordat hy daarvolgens optree nie en aangesien die verteenwoordiger nie, soos in die geval van minderjarige en eggenotes getroud binne gemeenskap van goedere, ten volle handelingsbevoegd hoef te wees om namens 'n prinsipaal op te tree nie, is 'n geldige ooreenkoms (in casu 'n lasgewingsooreenkoms) nie 'n vereiste vir die verlening van 'n geldige volmag nie. Bowendien kan volmag ook, soos in die geval van 'n voog of kurator, van regsweë, of as gevolg van die werking van estoppel, of deur ratifikasie ontstaan. Die skrywer wys tereg op 102 daarop dat persone wat beperk handelingsbevoegd is wel 'n

regshandeling namens 'n prinsipaal kan aangaan omdat die blote wilsverklaring van 'n verteenwoordiger voldoende is om 'n regsband tussen die prinsipaal en die derde te skep sonder dat die verteenwoordiger, wat uit die prentjie verdwyn, persoonlike verpligtinge ingevolge die verteenwoordigingshandeling opdoen.

In gevalle waar 'n verteenwoordiger sonder volmag optree, wys die skrywer daarop (77 ev) dat die verteenwoordiger op drie gronde naamlik (i) 'n werklike waarborg (uitdruklik of stilswyend verleen), (ii) 'n wanvoorstelling of (iii) "an implied warranty of authority" aanspreeklikheid teen die derde kan opdoen. Hy dui ook op 80 voetnoot 25 aan dat die appèlhof reeds obiter in *Claude Neon Lights (SA) Ltd v Daniel* 1976 4 SA 403 (A) 409 verklaar het dat die vraag omtrent die ware grondslag van 'n ongevollmagtigde verteenwoordiger se aanspreeklikheid nog nie finaal deur die appèlhof beslis is nie en dat 'n "implied warranty of authority" soos aanvaar in *Blower v Van Noorden* 1909 TS 890 as grondslag debatteerbaar is. Hierdie obiter dictum dwing 'n mens om te besin oor die ware grondslag van die bogenoemde aanspreeklikheid. Die vernaamste argumente teen die "implied warranty of authority"-konstruksie is volgens die skrywer eerstens dat die waarborg vervat in die byooreenkoms van regsweë geïmpliseer of gefingeer word sonder dat daar inderdaad 'n werklike waarborg gegee is of van die gedrag van die partye afgelei kan word, en tweedens dat die verteenwoordiger ingevolge die "implied warranty of authority"-leerstuk skuldloos aanspreeklik gehou kan word op grond van 'n waarborg wat op grond van 'n onskuldige wanvoorstelling geïmpliseer word. 'n Derde argument wat moontlik teen die "implied warranty of authority"-konstruksie geopper kan word, is die feit dat selfs die beperk handelingsbevoegde ongemagtigde verteenwoordiger wat pogg om 'n regshandeling namens 'n "prinsipaal" aan te gaan van regsweë ingevolge 'n gefingeerde byooreenkoms gebonde sal wees, terwyl

beperkte handelingsbevoegdes in die reël as gevolg van gemeenregtelike reëls wat hulle beskerm teen persoonlike verpligtinge ingevolge 'n ooreenkoms kan opdoen nie. In sodanige gevalle skep die "implied warranty of authority"-konstruksie dus 'n anomaliëse regsposisie. Ingevolge die leerstuk van "implied warranty of authority" moet die derde volgens sy positiewe interesse vergoed word, dws hy moet in die posisie geplaas word asof die abortiewe ooreenkoms behoorlik deur die vermeende prinsipaal nagekom is. Hoewel die skrywer verskeie besondere gevalle behandel (81 en 82), ondersoek hy nie die problematiese gevalle waar die prinsipaal insolvent of waarskynlik insolvent was op die tydstip van kontraksluiting nie (vgl Kerr *The Law of Agency* 240 ev en De Wet en Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 109 vn 137).

Wat die verteenwoordiger se aanspreeklikheid ingevolge wanvoorstelling in die onderhawige geval betref, toon die skrywer tereg dat die derde die nodige skuld aan die kant van die verteenwoordiger sal moet bewys. Daar bestaan volgens hom geen twyfel dat die derde op grond van opsetlike wanvoorstelling sal kan aageer nie (78, sien ook De Wet en Yeats 111 vn 143). Hy aanvaar ook in beginsel dat op grond van nalatige wanvoorstelling aageer sal kan word in die lig van die feit dat 'n deliktuele remedie bestaan ingevolge waarvan vermoënskade voortvloeiend uit nalatige mededelings verhaal kan word. Hierdie aksiegrond is onlangs deur die appèlhof in *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* 1979 3 SA 824 (A) bevestig. Die skrywer toon tereg op 78 voetnoot 5 aan dat die obiter in *Hamman v Moolman* 1968 4 SA 340 (A) ingevolge waarvan 'n eis op grond van nalatige wanvoorstelling in kontrakverband ontken word, nie noodwendig in pari materia is nie. Volgens die skrywer dien dit egter nietemin as 'n waarskuwing dat aanspreeklikheid op grond van nalatige wanvoorstelling nog lank nie geykte reg is nie. Die vernaamste positiesregtelike beswaar teen wanvoorstelling as

grondslag van die ongevolmagtigde verteenwoordiger se aanspreeklikheid is dus dat hierdie grondslag die trefwydte van die verteenwoordiger se aanspreeklikheid sal vernou tot een grond op opsetlike wanvoorstelling.

Die keuse tussen wanvoorstelling en 'n "implied warranty of authority" as grondslag vir die ongevolmagtigde verteenwoordiger se aanspreeklikheid, is in laaste instansie waarskynlik die beleidskwessie of 'n mens die derde wat skadelik as gevolg van die feit dat die verteenwoordiger nie volmag het nie, volgens sy positiewe of volgens sy negatiewe interesse wil vergoed. Op grond van die bogenoemde argumente teen die "implied warranty of authority"-konstruksie lyk 'n aanspreeklikheid gegrond op wanvoorstelling dogmaties suiwerder. Daarteenoor spreek regs-politieke oorwegings sterk ten gunste van die "implied warranty"-grondslag. Indien 'n mens prontuit erken dat 'n mens in die geval van 'n "implied warranty of authority" met 'n suiwer ex lege waarborg te doen het en indien 'n mens kan aanvaar dat dit 'n naturale is van die besondere abortiewe transaksie tussen die verteenwoordiger en die derde, het hierdie konstruksie net soveel bestaansreg as byvoorbeeld die fiksie van 'n ex lege waarborg teen uitwinning wat in navolging van die Romeinse reg as 'n natuurlike uitvloei van 'n koopkontrak beskou word. Deur die "implied warranty of authority"-konstruksie uit ons reg te weer, kan die handelsverkeer moontlik gestrem word.

Die hoofstuk oor ratifikasie is uitvoerig en indringend. Veral insigryk is die skrywer se siening van die wisselwerking tussen die stelreël *omnis rati-habitio retrorahitur ac priori mandato aequiparatur* en die vereiste dat 'n handeling slegs ratifiseerbaar is indien dit nog res integra is. Volgens die Engelse beslissing in *Bolton Partners v Lambert* (1889) 41 ChD 295 geniet die beginsel van terugwerkendheid voorkeur en ontstaan daar reeds 'n geldige ooreenkoms op die oomblik wanneer die verteenwoordiger en die derde con-

sensus bereik. Hierdie ooreenkoms kan volgens hierdie uitspraak nie daarna eensydiglik herroep word nie en geen- een van die partye kan hieruit terug- tree nie. Of die terugwerkende krag van ratifikasie wel sodanige werking het, is egter tereg betwyfel in die Engelse beslissing *Fleming v Bank of New Zealand* 1900 AC 577 (PC) 587 asook in die Suid-Afrikaanse beslissing *Grundling v Beyers* 1967 2 SA 131 (W) 145. Die skrywer toon egter tereg aan dat hierdie probleem slegs opgelos kan word deur die regsraad van die ratifiseerbare handeling ofte wel die aard van die verhouding tussen die derde en die verteenwoordiger in die interim-periode voordat die prinsipaal ratifiseer, te bepaal. Die skrywer gee 'n uitgebreide opsomming van die standpunte waarvolgens daar wel 'n geldige kontrak in die interim-periode bestaan. Hy voer ook oortuigende argumente aan waarom hierdie standpunte nie nagevolg kan word nie. Daarna bespreek hy die standpunt van Van Jaarsveld *Die Leerstuk van Ratifikasie in die Suid-Afrikaanse Verteenwoordigingsreg* (1974) 205 209 dat die handeling tussen die gevolmagtigde verteenwoordiger en die derde 'n nie-tige handeling is wat slegs deur ratifikasie lewe en geldigheid ingeblaas word. Van Jaarsveld baseer sy standpunt veral op die volgende passasie in *Jagersfontein Garage & Transport Co v Secretary State Advances & Recoveries Office* 1939 OPD 37 46: "For it is clear that prior to ratification the juristic act cannot exist as such, it is born from ratification." Die skrywer voer tereg aan dat dit moeilik is om saam met Van Jaarsveld te aanvaar dat daar deur die wedersydse instemmende wilsverklarings van die verteenwoordiger en die derde geen regs-verhouding tussen hulle ontstaan nie. Reeds in die bogenoemde beslissing het regter Van den Heever op 47 verklaar: "The two principals may, while his decision is pending, be unable to resile from the arrangement . . ." en "All the claimant can establish in this case is that at the date of attachment he had a *spes*, an inchoate arrangement relating to the cattle which by an exercise of will on his part and notification thereof he

could convert into a real right." Bogenoemde dui daarop, soos die skrywer ook aantoon, dat die betrokke handeling die inherente eienskap het dat dit bekragtig en verbindend gemaak kan word. Die regstoestand in die interim-periode is dus, soos Windscheid reeds beweer het, 'n "Zustand der Schweben," 'n sluimerende toestand wat die kiem van 'n toekomstige reg inhou. Dit beteken egter nie dat 'n mens soos die skrywer op 151 moet aanvaar dat hierdie "spes" of reg in wording ("inchoate right") slegs deur 'n teenstrydige ooreenkoms tussen die derde en die verteenwoordiger vernietig kan word nie. Hierdie "inchoate right" kan nog steeds eensydiglik deur die derde herroep word. 'n Analoe voorbeeld is dié van 'n onaanvaarde aanbod wat wel 'n regsgeldige handeling is, maar te eniger tyd herroep kan word. Die skrywer waarsku egter tereg op 151 dat die konstruksie van 'n aanbod nie as *juridiese verklaring* vir dit wat daar tussen die verteenwoordiger en die derde plaasvind, aangebied moet word nie omdat dit die regskeppende rol van die verteenwoordiger by die verteenwoordigingshandeling sou bevraagteken (sien ook Van Jaarsveld "Terugtrede van 'n Derde voor Ratifikasieverklaring" 1974 *THRHR* 133 142). Die standpunt dat die derde wel die "kiem van 'n reg" wat deur sy handeling ontstaan het, kan herroep in die interim-periode voordat die prinsipaal ratifiseer indien die derde uitvind dat die verteenwoordiger in werklikheid geen volmag gehad het nie, maak ook regspolitieke sin omdat dit die eerste keuse om die handeling ongedaan te maak aan die derde eerder as aan die prinsipaal verleen (sien De Wet en Yeats 104).

Die leerstuk van die "undisclosed principal" word aan 'n deeglike ondersoek onderwerp (48-66 en 83). Die ontstaan van die leerstuk in die Engelse reg, die aanvaarding daarvan in die Suid-Afrikaanse reg, die werking van die leerstuk, die uitsluiting daarvan in sekere gevalle en sowel die dogmatiese grondslag van as die regverdiging vir die leerstuk word bespreek. Veral insig-

gewend is die verskille wat tussen Suid-Afrikaanse en Engelsregtelike reëls omtrent dié leerstuk op 66 aangedui word. In hier voege wys die skrywer op 54 tot 55 en 83 daarop dat die Engelsregtelike leerstuk van eleksie nie noodwendig in die Suid-Afrikaanse reg aanvaar word nie. Volgens die leerstuk van eleksie verloor die derde sy verhaalsreg teen een van die partye indien hy, nadat hy van die bestaan van die prinsipaal te wete gekom het, ondubbelsinnig gekies het om teen die ander party op te tree. Nieteenstaande die beslissing in *Natal Trading and Milling Co v Inglis* 1923 TPD 724 huldig die skrywer tereg die standpunt dat die betrokkenes as solidêre skuldeisers behandel behoort te word sodat die verhaalsreg teen enigeen van die partye eers uitgewis word deur voldoening of 'n ander verbintenisuitwissende gebeurtenis (sien ook De Wet en Yeats 277 en *Trust Bank of Africa v Dbooma* 1970 3 SA 304 (N)).

Alhoewel die skrywer toegee dat die leerstuk van die "undisclosed principal" anomalies is, probeer hy dit op grond van die nuttigheid van die leerstuk in die handelsverkeer sover as moontlik by bestaande kontrakteregbeginsels integreer. Aangesien hy swyg oor die vernaamste besware teen dié leerstuk, is dit dalk nuttig om dié besware hier te herhaal. Ten eerste bots die leerstuk met die basiese beginsels van die verteenwoordigingsreg omdat die verteenwoordiger wat die vertruste by die derde wek dat hy as prinsipaal optree, op die latere tydstip wanneer die versweë prinsipaal openbaar word in sommige opsigte nie meer as prinsipaal nie, maar as 'n verteenwoordiger behandel word. 'n Verteenwoordiger kan nie terselfdertyd sowel verteenwoordiger as prinsipaal wees nie. Ten tweede werk die leerstuk nou wel nie onbillik tussen die betrokkenes nie, maar kan dit tot onbillike resultate lei indien die verteenwoordiger se boedel insolvent is. Ingevolge die leerstuk kan die prinsipaal sy hoedanigheid bekend maak en die opbrengs van die regshandeling tussen die verteenwoordiger en die derde direk van die

derde eis en sodoende verhoed dat die opbrengs in die insolvente boedel van die verteenwoordiger val. Op hierdie wyse verkry die prinsipaal as gevolg van die werking van die leerstuk 'n voorkeureis op die genoemde opbrengs bo die skuldeisers van die verteenwoordiger wat tevrede moet wees met 'n konkurrente eis teen die insolvente boedel.

Benewens bogenoemde onderwerpe, moet 'n paar ander onderwerpe genoem word weens die leersame wyse waarop die onderwerpe bespreek word: die regspisio in die geval van 'n niebestaande prinsipaal (84 tot 85); die formaliteite by volmagsverlening (98 e.v.), die onderlinge verpligtinge tussen die prinsipaal en die verteenwoordiger (183-231) en die besondere gevalle van verteenwoordiging, veral die regspisio van die afslaer (232 tot 241) en die eiendomsagent (247 tot 260). Op 91 trek die skrywer 'n nuttige onderskeid tussen 'n "authority" of volmag van die verteenwoordiger en 'n "power" of verteenwoordigingsmag van die verteenwoordiger. Vanaf 115 tot 122 bespreek hy die gevalle waar 'n prinsipaal buite die werking van estoppel op grond van die optrede van 'n ongevolmagtigde verteenwoordiger aanspreeklik is.

Slegs 'n geringe aantal drukfoute is in die werk opgemerk: ko-relatief (52) ipv korrelatief; skyn verwerk (54) ipv skyn verwek; vorderingsreg 83 in fine) ipv vorderingsreg; hy (176) ipv by; *locatio conductio* (177 ipv *locatio conductio*; optere (216) ipv optrede. Op 245 kom die volgende verkeerde woordorde voor: "dat die makelaar besondere aandele sertifikate vir 'n besondere kliënt opsy sit en die opsygestette sertifikate met die *kliënt merk se naam* om hulle te onderskei."

Hierdie werk wat saam met Kerr *The Law of Agency* die mees omvattende werk oor die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg is, kan sonder voorbehoud aanbeveel word vir studente in gevorderde kursusse asook vir praktisyns wat dit nie slegs as naslaanwerk

wil gebruik nie, maar ook 'n insig wil verkry in die botsende standpunte wat omtrent basiese leerstukke van die verteenwoordigingsreg gehuldig word. Daarbenewens kan hierdie werk met

vrug deur afslaers, eiendomsagente en makelaars gelees word.

CG VAN DER MERWE  
*Universiteit van Stellenbosch*

## THE LAW OF AGENCY

deur AJ KERR

*2e uitg, Butterworths 1979; prys hardeband R19,75*

Die eerste uitgawe van hierdie werk het in 1972 verskyn en is allerweë goed ontvang. Die ernstigste punt van kritiek wat daarteen geopper was, is die feit dat die skrywer nie kennis geneem het van proefskrifte wat op die gebied van verteenwoordigingsreg verskyn het nie. In hierdie nuwe uitgawe het die skrywer dit wel gedoen.

Die skrywer benader die onderwerp in hoofsaak vanuit 'n positiefregtelike oogpunt. In sy ontleding van die posisie in die positiewe reg is dit opvallend hoe dikwels hy hom tot Anglo-Amerikaanse regspraak wend. Hierdie metode is nie noodwendig verkeerd nie, aangesien die Suid-Afrikaanse reg insake verteenwoordiging in 'n groot mate deur die Engelse reg beïnvloed is. Tog sou 'n mens miskien van die skrywer kon verwag om meer van Romeins-Hollandse bronne gebruik te maak en dan ook vergelykenderwys na die posisie in ander Europese regstelsels te verwys.

In hoofstuk 1 gee die skrywer 'n uiteensetting van die verskillende soorte verteenwoordigers wat 'n mens aantref. Hy maak 'n onderskeid tussen gevormagtigde verteenwoordigers en verteenwoordigers wat nie met 'n volmag beklee is nie. Alhoewel ek my kan voorstel dat 'n student byvoorbeeld probleme sou kon ondervind met die fynere onderskeidings wat hy maak, gee die skrywer aan die einde van sy bespreking op bladsy 15 'n nuttige tabel om die onderskeid wat hy maak op te helder. Dit is baie belangrik dat 'n mens

hierdie hoofstuk goed onder die knie kry ten einde sy behandeling van die onderwerp in die res van die boek te verstaan. Besondere gevalle van verteenwoordiging soos die eiendomsagent en die makelaar word nie afsonderlik behandel soos dit gebruikelik is nie, maar hulle word waar dit nodig is onder die algemene beginsels behandel.

Soos reeds aangetoon is die skrywer se benadering tot verteenwoordiging as regsverskynsel positiefregtelik van aard en as gevolg daarvan gee hy, myns insiens, te min aandag aan die teoretiese grondslae van sekere aspekte van verteenwoordiging soos die verborge prinsipaal, die sogenaamde "implied warranty of authority" en die onherroeplike volmag. Hierdie aspek sal die praktyksgeoriënteerde juris miskien nie so opval of hinder nie, aangesien hy waarskynlik 'n antwoord, met stawende gesag, op meeste van sy probleme in die boek sal vind.

Die tegniese versorging van die werk is puik, en die skrywer en uitgewer kan daarmee gelukkigwens word. Die skrywer verkeer net verkeerdelik onder die indruk dat Schulz, die skrywer van *Classical Roman Law*, se van met 'n *t* (Schultz) gespel word (xvi en 11). Die werk is voorsien van 'n lys van afkortings van die belangrikste literatuur waarna verwys word, 'n register van sake en statute en 'n behoorlike indeks. 'n Gewoonte van die skrywer wat ek besonder hinderlik vind is sy gebruik

van titels by sekere skrywers. Die motivering vir hierdie verwysingsmetode is nie vir my duidelik nie. Die gebruik daarvan hang ook blykbaar daarvan af of die skrywer die betrokke skrywer na wie hy verwys ken of nie ken nie. Hy verwys byvoorbeeld deurgaans na prof JC de Wet, maar laat die titel *prof* weg by Voet, Van der Keessel, ADJ van Rensburg (157 vn 12), WA Joubert (157 vn 12) en June Sinclair (242 vn 1). Ander voorbeelde van hierdie gebruik kan op 44 voetnoot 1, 48 voetnoot 6, 50, 51, 60, 61, 63, 97 voetnoot 2, 99 voetnoot 2, 142, 181 voetnoot 6, 242 voetnoot 1 aangetref word. Hierdie

verwysingsmetode is onwetenskaplik en kan slegs tot inkonsekwentheid aanleiding gee. Alle skrywers word immers met die nodige respek aangehaal, afgesien van die posisie wat hulle bekleed. Die enigste uitsondering wat hier geregverdig is, is die gebruik om regters nie slegs met verwysing na hulle vanne aan te haal nie.

Ek is oortuig daarvan dat hierdie werk 'n nuttige aanwinst vir elke juris en in besonder vir regspraktisyne sal wees.

SUSAN SCOTT  
*Universiteit van Suid-Afrika*

**INLEIDENDE HOOFDSTUKKEN BETREFFENDE DE  
ROMEINSRECHTELIJKE GRONDSLAGEN VAN HET  
NEDERLANDS PRIVAATRECHT**  
(tweede uitgebreide en herziene druk)

deur R FEENSTRA

*Universitaire Pers Leiden; 1978; prys 40,85 gulden*

Die eerste druk van hierdie werk, wat in 1976 verskyn het, is in 1978 *THRHR* 99-100 deur my bespreek. In daardie behandeling het ek met groot lof gepraat van die meesterlike wyse waarop professor Feenstra sy onderwerp beheer en aanbied. Die onderhawige (tweede) uitgawe van die werk is aansienlik uitgebrei en hersien, soos deur die skrywer in sy voorwoord daartoe uiteengesit. Ses nuwe hoofstukke is by die oorspronklike veertien gevoeg, te wete XII "Servituten en Vruchtgebruik;" XIII "Wanprestasie, schadevergoeding en aansprakelijkheid;" XV "Locatio-conductio;" XVII "Borgtocht;" XIX

"Erfrecht" en XX "Procesrecht." Daarbenewens is sommige van die bestaande hoofstukke grootliks uitgebrei met toevoeging van talle nuwe verwysings na bronne en literatuur sowel in die teks as in die voetnote. Dit is steeds 'n standpunt dat hierdie werk nie slegs 'n uitmuntende leerboek vir die Suid-Afrikaanse regsgeleerde is nie, maar ook 'n uitstekende aanknopingspunt vir historiese en moderne regsvergeliking tussen die Nederlandse en Suid-Afrikaanse reg.

DH VAN ZYL  
*Lid van die Pretoriase Balie*



## GESCHIEDENIS VAN HET VERMOGENSRECHT, TEKSTENBOEK

deur R FEENSTRA en JTh DE SMIDT

*Tweede, vermeerderde uitgawe; Kluwer, Deventer, 1978; xxvi en 575 bl;  
prys 28 gulden*

Hierdie boek is 'n simptome van die toestand van regsopleiding in ons tyd. Tot 1971-72 is van elke regstudent in Nederland verwag om in die besit te wees van 'n uitgawe van die *Digesta*, die *Institute* van Gaius en die *Inleidinge* van De Groot. Sedert die afskaffing van Latyn as 'n vereiste vir die regstudie en die hervorming van die juridiese studie-program vir die regshistoriese vakke is van hierdie uitgangspunt afgestap, sodat daar vir 'n direkte kontak met die tekste geen plek meer is nie. Desnietemmin is regshistorici soos Feenstra en De Smidt van mening dat ook onder die nuwe bedeling 'n direkte kontak met die tekste wat 'n invloed op die Nederlandse asook die Europese regsontwikkeling uitgeoefen het, een van die mees waardevolle vormende faktore van die juridiese onderrig behels en dientengevolge behou moet word. Hul- le het derhalwe 'n bundel van die belangrikste tekste op die gebied van die Nederlandse vermoënsreg vir die reg- studente aan die Ryksuniversiteit te Leiden opgestel. Aangesien kennis van Latyn in beginsel ontbreek, is die Latynse tekste van 'n vertaling voor- sien; kennis van die moderne tale word by die student veronderstel.

Die boek begin met 'n uiteensetting van die algemene gegewens omtrent die *Corpus Iuris Civilis* en De Groot se *Inleidinge*, waaruit afgelei mag word dat veronderstel word dat selfs hierdie basiese kennis onbekend is. Vervolgens kry ons 380 tekste in 10 afdelings wat die vermoënsreg in breë trekke onderver- deel: die reg in die algemeen en die regspersoon (1-12), sakereg in die alge- meen, besit (13-26), eiendom en eien- domsverkryging (27-38), ander saak- like genotsregte (39-63), saaklike seker- heidsregte (64-79), verbintenisse in die algemeen (80-100), besondere kon-

trakte (101-131), ongeregverdigde ver- ryking (132-145), onregmatige daad (146-187), erfreg (188-204) - in hierdie uitgawe aangevul deur 'n supplement (207-262), want 'n hersiene uitgawe het vir die outeurs, in die lig van 'n nuwe herprogrammering van die onderwys, onwenslik geskyn.

Die aangebode tekste is nie gering in getal en kwaliteit nie. Die samestellers het hulle keuse nie beperk tot die drie bogenoemde fundamentele teksuitga- wes nie, maar ook baie ander tekste op- geneem, soos byvoorbeeld uit die *Lex Salica*, *Saksenspiegel*, *glossa ordinaria*, *Keuren* en *Costumen* van verskeie stede, Romeins-Hollandse asook ander ou- teurs en die verskillende Nederlandse kodifikasies.

Alhoewel dit verwelkom kan word dat tekste wat nie maklik in moderne edisie toeganklik is nie, op hierdie manier geopenbaar en sistematies weergegee word, moet die vraag tog gestel word wat die praktiese nut van 'n dergelike bundel is. Kan 'n student wat hoege- naamd nie oor kennis van Latyn beskik nie, 'n Latynse teks sinvol bestudeer en analiseer? Selfs indien die antwoord op hierdie vraag positief sou wees, sou dit dan nie beter wees om hierdie student eers met die eenvoudiger tekste uit die *Institute* in kontak te bring nie? Hierdie resensent is bevrees dat 'n bundel soos die onderhawige in die teenoorgestelde rigting beweeg en in plaas daarvan om regstudie te vereenvoudig, soos wat deur die nuwe programme in die Ne- derlandse regstudie beoog word, word die teksstudie nog afskrikwekkender as voorheen gemaak.

Afgesien van die gemelde kritiek is die strewe van Feenstra en De Smidt volkome begryplik en lofwaardig en

ons behoort hulle dankbaar te wees dat hulle hulle nie in 'n ivoortoring teruggetrek het nie, maar hulle in weerwil van die tydgees beywer het om die deur oop te hou vir die enkeling wat meer as 'n bloot praktiese opleiding begeer.

Die boek word afgesluit met 'n lys van Latynse adagia (263-268) en 'n teksregister. Die tegniese versorging is netjies.

PhJ THOMAS  
*Universiteit van Pretoria*

## THE LAW OF ARBITRATION IN SOUTH AFRICA

by MARCUS JACOBS

*Juta, Cape Town, 1977; p 225; price R22*

This work is the first authoritative textbook on the South African law of arbitration. Before its publication very little appears to have been published on the subject. Apart from individual chapters in general legal textbooks, there is Gordon Davis's commentary on the Arbitration Act 1965; Part IV of McKenzie's *The Law of Building Contracts and Arbitration in South Africa* and the title *Arbitration* by Catherine Smith in *LAWSA*. The dearth of legal writings on the subject is surprising considering the importance of this branch of the law. The appearance of Marcus Jacobs's book is, therefore, a welcome addition to South African legal literature.

This work covers all the general principles of arbitration law in South Africa and includes two short chapters on the architect as arbitrator and the enforcement of foreign awards, respectively. Arbitration under both the Arbitration Act 1965 and the common law is dealt with. The Act does not exclude the common law so that the common law and the Act exist side by side. The Act, however, provides a more efficient means of arbitration and it is the opinion of the author that the common law should be abolished and that all arbitrations should be regulated

by the Act. This will, no doubt, simplify and streamline our law on arbitration.

In addition to the South African case law on arbitration, this work also contains references to the relevant English decisions on the points discussed. While such references are useful, it must be remembered that the English decisions are merely of persuasive authority and, as the author points out, "our courts have tended not always to follow the English decisions but to interpret our Act in the light of our common law."

The subject-matter of the book is divided into 30 chapters at the end of which are published the texts of the English Arbitration Acts of 1950 and 1975, the South African Arbitration Act 1965 and the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Act 1977 as well as a comparative table of the English and South African legislation.

Without hesitation, this book can be recommended to legal practitioners, architects, quantity surveyors, engineers and others concerned with arbitration.

BR RUTHERFORD  
*University of South Africa*

## ERRATA

Die volgende verbeterings moet in nommer 3 van band 42 van die *Tydskrif* (Augustus 1979 *THRHR*) aangebring word:

- In die inhoudsopgawe: Vervang “venootskap” in die titel van die artikel van HJ Delpont deur “vennootskap;” en vervang “Beperk” in die titel van die aantekening van JD van der Vyver deur “Beperkte.”
- Bl 288: Vervang “venootskap” in die titel deur “vennootskap.”
- Bl 325: Vervang “dader” in die tiende reël van die eerste kolom deur “persoon.”  
Voeg “vgl” in die eerste reël van die tweede kolom voor “De Wet” in.  
Voeg “*R v Seane* 1924 TPD 668 en” in die tweede reël van die laaste paragraaf van die tweede kolom voor “*Haughton v Smith*” in.
- Bl 326: Vervang “indeling” in die dertiende reël van die tweede kolom deur “handeling.”
- Bl 327: Voeg “(vgl De Wet 168)” in die twintigste reël van die eerste kolom na “voldoen” in.
- Bl 329: Vervang “uitsondering” in die een en twintigste reël van die tweede kolom deur “regsdwaling.”









