

AQUAEDUCTUS EN SOMMIGE GEVOLGE VAN GOEIE BUURMANSKAP*Zeeman v De Wet* 2012 6 SA 1 (HHA)1 *Inleiding*

Dit is alombekend dat die grondserwitute wat op water betrekking het, te wete dié van waterleiding (*aquaeductus*) en waterhaling (*aquaehaustus*), tesame met die drie serwitute van weg (nl die reg om te voet of te perd oor die dienende grondstuk te beweeg (*iter*), die reg om diere oor die dienende eiendom aan te jaag (*actus*) en 'n algemene reg van weg oor die dienende eiendom (*via*)), van die oudste grondserwitute – in die besonder *iura praediorum rusticorum* – is (Kaser I *Das Römische Privatrecht* (1971) 143; Van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* (1948) 146; Van Warmelo *'n Inleiding tot die Studie van die Romeinse Reg* (1957) 161; vgl Van der Merwe en De Waal “Servitudes” XXIV *LAWSA* 470 476) wat deur die loop van die eeue behoue gebly het en via die Romeins-Hollandse regsbronne 'n stewige vastrapplek in die Suid-Afrikaanse reg verwerf het (vgl Van der Merwe *Sakerereg* (1989) 481 ev, 492 ev; Badenhorst, Pienaar en Mostert *Silberberg and Schoeman's The Law of Property* (2006) 326). Om hierdie rede sou 'n mens geregverdig kon aanneem dat die grondbeginsels van 'n serwituut soos *aquaeductus*, wat in die onderhawige saak die onderwerp van geskil was, na 'n tydperk van twee millennia reeds met 'n uiterste mate van sekerheid gevestig is en dat dit hoogs onwaarskynlik is dat 'n regspraak wat oor een van die fundamentele beginsels daarvan handel, die aandag van die regbank in die hoogste hof van appèl sou kon verg.

Een van die gevestigde regsreëls ten aansien van die erfdiensbaarheid van *aquaeductus* is dat die eienaar van die heersende erf, bykomend tot die enge gebruiksbevoegdhede wat die inhoud van die beperkte saaklike reg oor die dienende grondstuk uitmaak, oor alle bevoegdhede beskik wat noodsaaklik is om die serwituut ten volle te kan benut (Van der Merwe en De Waal § 566 n 3).

Die feite van hierdie saak illustreer hoe dit kan gebeur dat die eienaars van die heersende en dienende grondstukke by wyse van ooreenkoms kan afwyk van die normale reëls wat daar ten aansien van bovermelde bykomende bevoegdhede geld en hoe dit dan moontlik *ex post facto*, veral in die geval waar daar 'n regsopvolger van hetsy die eienaar van die heersende of dienende grondstuk betrokke is, sou kon blyk dat daar gevolge ingetree het wat waarskynlik nie deur die party (eienaar van die heersende eiendom) wat oor 'n sodanige bevoegdheid beskik het, beoog of voorsien is nie. In hierdie aantekening word gepoog om uitsluitel te kry of die oplossing van die hoogste hof van appèl – waarin die uitspraak van die hof *a quo* (dié van wr Olivier in die Wes-Kaapse hoë hof, Kaapstad) gehandhaaf is – vir hierdie dilemma van die heersende eienaar 'n mens se regsgevoel in die lig van die algemene regsbeginsels wat op grondserwitute van toepassing is, bevredig. In die lig van die identiteit van die partye is dit uitermate verblydend om te sien dat appèlregter Malan, in teenstelling met 'n uitspraak soos dié van die hoogste hof van appèl in *Crots v Pretorius* (2010 6 SA 512 (HHA)) waarin die uitspraak in Engels gegee is, ofskoon alle betrokke partye klaarblyklik Afrikaanssprekend was, sy uitspraak in keurige Afrikaans geskryf het. (Die onderhawige uitspraak is een uit 'n totaal van slegs vyf gerapporteerde Afrikaanse uitsprake, in teenstelling met 281 gerapporteerde Engelse uitsprake wat in die *Suid-Afrikaanse Hofverslae* van 2012 verskyn. Dit weerspieël die rasse agteruitgang van Afrikaans as taal van rapportering in die regspraak: benader tot die tweede desimale syfer, verteenwoordig

Afrikaanse uitsprake per getal maar 'n skamele 1,75% van alle beslissings wat in die betrokke jaar in die *Suid-Afrikaanse Hofverslae* verskyn het.)

2 Feite en uitspraak

Die appellant (applikant in die hof *a quo*) is die eienaar van 'n plaas in die Robertson-omgewing, wat grens aan die plaas van die De Wetshof Landgoed Trust (die Trust), waarvan die respondente die trustees is. Die appellant, *qua* eienaar van sy grondstuk, was reeds dekades die houer van 'n erfdiensbaarheid van waterleiding oor die betrokke plaas, waarvan die Trust in 2002 eienaar geword het. Die ganse serwituutroete het aanvanklik uit 'n oop sementsloot bestaan, waarin daar twee pype aangelê is (die een vir doeleindes van besproeiing, en die ander vir huishoudelike water). Kort nadat die Trust eienaar van die dienende erf geword het, is daar 'n versoek tot die appellant gerig vir die wysiging van sowel die wyse van waterleiding (te wete dat die oop sloot deur ondergrondse pypeleidings vervang moes word), as die roete daarvan, ten einde dit vir die Trust moontlik te maak om meer wingerdstokke aan te plant. Die appellant se reaksie op hierdie versoek was gunstig en nadat hy mondeling tot die vermelde wysigings toestemming gegee het, is vervolgens 'n skriftelike serwituutooreenkoms aangegaan wat uiteindelik notarieel verly en geregistreer is (3J-5A).

Van groot praktiese belang is die feit dat die pypeleiding steeds 'n roete van noord na suid sou volg, terwyl die 133 nuwe rye wingerdstokke wat deur die Trust aangeplant is, om landboukundige redes van oos na wes sou strek. Dit het daarop neergekom dat die nuut aangeplante wingerdrye nou met 'n hoek van 90 grade bo-oor die ondergrondse pypeleiding gevestig is. Die gevolg van hierdie toedrag van sake is dat die appellant en sy werkers nie meer in staat is om vir doeleindes van inspeksie en instandhouding langs die serwituutroete te loop nie, maar, indien hulle toegang tot die pype sou wou verkry, verplig sou wees om telkens met die rye in 'n oos-wes rigting na verskillende onderdele van die waterleiding te beweeg (vir besonderhede sien 5C-I). Die rede waarom die appellant bereid was om sy aanvanklike posisie as serwituuthouer – in die besonder wat betref sy inherente bykomende bevoegdheid om langs die kortste moontlike roete toegang tot die waterleiding te verkry – sodanig te verswak, blyk duidelik uit die bepalings van die serwituutskeppende ooreenkoms en die later verlyde serwituutakte. Wat eersgenoemde betref, vermeld die aanhef dat die appellant bloot “as 'n blyk van goeie buurmanskap” tot die vermelde wysigings ten aansien van die oorspronklike serwituut toegestem het “alhoewel dit vir hom geen voordele inhou nie, maar slegs nadele ...” (6A-B). Sy bereidwilligheid is egter duidelik beïnvloed deur die feit dat die Trust as eienaar van die dienende erf sekere positiewe verpligtings op hom geneem het, soos duidelik uit bepaling (d) daarvan blyk:

“Dat die Trust op sy uitsluitlike koste verantwoordelik sal wees vir die lê, instandhouding, en vervanging (indien nodig) weens beskadiging van voormelde pypeleidings van Zeeman asook vir die behoorlike funksionering van gemelde pypeleidings. Indien enigeen van die pypeleidings verstop, die watervloei belemmer word deur die vorming van lugborrels of weens welke ander oorsake ookal ... sal die Trust onverwyld op sy uitsluitlike koste stappe neem (*sic*) om die watervloei te herstel. Indien die pypeleidings vervang moet word omdat die pype uitgeleef geraak het, sal Zeeman die nuwe pype op sy koste lewer terwyl die Trust die lê daarvan op sy koste sal doen” (6E-F).

Verder maak die notariële serwituutakte (anders as die oorspronklike skriftelike ooreenkoms) uitdruklik in bepaling (f) voorsiening dat “[d]ie Serwituutnemer en/of sy gevolmagtigdes ... 'n redelike reg van toegang [sal] hê tot en oor die Dienende

eiendomme vir die uitoefening van gemelde serwituutreg” (6I). Op die oog af sou veral laasgenoemde klousule die indruk kon wek dat die eienaar van die heersende erf in wese geen vermindering van sy oorspronklike bykomende bevoegdhede hoef te ervaar het nie – en dit is waarskynlik hierdie persepsie wat hom daartoe gedryf het om in hierdie verband die onderhawige geding aan te knoop.

Na sluiting van die serwituutskeppende ooreenkoms het die appellant skynbaar eers ten volle besef wat die implikasies van sy “goeie buurmanskap” was (vgl 7H). Ten spyte van die bovermelde bepalings van die serwituutskeppende ooreenkoms en notariële akte, was hy steeds van mening dat die primêre verantwoordelikheid ten opsigte van die onderhoud en instandhouding van die betrokke waterleiding sy eie was en dat die enigste “redelike basis” (8D) waarop hy gevolg hieraan sou kon gee, daarin bestaan het dat die eienaar van die dienende erf ’n strook van een meter weerskante van die roete van die waterleiding sou moes skoonmaak (in geheel dus ’n strook van 2 meter langs die waterroete) ten einde aan hom en sy werkers toegang daartoe te verleen. Hy het aangevoer dat sodanige optrede noodsaaklik was, omdat daar nie van hom verwag kan word om van die Trust afhanklik te wees wanneer daar ’n probleem met die watervloei in die pype ontstaan nie, veral omdat die verantwoordelike trustee dikwels afwesig is en ’n probleem sou kon ontstaan omdat die werkers op die dienende grondstuk nie noodwendig betyds sou optree ten tye van ’n krisis nie (8E). Dit is begryplik dat die respondent traag sou wees om aan sodanige versoek gehoor te gee, gesien die finansiële implikasies van die verwydering van soveel wingerdstokke. (Indien enige van die tradisionele plantmetodes, te wete die “6 by 4” of “8 by 3” (verwysend na voet) waarvolgens die ou wynboere hul wingerde aangeplant het, gevolg sou word, beteken dit dat daar ten minste 266 en hoogstens 399 wingerdstokke uitgekap sou moes word – wat beslis tot ’n aansienlike produksieverlies sou bydra.)

Ten einde sy serwituut, met inbegrip van die normale bykomende bevoegdhede daaraan verbonde, af te dwing, het die appellant die hof *a quo* genader om ’n bevel dat

“die Trust die regte van die applikant, voortspruitende uit die serwituutooreenkoms en die daaropvolgende serwituutakte eerbiedig *en in die besonder dat die Trust gelas word om die aangeplante wingerd, opleipale en opleidrade oor ’n strook een meter weerskante van die nuwe ondergrondse pypleiding ... te verwyder sodat die appellant en sy werkers vryelik langs die roete kan beweeg in die uitoefening van sy serwituut* (5B-C, eie kursivering).

In die hof *a quo* het waarnemende regter Olivier beslis dat die serwituutooreenkoms op ’n novasie van die oorspronklike regsverhouding tussen die eienaars van die heersende en dienende erwe neergekom het en dat die swaartepunt waarom die hele geskil gedraai het die inhoud van die appellant se “redelike reg van toegang” ingevolge die serwituutakte was. Suiwer op grond van die reëls ten aansien van die uitleg van (serwituut)ooreenkomste is die applikant se aansoek van die hand gewys, omdat die hof van oordeel was dat hy geen nadeel gely het nie weens die feit dat die Trust vrywillig *alle* onderhoudsverpligtinge oorgeneem het (8B-C).

Appèlregter Malan (met wie ar Brand, Heher en Snyders en war Plasket saamstem) sluit hierby aan deur te bevind dat die appellant nooit sy toegangsbevoegdhede ontsê is nie en dat sodanige bevoegdhede deur klousule (f) van die serwituutakte, wat vir ’n “redelike reg van toegang” voorsiening maak, bevestig is (11B). Vir hom is die kardinale punt van beslissing derhalwe ook die inhoud van die “redelike” reg tot toegang, soos deur die serwituutakte bevestig (11C en I). In die lig van die omringende omstandighede, onder andere dat die appellant in die periode 2002 tot 2010 die pypleiding nie ’n enkele keer besoek het nie en dat daar geen aanduiding

bestaan het dat die Trust nie sy kontraktuele onderhoudsverpligtinge sou nakom nie, kom die hof vervolgens tot die gevolgtrekking dat “dit nie nodig [is] om oor ’n twee meter wye toegangspad soos deur die appellant aangevra deur die Trust se wingerd te beskik nie” (11J) en dat daar “gevolglik geen noodsaaklikheid [is] om aan die appellant die gevraagde regshulp te verleen nie” (12E). Die appèl word derhalwe van die hand gewys.

3 Kritiese evaluering

3.1 Uiteensetting van bepaalde algemene regsbeginsels aangaande waterleiding

Die hof verskaf ter aanvang ’n bondige uiteensetting van dié grondbeginsels van erfdiensbaarheid wat in die onderhawige geval besonder toepaslik is (par 13). Eerstens word die inhoud van die serwituut van waterleiding, waaroor dit hier handel – te wete “om water oor die dienende eiendom na die heersende eiendom te lei” (8F) – beklemtoon, kennelik om dit te onderskei van dié van mindere omvang, te wete ’n serwituut van waterhaling (*aquaehaustus*) wat daarop neerkom dat die eienaar van die heersende grondstuk water uit ’n bron op die dienende eiendom kan haal en dan per hand of waterkar na die heersende eiendom kan oorbring (sien veral Van der Merwe 492).

Tweedens vermeld die hof die feit dat een van die inhoudsbevoegdhede van die eienaar van die heersende grondstuk by waterleiding daarop neerkom dat hy of sy die waterleiding (hetsy ’n oop leivoor of pyp) in stand kan hou, wat uiteraard die verdere bevoegdheid omvat om die dienende erf vir dergelike doeleindes te betree (8F-9A). Die gesag wat die hof van die grootste belang hiervoor ag, is die ou Kaapse saak *Retief v Louw* ((1874) 4 Buch 165), waar regter Cloete, sonder om na bepaalde gemeenregtelike gesag te verwys, waarskynlik omdat die beginsel gemeenregtelik so goed gevestig is, kort en kragtig as uitgemaakte reg verklaar dat “when a servitude has been conceded everything necessary to give effect to the enjoyment of that right must also be held to have been granted” (192). Die verdere verwysing na *Hawkins v Munnik* ((1830) 1 Menz 465) as gesag hiervoor is nie al te toepaslik nie, aangesien daardie saak om waterhaling (*aquaehaustus*) gedraai het, waar die toegangsreg uiteraard inbegrepe is as inherente onderdeel van die fundamentele serwituut, waar dit om waterhaling (“per hand of per waterkar”, om Van der Merwe se woorde te besig) gaan, welke reg hoegenaamd nie ter sprake kan kom sonder dat die dienende erf betree word nie. Laasgenoemde blyk heel duidelik uit De Groot (*Inleidinge tot de Hollandse Rechtsgeleerdheid* 2 35 13) waar hy ten aansien van waterhaling die volgende opmerk: “in welke dienstbaarheid ook het recht van voet-pad is begrepen ...”, terwyl hy hom nie in dieselfde terme aangaande waterleiding uitlaat nie. Die laaste gesag waarna die hof in hierdie verband bewys, is *Steyn v Zeeman* ((1903) 20 SC 221), waar hoofregter De Villiers op sy kenmerkende wyse, na ondersoek van die ou bronne, ’n algemene stelling maak. In hierdie geval was die erfdiensbaarheid van *aquaeductus* die onderwerp van litigasie, dog dit het die regter nie daarvan weerhou om die bykomende bevoegdhede van ’n houër van sodanige serwituut soos volg te omskryf nie:

“All the authorities lay down clearly that where servitude (*sic*) has been created the owner of the dominant tenement has all those rights without which it is impossible for him to enjoy his servitude, and the illustrations given by the authorities show what is meant. The first illustration given is where a person has the right to take water from a well. It is understood that he has a right of way to the well” (duidelik ’n verwysing na De Groot 2 35 13 – 224).

Die hof volg hierdie verwysings na regspraak op met 'n verwysing na 'n heel tersaaklike Romeins-Hollandse bron, te wete Voet *Commentarius ad Pandectas* 8 4 16, waar hierdie vooraanstaande ou skrywer hom in die besonder oor die omvang van die houer van 'n serwituut van waterleiding se bybehorende bevoegdheid tot betreding van die dienende erf uitgelaat het. Besonder relevant ten opsigte van die feite van die onderhawige geval, is die wyse waarop die besondere teks, waarin die bevoegdhede van die houer van 'n serwituut van *aquaeductus* saamgevat word, afgesluit word: “[U]sque adeo, ut refectionis gratia accedendi etiam ad ea loca, quae non serviant, ipsi fabrique ejus, qua proxime posit, facultas competat” (deur die hof aangehaal (9 n 4) in die vorm van Gane se vertaling: “This is so much so that he [te wete die eienaar van die heersende grondstuk] and his workmen enjoy the power to go for the purpose of repair by the nearest possible way even to places which are not under the servitude”).

Ten derde beklemtoon die hof die feit dat daar gemeenregtelik geen herstel- of instandhoudingsplig op die eienaar van die dienende erf rus nie (9A). Met verwysing na Voet 8 4 17 en *Cillie v Geldenhuys* (2009 2 SA 325 (HHA) par 10) word daarop gewys dat die wese van die verpligting van sodanige eienaar van die dienende eiendom daarop neerkom dat die uitoefening van die serwituutbevoegdhede verduur (gedoog) moet word. Hierdie wesenskenmerk van serwitute is reeds in die klassieke Romeinse reg gevestig en word weerspieël in Pomponius se teks *D* 8 1 15 1: “Servitutum non ea natura est ut aliud faciat quis ... sed ut aliud patiatur aut non faciat.” Hierdie ietwat omslagtige uiteensetting word normaalweg in die vorm van die volgende kort spreuk weergegee: “Servitus in faciendo consistere nequit” ('n serwituut kan nie uit 'n positiewe handeling bestaan nie). (Sien ook Voet 8 4 17; Van Leeuwen *Censura Forensis* 1 2 14 42 en Huber *Heedensdaegse Rechtsgeleertheit* 2 43 4-6.) Alle handboekskrywers is dit tans eens dat dit nog steeds as een van die kernkenmerke van enige serwituut voortbestaan (sien bv Van der Merwe 471 ev; Van der Merwe en De Waal 465-467 en verdere gesag in n 1 aangehaal; Sonnekus en Neels *Sakereg Vonnisbundel* (1994) 579 ev; Erasmus, Van der Merwe en Van Wyk *Lee and Honoré: Family, Things and Succession* (1983) 304; Badenhorst, Pienaar en Mostert 324-325; Mostert, Pope ea *Die Beginsels van die Sakereg in Suid-Afrika* (2010) 270-272).

Ten slotte vermeld die hof die beginsel dat serwituutbevoegdhede *civiliter modo* (op redelike wyse), “met so min moontlik inbreuk op die regte van die eienaar van die dienende eiendom”, uitgeoefen moet word (9B). Die enigste kritiek wat op die formulering van hierdie algemeen aanvaarde beginsel ingebring kan word, is van “akademiese” aard: dit sou beter gewees het om na óf die “reg”, óf die “bevoegdhede” van die eienaar van die dienende erf te verwys – met “reg” verwysende na die serwituut as *ius in re aliena* as sodanig, terwyl “bevoegdhede” suiwerder sou verwys na die inhoudsbevoegdhede ingevolge sodanige serwituut. Met die gebruik van die woord “regte” in hierdie verband, verrys die bedenkbare denkbeeld van 'n serwituut as 'n “bondeltjie regte”, soortgelyk aan regterlike uitsprake uit die verlede waarin daar soms in dergelyke terme na eiendomsreg verwys is (vir kritiek op dié benaderingswyse, sien Van der Merwe 174; sien verder Mostert, Pope ea 103). Die *civiliter modo*-, oftewel redelikeheidsvereiste, ten aansien van die uitoefening van 'n serwituut word as gevestigde eienskap erken (Van der Merwe 466 n 50 verskaf 'n ellelange lys van gemeenregtelike gesag, strekkende vanaf *D* 8 1 9 en 8 3 21, 22 tot by een van die laaste Romeins-Hollandse outeurs, Van der Keessel *Praelectiones ad Grotii Introductionem* 2 35 6, asook van regspraak en moderne skrywers). Hierdie vereiste steek gereeld kop uit wanneer die hof aan die hand van die besondere feite en omstandighede van 'n geval 'n waarde-oordeel moet vel oor wat redelik en billik

is (sien by *Joel v Nobre* saak nr 2384/2010 (WKK) (ongerapporteer) en *Jersey Lane Properties (Pty) Ltd t/a Fairlawn Boutique Hotel & Spa* saak nr A5030/11 (SGJ) (ongerapporteer)).

Daar word aan die hand gedoen dat appèlregter Malan se beknopte uiteensetting van hierdie wesenskenmerke en -vereistes van die grondserwituut van waterleiding 'n getroue weergawe van die huidige regsposisie is en as noodsaaklike agtergrond dien vir sy verdere uiteensetting en oplossing van die problematiek wat met die onderhawige geval verband hou.

3.2 Kom die nuwe serwituutooreenkoms op 'n “novasie” of blote wysiging van die oorspronklike serwituut neer?

Appèlregter Malan verwys na die twee voorafgaande uitsprake van die Wes-Kaapse hoë hof, Kaapstad, waarin hy eerstens regter Blignault se beslissing in hierdie verband soos volg weergee:

“[D]ie reg van toegang tot die serwituut van waterleiding [is] nie 'n onafhanklike reg ... wat in vacuo bestaan nie maar 'n aanvullende reg ... wat die eienaar van die heersende reg (*sic*) in staat stel om die serwituut effektiewelik (*sic*) te benut. Hy het verder beslis dat die oorspronklike toegangsreg onlosmaaklik aan die oorspronklike serwituut verbonde was en dat die [latere] serwituutooreenkoms van 2003 'n novasie van die oorspronklike verhouding behels het. Die appellant se toegangsreg, na wysiging van die serwituut, kleef nou aan die serwituutooreenkoms en vervang die oorspronklike toegangsreg” (7B).

Die hof verwys vervolgens na die latere uitspraak van waarnemende regter Olivier en parafraseer die toepaslike gedeelte daarvan soos volg: “Hy beslis verder, soos Blignault R, dat die serwituutooreenkoms 'n novasie van die vorige regsverhouding bewerkstellig het. Die werklike geskilpunt gaan oor die inhoud van die appellant se redelike reg van toegang oor die dienende eiendom vir die uitoefening van sy serwituut” (7I).

Die gevolgtrekking wat appèlregter Malan bereik, verskil egter op hierdie punt van dié van albei die regters in die Kaapse hoë hof:

“Ek stem saam ... dat die serwituutooreenkoms en -akte nie 'n novasie van die oorspronklike serwituut behels nie maar slegs 'n wysiging daarvan is. Dit blyk uit die aanhef van die ooreenkoms waarin daar na die heersende eiendom se 'ewigdurende serwituutreg van waterleiding deur middel van pypeleidings in 'n sementsloot' ... op die sketskaart verwys word ... Dit gaan gevolglik om die 'verskuiwing' van dieselfde serwituut om 'n ander roete te volg en ook die wysiging van die wyse waarop die water sou vloei: nie meer deur pype in 'n sementsloot nie, maar ondergronds” (9E-10A).

Hierdie aanhalings regverdig enkele kritiese opmerkings. Wat die parafrase van regter Blignault se beslissing betref, moet daarteen gewaak word om die inhoudsbevoegdheid van 'n serwituut soos dié van waterleiding as 'n “aanvullende reg” te tipeer, omdat dit weer eens die denkbeeld van 'n serwituut as “bondeltjie regte” skep (sien § 3.1 hierbo). Waar appèlregter Malan egter sy eie standpunt in hierdie konteks stel (10C), verwys hy suiwerder na “aanvullende bevoegdheid”.

Wat die denkbeeld van novasie, oftewel skuldvernuwing, in hierdie konteks betref, word in oorweging gegee dat aanwending van hierdie verbintenisregtelike begrip in die huidige konteks onvanpas is. Christie en Bradfield (*Christie's Law of Contract in South Africa* (2011) 466) omskryf novasie korrek as “replacing an existing obligation by a new one, the existing obligation being thereby discharged”, wat aansluit by die suiwere uiteensetting van waarnemende appèlregter Trengove:

“*Novatio voluntaria*, voluntary novation, has its origin in contract. Novation, in this sense, is essentially a matter of intention and *consensus*. When parties novate they intend to replace a valid contract by another valid contract ...” (*Swadif (Pty) Ltd v Dyke* 1978 1 SA 928 (A) 940G).

In die onderhawige geval was die vraag in beginsel of die oorspronklike serwituut van *aquaeductus* vervang is deur ’n nuwe serwituut van *aquaeductus* – dus, of een saaklike reg verval het en ’n ander saaklike reg in die plek daarvan tot stand gekom het. Die objek van albei dusdanige saaklike regte is uiteraard ’n *res aliena* (stoflike saak), en geen prestasie ingevolge ’n ooreenkoms, soos in die tipiese skuldvernuwingsscenario waar die oorspronklike prestasie verval en daar ’n nuwe prestasie in die plek daarvan gestel word nie. Die feit dat die serwituut sy oorsprong in kontrak het, doen hieraan geen afbreuk nie. Die objek bly ’n saak.

’n Mens kan jou nou afvra waarom die sogenaamde “novasiekwessie” in die eerste plek soveel prominensie geniet het. Heel waarskynlik was die gedagtepatroon van die regters in die howe *a quo* dat indien die waterleidingserwituut steeds die oorspronklike was, die hof gevolg sou moes gee aan die normale konsekwensies daarvan, wat dan die behoud van die normale bykomende bevoegdhede sou impliseer – te wete dat die eienaar van die heersende erf dan nog steeds in ooreenstemming met die gemeenregtelike reëling op die naaste toegang tot die waterleiding sou kon aanspraak maak. (Hierdie gedagte vind uitdrukking in dié gedeelte van appèlregter Malan se parafrase (in die eerste aanhaling hierbo) waar hy verklaar “dat die oorspronklike toegangsreg onlosmaaklik aan die oorspronklike serwituut verbonde was” en dit dan opvolg met die verklaring dat “[d]ie appellante se toegangsreg, na wysiging van die serwituut, ... nou aan die serwituutooreenkoms [kleef] en ... die oorspronklike toegangsreg [vervang]”). Dan sou daar geldigheid in die betoog steek dat die “redelike reg van toegang” ingevolge die latere serwituutakte niks meer as ’n (onnodige) bevestiging daarvan inhou nie. Hul bevinding dat dit in die onderhawige geval eerder om ’n “novasie” van die “vorige regsverhouding” (die woorde van appèlregter Malan in die aangehaalde gedeeltes hierbo) gegaan het, het hulle kennelik laat redeneer dat mens in die lig van die positiewe verpligtinge wat daar kragtens die latere serwituutskeppende ooreenkoms op die eienaar van die dienende eiendom geplaas is, ’n ander (enger) uitleg aan die redelike reg van toegang kan heg. Dit verduidelik hoekom die eienaar van die heersende erf wat sy normale toegangsreg vrywillig ingevolge kontrak ingekort het, daarmee vir lief sou moes neem dat hy en sy werkers die pypleiding vervolgens slegs met ompaie sou kon bereik. Die uiteindelijke uitspraak van die Kaapse hoë hof ten gunste van die respondent bevestig inderdaad hierdie redenasiewyse.

Myns insiens sou dit egter tegniese-juridiese suiwerder wees om die tersake regspraak waarom dit hier gehandel het, liefs te formuleer as die vraag of die eienaar van die heersende erf van sy oorspronklike serwituut afstand gedoen het en in die plek daarvan ’n nuwe serwituut met die samewerking van die eienaar van die oorspronklike dienende eiendom tot stand gebring het. Afstanddoening is een van die geykte wyses waarop ’n grondserwituut beëindig kan word (sien Van der Merwe 537 en veral die gesag in n 603 aangehaal; Van der Merwe en De Waal 505 en veral die gesag in n 1 aangehaal). Indien hierdie as ’n moontlike geval van afstanddoening uitgelê sou word, sou mens trouens met uitdruklike afstanddoening by wyse van kontrak te make hê, en nie met stilswyende afstanddoening waar die party wat daarop staatmaak ’n swaar bewyslas dra om sodanige afstanddoening aan te toon nie. Hoe dit ook al mag sy, die hoogste hof van appèl handhaaf die oorspronklike serwituut en bevind dan op die feite dat dit gevolglik hier handel oor “die ‘verskuiwing’ van dieselfde serwituut om ’n ander roete te volg en ook

die wysiging van die wyse waarop die water sou vloei” (10B), nadat daar vroeër aangetoon is dat die werklike geskilpunt *in casu* wesenlik handel oor watter inhoud daar aan die appellant se “redelike reg van toegang” geheg moet word (7I). In die lig van laasgenoemde stelling is die afleiding onvermydelik dat die “novasie”- oftewel afstanddoeningskwessie as die spreekwoordelike windeier bestempel kan word.

3.3 Vasstelling van die omvang van die serwituuthouer se inhoudsbevoegdheid

Die hof wys (9B-C, met ’n beroep op die *Cillie*-saak par 10, *Texas Co (SA) Ltd v Cape Town Municipality* 1926 AD 467 475-476, *Nolan v Barnard* 1908 TS 142 152 ev en *Pieterse v Du Plessis* 1972 2 SA 597 (A) 599G-H) tereg daarop dat ten einde vas te stel wat die aard en omvang van die eienaar van die heersende erf se inhoudsbevoegdheid behels – en meer in die besonder sy bevoegdheid om toegang tot die dienende grondstuk te verkry – in die geval van ’n serwituut wat deur ooreenkoms ontstaan het, die ooreenkoms vertolk moet word, welke vertolking of uitleg ingevolge gewone uitlegsbeginsels moet geskied (met ’n beroep op *Van Rensburg v Taute* 1975 1 SA 279 (A) 301G-H). Die hof het in hierdie verband dus suiwer die beginsels van kontraksuitleg oorweeg en dit verduidelik dan ook die hof se beroep op sy vroeëre sleuteluitsprake oor kontraksuitleg, soos *KPMG Chartered Accountants (SA) v Securefin Ltd* (2009 4 SA 399 (HHA) par 39) en *Van der Westhuizen v Arnold* (2002 6 SA 453 (HHA) par 13, 22 en 23), om te bevind dat sowel die teks van die ooreenkoms as die samehangende feite oorweeg moet word en dat getuienis oor die samehang (omringende feite) waarin ’n ooreenkoms opgestel is, konserwatief toelaatbaar is om die betrokke dokument te identifiseer of die feitelike agtergrond daarvan te verduidelik (9C); asook om te verklaar dat getuienis oor samehang slegs toegelaat sal word indien albei die kontrakspartye van die relevante feite wat voor die hof dien, bewus was (9D). Hierdie deel van appèlregter Malan se uitspraak raak die serwituutreg *strictu sensu* derhalwe nie. Dit gaan hier bloot om vasstelling van die inhoud van die regte wat daar vir die huidige kontrakspartye as gevolg van hul kontraksluiting ontstaan. Die effek van registrasie en die uiteindelijke totstandkoming van ’n saaklike *ius in re aliena* met bepaalde inhoudsbevoegdheid wat teen die hele wêreld geld, wat die onderwerp van die reg insake serwitude is, word hier nie direk aangespreek nie.

Hierdie aspek van die uitspraak is van groot belang vir die kontraktereg as voorbeeld van hoe die afskaffing van die lastige onderskeid tussen agtergrond- en omringende omstandighede deur appèlregter Harms in die *KPMG*-saak, ten einde die toelaatbaarheid van eksterne feite as bewysmateriaal ingevolge die “parol evidence” – oftewel integrasiereël te bepaal, toepassing moet vind. In daardie uitspraak bepaal die hof:

“The time has arrived for us to accept that there is no merit in trying to distinguish between ‘background circumstances’ and ‘surrounding circumstances’. The distinction is artificial and, in addition, both terms are vague and confusing. Consequently, everything tends to be admitted. The terms ‘context’ or ‘factual matrix’ ought to suffice” (409J-410A).

Hutchison, Pretorius ea (*Kontraktereg in Suid-Afrika* (2010) 273 ev) wys daarop dat daar steeds nie algehele duidelikheid oor die inhoud van die begrippe “context” en “factual matrix” bestaan nie en dat die howe waarskynlik sal voortgaan om beperkings op die mondelinge bewys van die feitelike matriks te lê (sien verder die deeglike ontleding van hierdie reël in Christie en Bradfield 200 ev). Hulle wys daarop dat daar nog duidelikheid sal moet kom of, en in watter vorm, ons howe bewys van onderhandelings tussen die partye sal toelaat, wat sou behels

dat daar bewys aangevoer sal moet word van wat die kontrakspartye subjektief deur hul voorafgaande onderhandelings in die vooruitsig gestel het. Daar word aan die hand gedoen dat hierdie uitspraak as goeie voorbeeld dien vir die nuwe benadering. Die probleem waarmee die hof gekonfronteer is, is hoe om die presiese inhoud van die partye se inhoudsbevoegdhede en verpligtinge ingevolge die nuwe serwituutskeppende ooreenkoms en -akte te bepaal. Dit lei mens af uit wat die hof te sê het, na aanleiding van sy gevolgtrekking dat daar as gevolg van die nuwe ooreenkoms slegs 'n “verskuiwing” van die oorspronklike serwituut plaasgevind het:

“Dit volg egter nie hieruit, soos namens die appellant betoog is, dat die verskuiwing van die ou roete na die nuwe nie ook 'n wysiging van die aanvullende bevoegdhede wat die eienaar van die heersende eiendom toekom, meebring nie. ... Die vraag is dus om vas te stel wat die redelike reg van toegang vir die uitoefening van die serwituut ... behels” (10C-E).

Eerstens wys die hof daarop dat getuienis van die samehang waarbinne die ooreenkoms gesluit is, slegs toegelaat sal word vir sover die feite waarop daar gesteun word, *gemeensaak* tussen die partye was (10F). Vir die hof is die getuienis wat daar oor die aanplant van die nuwe wingerd en die verskuiwing van die roete en wyse van die waterleiding gelewer is, kennelik toelaatbaar, omdat appèlregter Malan uitdruklik sy goedkeuring heg aan die bevindings van die hof *a quo* dat sodanige eenstemmigheid wel by die partye bestaan het oor die Trust se voorneme om die “geheel van die blok wingerd te ontwikkel” (10G). Vir die hof hoef daar dus nie eenstemmigheid te bestaan oor die detail van die wyse van ontwikkeling nie, naamlik dat die nuwe aanplantings die pypleiding met 'n hoek van 90 grade sou sny nie.

Tweedens wys die hof daarop dat sodanige gevolgtrekking opsigselfstaande nie genoegsaam is nie: daar moet daarbenewens van die *doel* van die nuwe ooreenkoms kennis geneem word, naamlik om die roete van die waterleiding, asook die wyse daarvan te wysig (10H-J). Ofskoon die hof dit in hierdie konteks nie uitspel nie, is die onderliggende doel kennelik om die eienaar van die dienende erf in staat te stel om sy grond beter te benut deur meer wingerd aan te plant wat uiteraard tot 'n verhoging van produksie aanleiding sal gee, wat in ooreenstemming is met die beste ekonomiese doel en belang van eiendom (sien die latere verduideliking 11E-F). Dit verduidelik dan ook meteen waarom die Trust bereid was om die volle verpligting tot instandhouding en herstel van die nuwe pypleiding op hom te neem (uitgesonderd die koste verbonde aan die aankoop van nuwe pype om verweerde pype te vervang). Die fundamentele aard van hierdie wysiging wat deur die nuwe serwituutskeppende ooreenkoms en -akte teweeggebring is, word as sodanig pertinent deur appèlregter Malan aangestip:

“Hierdie bepalings behels 'n ingrypende wysiging van die gemeenregtelike bevoegdhede van die appellant. Die verpligting tot onderhoud en instandhouding van die serwituutwerke is nou nie meer die verantwoordelikheid van die serwituutnemer nie maar van die serwituutgewer, die Trust” (10J-11A).

Vervolgens wy die hof sy aandag aan die vraag na die eienaar van die heersende erf se toegangsreg. Ofskoon daar uitdruklik verklaar word dat die serwituutooreenkoms niks daaromtrent bevat nie, gee die hof onmiddellik te kenne dat daaruit nie afgelei kan word “dat die appellant sy toegangsbevoegdhede ontsê is nie” (11B). Hierdie afleiding kan sonder meer gesteun word, gesien die gemeenregtelike erkenning van alle bykomende bevoegdhede gerig op die doeltreffende uitoefening van 'n

serwituut van waterleiding. As aanloop tot sy uiteindelijke bevinding, maan die hof egter onmiddellik:

“Dit volg egter nie dat die inhoud van die appellant se toegangsbevoegdhede onveranderd gebly het nie. Omstandighede het immers verander en gevolglik moet inhoud aan die ‘redelike reg van toegang’ soos dit deur die serwituutakte in die vooruitsig gestel word met inagneming van die veranderde omstandighede bepaal word” (11B-C).

Selfs by ontstentenis van die uitdruklike verlening in die serwituutakte van die “redelike reg van toegang”, sou die hof steeds verplig wees om, ter bepaling van die partye se regte en verpligtinge ingevolge hul ooreenkoms, ’n evaluasie van sodanige toegangsreg te gee, eenvoudig omdat dit gemeenregtelik bestaan. Die insluiting van die klousule rakende die redelike toegangsreg is ’n voorbeeld van hoe daar tipies *ex abundantia cautela* vir hierdie soort bevoegdheid wat reeds bestaan, nogeens voorsiening gemaak word. Ten einde die inhoud van die veranderde toegangsreg te bepaal, stel die hof die volgende oorwegings aan die orde:

- (a) Die oorname deur die eienaar van die dienende erf van die “onderhoudsverpligtinge” ten aansien van die waterleiding speel volgens die hof ’n deurslaggewende rol (11E). Insiggewend ten aansien van die regter se redenasiewyse is sy stelling dat die eienaar van die heersende erf “van die verpligting om die pyleiding te onderhou, onthef [is]”. Nou kan mens jou met reg afvra of dit werklik hier om ’n verpligting in tegnies-juridiese sin gaan. ’n Verpligting veronderstel tog logieserwys dat ’n mens iemand anders ’n prestasie verskuldig is, welke ander persoon in die huidige konteks ontbreek: ’n mens kan tog nie teenoor jouself iets verskuldig wees nie. Wat myns insiens in werklikheid hier plaasgevind het, is dat die eienaar van die heersende erf (kontraktueel teenoor die Trust) van sy bevoegdheid om die pyleiding te onderhou deur toegang daartoe langs die naaste roete te verkry, *afstand gedoen* het. Die blote feit dat die uitoefening van sodanige bevoegdheid vir die reghebbende koste mag meebring, omtower sy bevoegdheid geensins in ’n verpligting nie. Die onderneming van die Trust om, atipies wat grondserwiture betref, die onderhoudsverpligting ten opsigte van die waterleiding op hom te neem, pas as teenprestasie juridies beter in die konstruksie van afstanddoening wat so pas geskets is (waarmee allermens bedoel word dat die appellant ook namens regsopvolgers afstand gedoen het).
- (b) In die lig van die Trust se positiewe onderhoudsverpligting is die enigste rede volgens die hof waarom die appellant in sy hoedanigheid as heersende eienaar toegang tot die dienende grondstuk sou wou verkry, om ’n enkele sluis te inspekteer. Ten einde dit te kan doen, bevind die hof die bestaande pad toereikend, veral as die omringende omstandighede dat die Trust ’n hek in die grensdraad aangebring het om sodanige toegang te vergemaklik en daarbenewens die sleutel van die hekslot asook ’n fiets ter beskikking van die serwituuthouer gestel het (ofskoon laasgenoemde nie van hierdie aanbiedinge gebruik gemaak het nie (11F-G)).
- (c) Vervolgens konsentreer die hof op die potensiele posisie indien daar ’n onderbreking in die appellant se watervoorsiening sou voorkom wat hy nie self deur middel van toegang tot die vermelde sluis sal kan herstel nie. Daar word eenvoudig verklaar dat die positiewe verpligting wat die Trust as dienende eienaar op sigself geneem het om enige herstelwerk te rig, voldoende is. Vir die hof speel die feit dat daar geen getuienis gelewer is om aan te toon

- dat die Trust nie in staat of bereid is om hierdie verpligting na te kom nie, ’n ondersteunende rol (11H).
- (d) Die hof beklemtoon verder enersyds dat hierdie omstandighede geensins daarop dui dat die appellant sy toegang tot die dienende erf ontsê is nie, en andersyds dat hy nog steeds (ingevolge die serwituutakte) redelike toegang tot die dienende erf het, welke redelike toegang nie die toestaan van die gevraagde pad van twee meter breed langs die bestaande roete van die pypleiding regverdig nie (11H-I).
- (e) Ofskoon die hof met ’n beroep op *Penny v Brentwood Gardens Body Corporate* (1983 1 SA 487 (K) 490H) toegee dat die feit dat die heersende eienaar sy regte selde of nooit uitoefen nie, nie ’n invloed op die bestaan van die serwituut uitoefen nie, word daar te kenne gegee dat “[d]ie wyse waarop hulle uitgeoefen word ... egter ’n aanduiding [kan] gee van wat die redelike uitoefening van die bevoegdhede wat deur die serwituut verleen word, behels” (11J-12A). Die res van die paragraaf (par 20) wy die hof aan die ontleding van getuienis waaruit die versuim van die heersende eienaar om van sy toegangsreg gebruik te maak, duidelik blyk. Hierdie stelling behoort eng uitgelê te word met spesifieke verwysing na die vasstelling van die eienaar van die heersende grondstuk in die onderhawige saak se bevoegdhede ingevolge sy afsprake met die eienaar van die dienende eiendom. Allermens moet die algemene vereiste dat ’n serwituut redelik (*civiliter modo*) uitgeoefen moet word, aangewend word as aanduiding dat die serwituuthouer van enige van sy normale serwituutbevoegdhede (met inbegrip van bykomende bevoegdhede) afstand gedoen het. (Dié feit word trouens in die *Penny*-saak beklemtoon waar r Van den Heever gewaarsku het dat “[c]ivility is not in law synonymous with a waiver of one’s rights” – 491B.) Moontlik sou appèlregter Malan hier meer gepas na *Sussman v Stabilis Trust Finansiërders (Edms) Bpk* (1970 3 SA 58 (O) 60E-F) kon verwys het, waar daar bevind is dat die *civiliter modo*-vereiste inhou dat ’n heersende eienaar wel onder sekere omstandighede tevrede behoort te wees dat sy bestaande bevoegdhede ingekort word (van welke bevinding r Van den Heever haar tereg uitdruklik in die *Penny*-saak (491D) distansieer). (Sien verder Sonnekus en Neels 575-576; Van der Merwe 1983 *Annual Survey* 242-243.)

Die hof is uiteindelik in die lig hiervan van oordeel dat die appellant geen saak uitgemaak het om die gevraagde regshulp te regverdig nie. Wat die regsposisie van die gedingvoerende partye teenoor mekaar betref, verdien hierdie bevinding steun: dit gaan immers daaroor dat dit die eienaars van die heersende en dienende grondstukke vrystaan om hul bevoegdhede en verpligtinge *inter partes* kontraktueel vas te stel, al sou dit ’n afwyking van die normaaltipe wees. In wese het die hof niks anders gedoen as om die gedagte-inhoud van die kontrakterende partye te bepaal na aanleiding van die normale beginsels wat by die uitleg van kontrakte van toepassing is nie. Soos aanstons aangetoon sal word, kom dit meermale voor dat die eienaar van ’n dienende eiendom om verskeie redes daartoe bereid is om positiewe verpligtinge kontraktueel te aanvaar en sodoende die normale passiwiteitskenmerk van die betrokke serwituut oorboord te gooi.

3.4 Die posisie van regsopvolgers

Ofskoon die regsposisie van opvolgers in titel van sowel die eienaar van die heersende as dienende grondstukke in die onderhawige saak nie te berde gebring is nie, is dit beslis van groot praktiese belang, gesien die ewigdurende aard van grondserwite.

Daar bestaan tans geen enkele Suid-Afrikaanse handboek of kommentaar oor die serwitutereg waarin die regsposisie van regsopvolgers van die eienaar van 'n dienende eiendom wat hom in stryd met die passiwiteitsbeginsel tot positiewe verpligtinge teenoor die eienaar van die heersende erf verbind het, aangespreek word nie. Die twee ou teenstrydige sake wat telkens die onderwerp van bespreking vorm, is *Schwedhelm v Hauman* (1947 1 SA 127 (OK)) en *Van der Merwe v Wiese* (1948 4 SA 8 (K)), terwyl die latere uitspraak in *Low Water Properties (Pty) Ltd v Wahloo Sand CC* (1999 1 SA 655 (SOK)) waarin die *Schwedhelm*-saak nagevolg is, ook soos klokslag in publikasies wat na 1999 verskyn het, onder die loep geneem word. (Sien onder andere Hall en Kellaway *Servitudes* (1973) 7-8; Van der Merwe 474 ev; Sonnekus en Neels 579-583; Badenhorst, Pienaar en Mostert 324-325; Mostert, Pope ea 270-273; Van Schalkwyk en Van der Spuy *Algemene Beginsels van die Sakereg* (2012) 243-246; Van der Merwe en De Waal 466-467 en veral bykomende akademiese gesag in n 1 aangehaal; Cloete "Law of property" 1947 *Annual Survey* 38-39; Hahlo "Law of property (including mortgage and pledge)" 1948 *Annual Survey* 93-95; Jordan "Praedial servitudes: the imposition of positive duties upon the servient owner" 1958 *SALJ* 181; De Waal "Die passiwiteitsvereiste by grondserwitute en die skepping van positiewe serwitutverpligtinge" 1991 *TSAR* 233; Van der Merwe en Pienaar "Law of property" 1999 *Annual Survey* 287-290.)

Indien die feite in die onderhawige saak aangepas sou word in die sin dat eiendomsreg van die dienende grondstuk aan 'n regsopvolger oorgedra sou word, sou dit volledig in ooreenstemming met die breë feite van die drie pasvermelde sake wees (waar daar ooreenkomste bestaan het dat die eienaars van die dienende eiendomme waterleidings positief in stand moes hou en selfs in sekere gevalle water moes verskaf aan die heersende eiendomme) en om daardie rede is die debat in die konteks van daardie uitsprake beslis ter sake. In 'n bespreking van hierdie aard is dit uiteraard nie gepas om *de novo* 'n oorsig van alle kritiek, negatief sowel as positief, oor die vermelde sake te verskaf nie. Enkele hoofmomente sal vervolgens aangestip word:

- (a) Die oorgrote meerderheid kommentators spreek hul ten gunste van die *Schwedhelm*-beslissing uit, waarin die hof bevind het dat ofskoon die bepaling waarin positiewe verpligtinge op die eienaar van die dienende eiendom geplaas is, geregistreer is, dit nie daartoe aanleiding gegee het dat die reghebbende (eienaar van die heersende grondstuk) se persoonlike reg op prestasie tot 'n saaklike reg verhef is nie en as sodanig dus nie teen die dienende eienaar se regsopvolger afdwingbaar is nie. Dit is trouens vandag alomaanvaarde reg dat registrasie van 'n vorderingsreg dit nie in 'n saaklike reg omtower nie. In die *Schwedhelm*-beslissing is daar verder beslis dat dit nie teen die openbare beleid is dat 'n dienende eienaar in sy persoonlike hoedanigheid positiewe verpligtinge teenoor die heersende eienaar op hom neem nie en dat daar derhalwe 'n afdwingbare ooreenkoms tussen hulle tot stand gekom het (soos trouens in die saak onder bespreking). Van der Merwe en De Waal spel die effek hiervan duidelik uit:

"The result is that only the party who initially undertakes to perform these positive duties will be *contractually* bound to do so and that the positive obligation will not devolve as part of the servitude on the successive owners of the servient land. A subsequent purchaser of the servient land will thus only be bound if he or she expressly assumes these obligations" (466).

Les bes bevind die hof dat die kennisleer geensins toepassing kan vind ten einde die dienende eienaar se opvolger in titel te bind nie.

- (b) Regter Fagan het in *Van der Merwe v Wiese* bevind dat die formulering van die passiwiteitsbeginsel in D 8 1 15 1 bloot 'n riglyn ter opheldering en aanwending van serwitute is en geen onwrikbare reël daarstel nie, met die gevolg dat dit nie in die weg staan van die registrasie van regte waarin die teenparty as dienende eienaar alle regsopvolgers bind nie (onder andere met 'n beroep op die erkenning in die Romeinse reg van grondserwitute waarin positiewe verpligtinge op die dienende eienaar erken is, te wete die *servitus oneris ferendi* en *servitus altius tollendi*). Hahlo is die eerste om tereg daarop te wys dat die regter se ontleding lynreg met erkende opvattinge oor die passiwiteitsvereiste bots, asook beleidsmatig geensins goedgepraat kan word nie. Dieselfde gedagtegang vind by bykans alle latere kommentatore inslag. Hahlo formuleer sy standpunt oortuigend soos volg:

“It is true that there are certain personal rights which, if registered, become real rights (see Section 102 of Act No 47 of 1937, *sub* ‘real right’). But this applies only to a few well-recognised categories of rights which, although essentially of a personal nature, are yet so intimately connected with the ownership of land that they have come to be regarded as registrable by custom and usage – *Ex parte Geldenhuys* 1926 OPD 155; *Registrar of Deeds (Transvaal) v The Ferreira Deep Ltd* 1930 AD 169, esp at 190. And it would be most unfortunate if burdens which are excluded from the category of servitudes should be admitted into the class of real rights *via* the backdoor of registration. It is a sound common-sense rule of Roman law that the circle of real rights must be narrowly circumscribed. Once personal rights are permitted to acquire the effect of real rights by registration, there is always the danger that, in the course of time, the ownership of land will become cluttered up with multifarious burdens of all kinds. The position thus created, while fertile ground for litigation, would not be in the interests of the community” (1948 *Annual Survey of South African Law* 94-95).

- (c) Nadat hierdie sake beslis is, is artikel 63(1) van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937 – wat die registrasie van vorderingsregte verbied – in 1973 (deur a 10 van die Algemene Regswysigingswet 62 van 1973) gewysig om in 'n voorbehoudsbepaling voorsiening te maak vir die registrasie van 'n reg of voorwaarde wat 'n positiewe verpligting op die eienaar van dienende eiendom plaas, indien “daardie voorwaarde aanvullend is tot of andersins diensbaar is aan 'n registreerbare voorwaarde of reg wat in dié akte vervat is of verleen word”. Die *communis opinio* is dat indien 'n persoonlike reg aldus geregistreer sou word, dit hoegenaamd nie die passiwiteitsbeginsel ondermyn nie, bloot omdat positiewe verpligtinge nie deur registrasie oordraagbaar (en dus saaklik) word nie (sien by Van der Merwe en De Waal 466; Van der Merwe en Pienaar 289).
- (d) In die *Low Water Properties*-saak was regter Liebenberg ingevolge die presedenteleer aan die volbankbeslissing in die *Schwedhelm*-saak gebonde en het hy derhalwe beslis dat die positiewe verpligtinge wat die eienaar van die dienende erf op hom geneem het nie op sy regsopvolgers oorgaan nie. Dit kom daarop neer dat die eienaar van die heersende erf in hierdie verband slegs 'n aanspraak op die kontrakterende dienende eienaar se positiewe prestasie gehad het, wat die tersake reg as 'n suiwer persoonlike reg tipeer. Hierdie uitspraak is veral van belang omdat dit die 1973-wysiging van artikel 63(1) van die Registrasie van Aktes Wet in perspektief plaas deur te verduidelik dat die wysiging ten doel gehad het dat die registrateur van aktes nie verhoed word om 'n akte te registreer, bloot weens die feit dat daar, benewens saaklike regte, ook persoonlike regte daarin beliggaam word nie. Die wysiging is dus primêr daarop gerig om die praktiese probleme die hoof te bied wat in sake soos dié van *Schwedhelm* en *Van der Merwe* opgeduik het – waar die beliggaming van

persoonlike regte in 'n akte waarin daar ook saaklike regte geformuleer is, die registrateur verhoed het om die betrokke akte te registreer. Voorts beslis die hof (op sterkte van die *Schwedhelm*-saak, *Lorentz v Melle* 1978 3 SA 1044 (T) en *Vansa Vanadium SA Ltd v Registrar of Deeds* 1997 2 SA 784 (T)) dat die kennisleer nooit in hierdie gevalle van toepassing sal wees nie.

- (e) Die feit dat die mees resente uitspraak in hierdie verband, te wete dié in *Low Water Properties (Pty) Ltd v Wahloo Sand CC*, die *Schwedhelm*-uitspraak steun, veroorsaak dat die oorgrote meerderheid kommentatore sonder meer aanvaar dat hierdie twee sake die huidige posisie korrek weergee en dat *Van der Merwe v Wiese* verkeerd beslis is. Ofskoon ek geneig is om hierdie mening te ondersteun, dien die aandag volledigheidshalwe op enkele afwykende stemme gevestig te word. Van der Merwe en Pienaar is glad nie daarvan oortuig dat die kennisleer nie dalk 'n rol in hierdie verband te vertolk het nie:

“Although it is understandable that the judge in *Low Water* was required to follow the decision in *Schwedhelm* because of the doctrine of precedent, it is submitted that if this case had been heard by the Supreme Court of Appeal it would have paid careful attention to *Van der Merwe v Wiese* and would probably have reached a different conclusion. In our submission it is arguable that registration per se did not turn the personal obligations we are concerned with here into real rights. However, the fact of registration, and the fact that the deeds in the Deeds Registry are considered public documents, must at least be taken to give implied knowledge to third parties that the property concerned is burdened with these obligations” (1999 *Annual Survey* 290).

De Waal (1991 *TSAR* 233 ev – wie se standpunt kernagtig en glashelder opgesom staan in *Sonnekus en Neels* 583) is kennelik simpatiekgesind teenoor die praktiese oorwegings wat in *Van der Merwe v Wiese* 'n rol gespeel het om regter Fagan daartoe te oortuig om erkenning te verleen aan die verpligting wat op die regsopvolger van die dienende eienaar gerus het om die positiewe verpligtinge van sy regsvoorganger teenoor die eienaar van die heersende erf oor te neem, ofskoon hy toegee dat die stelreël *servitus in faciendo consistere nequit* “volledig in die Suid-Afrikaanse reg geld” (247). Sy oplossing ten einde die bestaande reg meer in ooreenstemming te bring met die behoeftes van die praktyk (mens sou hier bepaaldelik na die moderne wynboupraktyk kon verwys, in die lig van die uitspraak tans onder bespreking), is dat daar 'n tweede voorbehoudsbepaling tot artikel 63(1) van die Registrasie van Aktes Wet gevoeg moet word, wat behoort te lui:

“... met dien verstande voorts dat waar 'n grondserwituut uitgeoefen word deur die gebruik van 'n aanleg of konstruksie op die dienende grondstuk, 'n serwituutbepaling geregistreer kan word ingevolge waarvan die eienaar van die dienende grondstuk die aanleg of konstruksie in ooreenstemming met die behoeftes van die eienaar van die heersende grondstuk in stand moet hou” (249).

Sonnekus en Neels (583) wys daarop dat sodanige bepaling byvoorbeeld daartoe aanleiding sal gee dat bepalinge soortgelyk aan dié wat in *Schwedhelm v Hauman* en *Van der Merwe v Wiese* omstrede was, aldus saaklike werking kan verkry. Gesien die datum van publikasie van hul werk, sou hierdie twee outeurs kennelik dieselfde mening gehuldig het wat *Low Water Properties (Pty) Ltd v Wahloo Sand CC* en die beslissing van die hoogste hof van appèl in die *Zeeman*-saak betref.

Die agterliggende *ratio* vir die huidige streng positiefregtelike behoud van die passiwiteitsbeginsel berus na my mening op gesonde beleidsoorwegings, naamlik die beskerming van eiendomsreg teen 'n oormaat beperkings, wat uiteindelik die verhandelbaarheid van grond as produksiemiddel nadelig kan raak. (Sien in die besonder in hierdie verband die agtergrond geskets deur De Waal “Die vereistes vir

die vestiging van grondserwitute: 'n herformulering" 1990 *Stell LR* 171 172-175, 183-184.) Ek vereenselwig my dus heelhartig met die gevolgtrekking van Badenhorst, Pienaar en Mostert – wat in wese nou aansluit by die kritiek wat Hahlo (1948 *Annual Survey* 94-95) op die beslissing in *Van der Merwe v Wiese* uitgespreek het: "It is nevertheless submitted that the ultimate disadvantages of a relaxation of this maxim [nl *servitus in faciendo consistere nequit*] will exceed the benefits thereof" (325).

4 *Gevolgtrekking*

Ofskoon hierdie uitspraak oënskynlik oor die tipiese inhoudsbevoegdheede van die houer van 'n grondserwituut handel en aldus eerstens die aandag van diegene met 'n belangstelling in die sakereg sal trek, is daar aangetoon dat dit in die onderhawige geval meer gaan om die vasstelling van die regte en verpligtinge ingevolge 'n kontrak tussen die eienaars van die heersende en dienende grondstukke. Die uitspraak is dus in wese meer relevant vir diegene wat hulle met die beginsels van kontraksuitleg bemoei. Diegene wat hul bepaaldelik in die beginsels van die reg insake grondserwitute verdiep, se belangstelling word duidelik eers geprikkel wanneer die hipotetiese posisie van die kontrakspartye se regsopvolgers voor die geestesoog geroep word. Dit is duidelik dat appèlregter Malan nie 'n woord hieroor geryp het nie, eenvoudig omdat sodanige feitelike gebeure nie voorhande was nie: 'n hof bepaal hom immers by die gedingvoerende partye en die tersake feite.

Tog bly die posisie van regsopvolgers relevant. Wat hou die toekoms vir sowel Zeeman as die Trust se regsopvolgers in? Positiefregtelik wil dit voorkom of ons howe geneig sal wees om die passiwiteitsbeginsel te handhaaf, alhoewel die enkele afwykende stemme uit akademiese geleedere beslis nie sonder meer in die wind geslaan kan word nie.

Ten slotte behoort daar egter toegegee te word dat dit hoogs onwaarskynlik is dat daar vanaf die kant van 'n nuwe dienende eenaar van die Trust se grondstuk enigins teen enige moontlike positiewe instandhoudingsverpligtinge ten opsigte van die waterleiding kapsie gemaak sal word, want dan sal sodanige eenaar hom volledig blootstel aan die uitoefening deur die eenaar van die heersende eiendom van die erkende bykomende bevoegdheid wat aan die serwituut kleef, naamlik om langs die kortste weg toegang tot die pypleiding te verkry, wat op sy beurt weer daartoe aanleiding sal kan gee dat 'n gedeelte van die wingerde op die dienende erf uitgekop sal moet word ten einde die vereiste toegang te verskaf. Gesien vanaf die kant van die eenaar van die heersende erf, mag daar dalk 'n groter gevaar vir die eenaar van die dienende erf (die Trust) of sy regsopvolger skuil: Sou daar 'n nuwe heersende eenaar te voorskyn tree wat geen sessie van Zeeman se vorderingsreg teen die Trust ontvang het nie, "herleef" die oorspronklike posisie waar die regsopvolger, as serwituuthouer, op alle bykomende bevoegdheede ter effektiewe uitoefening van sy reg op waterleiding aanspraak kan maak, wat uiteraard inhou dat die naaste roete na die pypleiding op die dienende grondstuk ter beskikking gestel moet word, wat weer eens die gewraakte vernietiging van die nuwe wingerdaanplantings sou kon meebring. Mens kan maar net die hoop uitspreek dat die goeie buurmanskap waarvan daar gewag gemaak is, tot in lengte van dae sal duur!

JOHAN SCOTT
Universiteit van Pretoria