




AKADEMIESE INLIGTINGSDIENS
TIPBOEDITTE
UNIVERSITEIT VAN PRETORIA

1995-05-08

VAKKODE. 340



Aan die Akademiese Inligtingsdiens ge-
skenk deur:
REGTER F.L.H. RUMPF
Maart 1995



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

TYDSKRIF VIR HEDENDAAGSE ROMEINS - HOLLANDSE REG

JOURNAL OF CONTEMPORARY ROMAN-DUTCH LAW

*Kwartaalblad vir die Regspraktisyn
en die Regstudent in Suid-Afrika*

REDAKTEUR WA JOUBERT
ASSISTENT-REDAKTEUR CWH SCHMIDT

REDAKSIEKOMITEE

- | | |
|--|---|
| PROF B BEINART, KAAPSTAD | PROF DR CWH SCHMIDT, PRETORIA
(SEKRETARIS) |
| PROF AC CILLIERS, PORT ELIZABETH | PROF DR SA STRAUSS, PRETORIA |
| PROF DR WOUTER DE VOS, KAAPSTAD | PROF JD VAN DER VYVER, POTCHEF-
STROOM |
| PROF DR JC DE WET, STELLENBOSCH | PROF JC VAN DER WALT, JOHANNES-
BURG |
| PROF DR R FEENSTRA, LEIDEN | ADV DR HJO VAN HEERDEN, BLOEM-
FONTEIN |
| ADV JC FERREIRA, PRETORIA | PROF JNR VAN RHYN, BLOEMFONTEIN |
| ADV DR CP JOUBERT SC, PRETORIA | PROF DR P VAN WARMELO, PRETORIA |
| PROF DR DJ JOUBERT- BELLVILLE | PROF R VERLOREN VAN THEMAAT,
PIETERSBURG |
| PROF DR WA JOUBERT, PRETORIA
(VOORSITTER) | |
| PROF DR D PONT, KAAPSTAD | |

SES-EN-DERTIGSTE JAARGANG 1973

36

DURBAN
BUTTERWORTH & CO (SOUTH AFRICA) LTD
1973

Register

Opgestel deur

JJ Joubert

A ARTIKELS

BLADSY

BARRIE, GN: The Third Law of the Sea Conference: a preview of some of the issues	23
BOOYSEN, H: Admiraliteitshoue in die Suid-Afrikaanse reg	241
FINDLAY, GEORGE: The Water Act and private water	140
JOUBERT, DJ: Die markprysreël	46
MALAN, FR: Die nemer as reëlmatige houër	1
MCQUOID-MASON, DJ: Emotional shock - why the Cartesian distinction?	115
PONT, D: Erkenning van 'n Suid-Afrikaanse egskeidingsvonnis in Nederland	233
PRETORIUS, HN & VAN DER VYVER, JD: Artikel 84 van die Insolvensiewet	396
RAUTENBACH, IGNUM: Aspekte van die beskerming van staatsveiligheid in Israel en die Republiek van Suid-Afrika	211
ROWLAND, CJ: Aspects of the law governing contingencies for which the testator has not provided	63, 147, 274
SPIRO, ERWIN: Contribution towards costs	260
VAN DER MERWE, CG: Die <i>actio de pastu</i>	105
VAN DER MERWE, SWJ: Aspekte van die risikobegrip in die versekeringsreg	371
VAN DER VYVER, JD: Regsubjektiwiteit	266
VAN DER WALT, CFC: Wat word van die nadeelvereiste by bedrog en by estoppel?	386
VAN RENSBURG, ADJ: Die Wet op die Verkoop van Grond op Afbetaling	340

B AANTEKENINGE

DELPORT, JT: "Adverse user" en die nuwe Verjaringswet	289
FLEMMING, HCJ: Die praktisyen en hoë regskoste	70
JOUBERT, DJ: Blanco spasies	285
JOUBERT, DJ: Hofbevele ten opsigte van bates voor rehabilitasie verkry	412
JOUBERT, DJ: Probleme met vormvereistes	79
KLOPPER, CF: "Voorgeskrewe straf" in artikel 352(a)(2) van die Strafproseswet	417
NEETHLING, K: Regskoste in vergoedingsake voortspruitende uit onteiening	294
ROSSOUW, DJ: Die toepassing van artikel 205(1) van die Strafproseswet na aanleiding van <i>S v September</i> 1972 3 SA 389 (K)	161
SCOTT, SUSAN: Nalatige veroorsaking van pyn en leed - uiteindelik regsekerheid?	165
TALJAARD, LFJ: Beskerming van die minderjarige erfgenaam ingevolge art 43 van die nuwe Boedelwet	418

C VONNISSE

Bester v Commercial Union Versekeringsmaatskappy van SA Bpk 1973 1 SA 769 (A) deur J Neethling en JM Potgieter	175
Bester v Commercial Union Versekeringsmaatskappy van SA Bpk 1973 1 SA 769 (A) deur JD van der Vyver	169
Bulford v Bob White's Service Station (Pvt) Ltd 1973 1 SA 188 (RA) deur BJ van Jaarsveld	321
Caledon & Suid-Westelike Distrikte Eksekuteurskamer v Wentzel 1972 1 SA 270 (A) deur CG van der Merwe en J Neethling	86
Cargo Motor Corp Ltd v Tofalos Transport Limited and another 1972 1 SA 186 (W) deur AB Edwards	433
Collie v The Master 1972 3 SA 623 (A) deur Carmen Nathan en CJ Rowland	310
Holland v Holland 1973 1 SA 897 (T) deur Kobus van Rooyen	316

Mazza and another v Jones 1973 2 SA 740 (RA) deur Susan Scott	439
Minister of Forestry v Qathlamba (Pty) Ltd 1973 3 SA 69 (A) deur J Neethling en ADJ van Rensburg	427
NCS Plastics (Pty) Ltd v Erasmus 1973 1 SA 275 (O) deur JP de Bruin	318
S v Dube 1972 4 SA 515 (W) deur AJ Middleton	181
S v Nduneni 1972 3 SA 799 (K) deur CF Klopper	92
S v Pather 1973 3 SA 164 (N) deur CWH Schmidt	422
S v Rabson 1972 4 SA 574 (T) deur CR Snyman	185
Schultz v Potgieter 1972 3 SA 371 (OK) deur Carmen Nathan	190
Smith and Lardner-Bourke v Wonesayi 1972 3 SA 289 (RA) deur ADJ van Rensburg en J Neethling	301

D BOEKE

BEINART, B en VAN WARMELO, P: DG van der Keessel, Praelectiones ad jus criminale deur JC de We-	332
BROWNIE, IAN: Principles of public international law deur Marinus Wiechers	334
COOPER, WE: The South African law of landlord and tenant deur JC de Wet	331
ISAACS, JH: Beck's theory and principles of pleading in civil actions deur CF Eckard	201
KAHN, ELLISON: South African law of domicile of natural persons deur AH van Wyk	196
KASER, MAX: Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung deur David Pugsley	204
PRAKKE, L: Toetsing in het publiekrecht deur CWH Schmidt	101
RANDELL, GR EN BAX, KC: Municipal law in the province of the Cape of Good Hope South Africa deur DH van Wyk	445
RODGER, A: Owners and neighbours in Roman law deur Paul van Warmelo	206
SA RAAD VIR KINDERSORG: A guide to adoption practice deur AH Barnard	332
SCHMIDT, CWH: Bewysreg deur JJF Hefer	95
VAN DER VYVER, JD: Die juridiese funksie van staat en kerk deur FEO'B Geldenhyus	325
VAN EIKEMA HOMMES, HJ: De elementaire grondbegrippen der rechtswetenskap deur JD van der Vyver	97
VAN EIKEMA HOMMES, HJ: Hoofddlijnen van de geschiedenis der rechtsfilosofie deur JD van der Vyver	446

E KRONIEK

Butterworth-prys	104
Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte - vierde agtienmaandelikse kongres	103

F ALGEMEEN

Aan sy elele doktor LC Steyn	337
Briewe	450

G VONNISSE AANGEHAAL

I SUID-AFRIKAANSE

Acton v Lazarus	1927 EDL 367	46
(The) Administrator of the Transvaal v Industrial & Commercial Timber and Supply Co Ltd	1932 AD 25	154
Albert Falls Power Co (Pty) Ltd v Goge	1960 2 SA 46 (N)	291
Allen v Duke	1954 1 SA 213 (N)	192
Allen v Estate Bloch	1970 2 SA 376 (K)	148 ev, 278
Allers v Rautenbach	1949 4 SA 226 (O)	51
Amod Bayat v Doherty	(1919) 40 NLR 44	56 ev
Anderson & Murison v The Colonial Government	(1891) 8 SC 296	247, 248
Aronson v Estate Hart	1950 1 SA 539 (A)	313
Askew v Moller	1 CTR 129	298
Aubrey-Smith v Hofmeyr	1973 1 SA 655 (K)	148 ev 278
Autolec v Du Plessis	1965 2 SA 234 (O)	391
Baker v Baker	1945 AD 708	196
Bam v Bhabha	1947 4 SA 798 (A)	199

Barker v Benson	1922 CPD 233	19
Bassett v Platt	1960 3 SA 307 (N)	148
Bennett v Rowland	1961 4 SA 875 (O)	156
Benson v Robinson	1967 1 SA 420 (A)	305
Bester v Commercial Union Versekeringmaatskappy	1972 1 SA 68 (D)	115 ev, 169 ev
Bester v Visser	1957 1 SA 628 (T)	59
Bezuidenhout v Van Graan	1938 TPD 331	192
Bird v Murphy	1963 2 PH A 42 (D)	442
Birkbeck and Rose-Innes v Hill	1915 CPD 687	252
Blaikie and Co Ltd v Lancashire NO	1951 4 SA 571 (W)	192
Blore v Standard General Insurance Co	1972 2 SA 89 (O)	323
Blundell v Blom	1950 2 SA 527 (W)	287
Bouwer v Bouwer	1967 3 SA 614 (O)	74
Bredell v Pienaar	1924 CPD 203	165
Bremmer v Ayob Mahomed & Co	1920 TPD 303	48, 56 ev
Breytenbach v De Villiers	1959 4 SA 560 (T)	279
Brink v Stadler	1963 2 SA 427 (K)	75
Brook v Jones	1964 1 SA 765 (N)	90, 195
Broughton v Davis	1921 TPD 409	51, 56
Buckley v Vosloo	1970 4 SA 159 (OK)	80
Bulford v Bob White's Service Station (Pvt) Ltd	1973 1 SA 188 (RA)	321
Bydawell v Chapman NO	1953 3 SA 514 (A)	69, 313
CIR v Emary	1961 2 SA 621 (A)	347
Caledon & Suid-Westelike Distrikte Eksekuteurskamer v Wentzel	1971 2 SA 466 (T)	86, 408
Caledon & Suid-Westelike Distrikte Eksekuteurskamer v Wentzel	1972 1 SA 270 (A)	86 ev, 409
Campbell v Pietermaritzburg City Council	1966 2 SA 674 (N)	290
Cape Town Municipality v F Robb and Co Ltd	1966 4 SA 329 (A)	155
Cape Town Municipality v Paine	1923 AD 207	429
Cargo Motor Corp Ltd v Tofalos Transport Ltd and An- other	1972 1 SA 186 (W)	433 ev
Celliers v Papenfus & Rooth	1904 TS 73	54, 58
Central Produce Co v Hirschowitz	1938 TPD 350	52
Chapman v Ballim	1968 2 SA 809 (D)	149 ev 276
Chiazzari v The Natal Harbour Board	1894 NLR 23	248
Cockroft v Baxter	1955 3 SA 93 (K)	442
Coetzee and Sons v Smit	1955 2 SA 553 (A)	106 ev
Coetzee v Magoere	1959 3 SA 557 (O)	81
Coetzee v SAR	1934 CPD 221	165
Cohen Lazar & Co v Gibbs	1922 TPD 142	304
Collie v The Master	1972 3 SA 623 (A)	310 ev
Colonial Government v Nathan Bros	(1892) 13 NLR 100	52
Connocks (SA) Motor Co Ltd v Sentraal Westelike Ko- öperatiewe Maatskappy Bpk	1964 2 SA 47 (T)	393
Conradie v Gray	21 SC 454	113
Constant v Louw	1951 4 SA 143 (K)	106 ev
Cooper v Kahn's Produce Agency	1917 TPD 184	49 ev
Cornelissen v Universal Caravan Sales (Pty) Limited	1971 1 SA 132 (O)	74
Cotton v Arnold	(1907) 3 BAC 162	56
Craig v Voortrekkerpers Bpk	1963 1 SA 149 (A)	304
Creydt-Ridgeway v Hoppert	1930 TPD 664	121 ev 171
Crooks v Agricultural Co-operation Union	1922 AD 423	242 ev
Crooks v Watson	1956 1 SA 277 (A)	151
Crous v Jaffe Bros	1921 OPD 2	106 ev
Cuming v Cuming	1945 AD 201	63, 149 ev, 278, 313
Da Mata v Otto	1971 1 SA 763 (T)	84
Da Mata v Otto	1972 3 SA 858 (A)	353
Dambuza v Estate Mcikwa	1946 NPA 94	289
Davis v Davis	1939 WLD 108	261
De Blanche v Zietsman	1880 NLR 185 (SC)	106
De Clerq v Steyn	1930 TPD 747	15
De Howorth v The SS India	1921 CPD 451	251 ev
De Jager v Grunder	1964 1 SA 446 (A)	443
De Lange v Deeb	1970 1 SA 561 (O)	51, 74
De Waal v Ziervogel	1938 AD 112	305
De Wet v De Wet	1951 4 SA 212 (K)	64, 69

Delaney v Medefindt	1908 EDK 200	51
Delmas Milling Co v Du Plessis	1955 3 SA 447 (A)	151
Dennill v Atkins & Co	1905 TS 282	48, 60
Desai v Engar	1965 4 SA (W)	199
Desmond Isaacs Agencies v Contemporary Displays	1971 3 SA 286 (T)	60, 61
Dickinson v Galante	1949 3 SA 1034 (SR)	165
Dowdle's Estate v Dowdle & Others	1947 3 SA 340 (W)	81
Drakensbergers Bpk v Sharpe	1963 4 SA 615 (N)	196
Du Plessis v Nel	1952 1 SA 513 (A)	83
Du Plessis v Van Deventer	1960 2 SA 544 (A)	84
Durr v Buxton White Lime Co	1909 TS 876	50 ev
Dusheiko v Milburn	1964 4 SA 648 (A)	202
Edwards v Hyde	1903 TS 381	113
Eilon v Eilon	1965 1 SA 703 (A)	196
Electrolux (Pty) Ltd v Khota	1961 4 SA 244 (W)	393
Ellis v Loftus Iron Co	1874 LR 10 CP 10	106
Els v Bruce	1922 EDL 295	117, 170
Engar & Engar v Desai	1966 1 SA 621 (T)	199
Engelbrecht v Engelbrecht	1968 1 SA 244 (K)	65
Ensor v Kader	1960 3 SA 548 (N)	407
Estate Greenacre v Brett NO	1956 4 SO 291 (N)	147 ev
Estate Issroff v Issroff	1948 2 SA 414 (O)	64
Estate Kemp v McDonald's Trustee	1915 AD 491	278
Estate Louw v Credit Corporation of SA Ltd	1956 3 SA 303 (K)	404
Estate Marks v Pretoria City Council	1969 3 SA 227 (A)	295
Estate Orpen v Estate Atkinson	1966 3 SA 639 (K)	156
Ex parte Adams	1964 2 SA 135 (K)	65, 280
Ex parte Adamson	1960 3 SA 204 (N)	67
Ex parte Administrators of Estate Grusd	WLD 94	64 ev
Ex parte Allwright	1946 TPD 663	413
Ex parte Botha	1943 OPD 171	64 ev
Ex parte Burnstein	1941 CPD 87	64 ev, 275
Ex parte Coetzee	1949 2 SA 533 (O)	64
Ex parte Coetzer	1942 CPD 205	64
Ex parte Cohen	1937 TPD 155	64
Ex parte Davenport	1963 1 SA 728 (SR)	65
Ex parte Dawoodji	1961 2 SA 170 (SR)	64 ev, 275
Ex parte Dawson NO: In re Estate Dawson	1922 SR 115	64
Ex parte De Douallier	24 SC 282	64
Ex parte De Villiers	1973 3 SA 291 (W)	416
Ex parte Dell's Estate	1939 EDL 86	276
Ex parte Dimond	1920 CPD 218	198
Ex parte Dollie	1940 CPD 584	415
Ex parte Donelly	1915 WLD 29	198
Ex parte Erasmus	1970 2 SA 176 (T)	313
Ex parte Estate Currie	1928 WLD 108	49
Ex parte Estate Hirshovitz	1946 TPD 563	64
Ex parte Estate Le Roux	16 CTR 928	64
Ex parte Estate Lowenthal	1939 WLD 78	275
Ex parte Estate Marks	1970 3 SA 539 (T)	65 ev, 313
Ex parte Estate Paley	1943 CPD 181	147
Ex parte Estate Rogers	18 CTR 458	63 ev, 313
Ex parte Estate Rose	1944 WLD 29	67, 69, 275
Ex parte Estate Sahib	1957 3 SA 289 (N)	67
Ex parte Estate Tomson	1962 4 SA 763 (W)	64, 67, 157 ev
Ex parte Estate Wienand	1965 1 SA 576 (K)	156
Ex parte Executors Estate David	1909 TS 603	64
Ex parte Foley	1954 3 SA 1 (O)	75
Ex parte Froy: In re Estate Brodie	1954 2 SA 356 (K)	148 ev, 278
Ex parte Godden	1962 2 SA 360 (SR)	156
Ex parte Government of the United States of America: In re SS Union Carrier	1950 1 SA 880 (K)	252
Ex parte Grant	1957 4 SA 73 (O)	414
Ex parte Hetzler	1969 3 SA 90 (T)	75
Ex parte Higgs: In re Estate Rangasami	1969 1 SA 56 (D)	65
Ex parte Hodgson	1917 CPD 457	275
Ex parte Hugo	1960 1 SA 733 (T)	68

Ex parte Insel	1952 1 SA 71 (T)	64 ev, 275
Ex parte J	1951 1 SA 665 (O)	333
Ex parte Jewish Colonial Trust: In re Estate Nathan	1969 4 SA 397 (N)	64 ev, 148, 313
Ex parte Joe	1948 1 SA 1285 (K)	415
Ex parte Jordaan	1969 4 SA 413 (A)	279
Ex parte Knight	1946 CPD 800	64
Ex parte Lategan	1943 CPD 567	280
Ex parte Loest	1960 1 SA 688 (K)	156
Ex parte Logan	1929 TPD 201	297
Ex parte Mackenzie	1950 3 SA 5 07 (O)	64, 69
Ex parte Mather 1971 3 SA 381 (D)	1971 3 SA 381 (D)	313
Ex parte Mattig	1917 EDL 317	66
Ex parte McDonald's Club	1961 2 SA 728 (SR)	64 ev
Ex parte Naude	23 SC 7	66
Ex parte Naude NO	1945 OPD 1	64 ev
Ex parte Noriskin	1962 1 SA 856 (D)	414
Ex parte Norton	1953 3 SA 120 (OK)	412, 415
Ex parte Ochley	1948 3 SA 1023 (GW)	415
Ex parte Olivier	1948 2 SA 545 (K)	413 ev
Ex parte Parker	1946 CPD 536	414
Ex parte Parker	1968 1 SA 253 (K)	279
Ex parte Potgieter	1967 2 SA 310 (T)	412
Ex parte Reid	1967 2 SA 394 (K)	418
Ex parte Richards	1939 NPD 170	275
Ex parte Roberts	1931 WLD 214	275
Ex parte Rooth: In re Morarjee's Estate	1948 3 SA 538 (T)	64
Ex parte Sampson	1955 3 SA 228 (O)	67, 149 ev, 276
Ex parte Scott-Brown	1940 TPD 51	64, 69
Ex parte Smith	1968 1 SA 743 (K)	414
Ex parte Smith	1970 4 SA 122 (O)	277
Ex parte Steele	1948 1 SA 1023 (W)	412 ev
Ex parte Stein	1948 4 SA 763 (W)	64, 69
Ex parte Steyn	1962 SA 121 (O)	398 ev
Ex parte Sulman	1942 CPD 407	256
Ex parte Trustees Estate Loewenthal	1939 TPD 250	64 ev
Ex parte Trustees MH Adam	1927 NPD 314	64
Ex parte van der Spuy	1966 3 SA 169 (T)	69, 149 ev
Ex parte van der Walt	1964 1 SA 235 (O)	413, 414
Ex parte van Schalkwyk and Hay	1952 2 SA 407 (A)	313
Ex parte Vermaak	1959 3 SA 254 (K)	276
Ex parte Watson's Heirs	1941 WLD 100	64 ev
Fellner v Minister of the Interior	1954 4 SA 523 (A)	435
Foss Launch & Tug Co v SA Commodore	1943 NPD 27	249, 252
Froman v Robertson	1971 1 SA 115 (A)	17
Furstenberg v Liebenberg	1921 OPD 18	278
GP Maree & Co v Woods	1937 NPD 300	398
Garavelli & Figli v Gollach & Gomperts (Pty) Ltd	1959 1 SA 816 (W)	46 ev, 88
Gerber v Naude	1971 2 SA 55 (T)	80, 83
Gifford v Owen, Hopley, Arnold and Fagaza	1916 NPD 197	289
Glazer v Glazer NO	1963 4 SA 694 (A)	313
Goldingers Trustee v Whitelaw & Son	1917 AD 66	88
Gool v Rachim	1938 CPD 397	398
Goolam v Comrie	1925 NPD 103	52
Gordon's Bay Estates v Smuts	1923 AD 160	278
Government of RSA v Ngubane	1972 2 SA 601 (A)	71, 88, 168, 174, 190
Grobler v Potgieter	1954 2 SA 188 (O)	262
Groenewald v Van der Merwe	1917 AD 233	88
Grosvenor Motors v Douglas	1756 3 SA 420 (A)	394
Guggenheim v Rosenbaum (2)	1961 4 SA 21 (W)	436
Gumede v R	1952 1 PH H 54 (N)	187
Haak's Garage v Simpson	1928 WLD 185	404
Hackett v G & G Radio & Refrigerator Corporation	1949 3 SA 664 (A)	73
Hamman v Moolman	1968 4 SA 430 (A)	73
Harter v Epstein	1953 1 SA 287 (A)	151, 313
Hauman v Malmesbury Divisional Council	1916 CPD 217 120 ev,	170, 176
Hearn and Co (Pty) Ltd v Bleiman	1950 3 SA 617 (K)	88

Heron <i>v</i> Skinner	1971 1 SA 399 (RA)	106 e v
Herschel <i>v</i> Mrupe	1954 3 SA 464 (A)	394
Hersman <i>v</i> Shapiro & Co	1926 TPD 367	46 e v
Heydenreich <i>v</i> Van Rensburg	1926 OPD 47	298
Heydenrych <i>v</i> Nigrini	1925 CPD 230	299
Heymann <i>v</i> Administrators Estate Heymann	1932 WLD 45	68
Hoffa NO <i>v</i> SA Mutual Fire and General Insurance Co Ltd	1965 2 SA 944 (K)	165, 174, 191
Hoffman & Carvalho <i>v</i> Minister of Agriculture	1947 2 SA 855 (T)	49 e v
Holland <i>v</i> Holland	1973 1 SA 897 (T)	316 e v
Hope <i>v</i> Unterhalter (Pty) Ltd	1934 TPD 392	60
In re Crosbie's Estate	27 SC 50	64
In re Estate Westbrook	1953 3 SA 241 (N)	148 e v
In re Greathead's Estate	1937 EDL 85	64
In re SS Beaver	1921 NPD 216	251
In re (The) SS Mangore	1913 NPD 67	248, 259
In re (The) Ship Myvanwy	(1883) 4 NLR 43	246
In re Taylor	26 SC 315	64 e v
In the matter of the minor Robert Cecil Glynn	15 SC 29	275
Inrybelange (Edms) Bpk <i>v</i> Pretorius	1966 2 SA 416 (A)	286
Isaacs & Co <i>v</i> McGee	1938 2 PH C 68	398
Jacobs <i>v</i> Maree	(1902) SC 152	49
Jamal <i>v</i> Moola Dawood & Son	1916 1 AD 195	53
Jardine <i>v</i> Van Niekerk	1918 EDL 246	47 e v
Jarvis <i>v</i> Hawken	1959 2 SA 594 (FC)	150
Jewish Colonial Trust Ltd <i>v</i> Estate Nathan	1940 AD 163	64 e v
Johaadien <i>v</i> Stanley Porter (Paarl) (Pty) Ltd	1970 1 SA 394 (A)	394
Johnson <i>v</i> Johnson	1931 AD 391	197
Jones <i>v</i> Mazza	1973 1 SA 570 (R)	440
Jooste <i>v</i> Claassens	1916 TPD 273	307
Jordaan <i>v</i> Bowen	1940 CPD 155	113
Jordaan <i>v</i> Van Biljon	1962 1 SA 286 (A)	305
Joubert Bros <i>v</i> Abrahamson	1921 CPD 103	47, 55, 60
Kahn <i>v</i> Beirowski	1933 TPD 43	48
Kameel Tin Co (Pty) Ltd <i>v</i> Brollomar Tin Exploration Co Ltd	1928 TPD 726	56
Kaplan Bros <i>v</i> Kroomer	1920 CPD 618	54
Kaplan & Co <i>v</i> Basel Bros	1931 CPD 547	49 e v
Karabus Motors (1959) Ltd <i>v</i> Van Eck	1962 1 SA 541 (K)	5, 15 e v
Katz and Another <i>v</i> Gordon	1958 4 SA 213 (W)	156
Katz <i>v</i> Katzenellenbogen and Others	1955 3 SA 188 (T)	90
Katzel <i>v</i> Seedat	1950 2 SA 715 (W)	403
Kavouklis <i>v</i> Bulgaris	1943 NPD 190	256
King <i>v</i> Potgieter	1950 3 SA 7 (T)	288
King's Transport <i>v</i> Viljoen	1954 1 SA 133 (K)	202
Kinnear <i>v</i> Huxham	13 CTR 421	48
Kleynhans <i>v</i> Van der Westhuizen	1970 1 SA 565 (O)	74
Kock <i>v</i> Klein	1933 OPD 194	113
Koekemoer <i>v</i> R	1959 1 PH H 31 (O)	187
Kritzinger <i>v</i> Marchand & Co	1926 CPD 397	45 e v
Kruger <i>v</i> Coetzee	1966 2 SA 428 (A)	431
Kruger <i>v</i> Strydom	1969 4 SA 304 (NK)	73
Kruger <i>v</i> Van der Merwe	1966 2 SA 266 (A)	129, 137, 178
Labuschagne <i>v</i> Labuschagne, Labuschagne <i>v</i> Minister van Justisie	1967 2 SA 575 (A)	300
Lalla <i>v</i> Lalla	1973 2 SA 561 (D)	262
Layton & Layton <i>v</i> Wilcox & Higginson	1944 SR 48	121 e v
Lazarus Bros <i>v</i> Davies & Kamann	1922 OPD 88	50, 61
Le Roux <i>v</i> Fick	1879 Buch 29	106
Lean <i>v</i> Van der Mescht	1972 2 SA 100 (O)	73
Lello <i>v</i> Dales	1971 2 SA 330 (A)	278
Leviny <i>v</i> Leviny	(1908) 25 SC 173	198
Letsite Stores (Pty) Ltd <i>v</i> Roets	1959 4 SA 579 (T)	298
Lief NO <i>v</i> Dettmann	1964 2 SA 252 (A)	192
Lindner <i>v</i> National Bakery (Pty) Ltd	1961 1 SA 372 (O)	390
Lombard <i>v</i> Van der Westhuizen	1953 4 SA 84 (K)	84
Long & Co <i>v</i> Munnik & Van der Byl	(1853) 2 Searle 35	58
Louw <i>v</i> Central Motors Vivgrey (Pty) Ltd	1951 3 SA 461 (T)	83

Louw v Stewart	1878 Buch 87	52
Machanick v Bernstein	1920 CPD 380	51
Mader v Mallin Diamond Mines	1964 1 SA 572 (T)	91, 345
Maennel v Garage Continental Ltd	1910 AD 137	48
Maisel v Van Naeren	1960 4 SA 836 (K)	305 e v
Malan v Nabygelegen Estates	1946 AD 562	289
Malk v Pergiondakias	1916 WLD 40	79
Manasewitz v Oosthuizen	1914 CPD 328	48, 51
Maquetuka v Maquetuka	1913 CPD 71	113
Marcus v Stamper & Zoutendyk	1910 AD 58	397
Markus & Co v Louw	1930 CPD 123	52 e v
Marshall v Southern Insurance Assoc Ltd	1950 2 PH J 6	122 e v
Mason v Dihnning	20 SC 338	106, 114
Matador Buildings (Pty) Limited v Harman	1971 2 SA 21 (K)	76
Matthews v Young	1922 AD 492	165
Mazza and Another v Jones	1973 2 SA 740 (RA)	439 e v
McKechnie v Van Soelen	1963 4 SA 789 (T)	156
Meyer v Mahommed	1930 CPD 301	262
Meyer v Marks Ltd	1916 CPD 716	48
Microusticos v Swart	1949 3 SA 713 (A)	50 e v
Miller & Miller v Dickenson	1971 3 SA 581 (A)	287
Miller v Bellville Municipality	1973 1 SA 914 (K)	308
Miller v Mulbarton Gardens (Pty) Ltd	1972 1 SA 328 (T)	287
Mills v Schmahmann Bros	1909 TS 738	61
Minister of Forestry v Quathlamba (Pty) Ltd	1973 3 SA 69 (A)	427 e v
Minister van Landbou-tegniese Dienste v Scholtz	1971 3 SA 188 (A)	73
Molotegi v Brummerhoff	1955 1 SA 592 (T)	291
Montese Township & Investment Corporation v Standard Bank of SA Ltd	1964 3 SA 221 (T)	51
Moodley v Bondcrete (Pty) Limited	1969 2 SA 37 (N)	73
Mostert v Mostert	(1855) 2 SC 128	238
Moti and Co v Cassim's Trustee	1924 AD 720	1, 15 e v
Mouton v Hanekom	1959 3 SA 35 (A)	69, 80
Moyes & McKenzie v Frenkel & Co	(1912) 33 NLR 282	49 e v
Mthanti v Netherlands Insurance Co of SA Ltd	1971 2 SA 305 (N)	391
Mulder v South British Insurance Co Ltd	1957 2 SA 444 (W)	117 e v, 171
Muller v Vrystaat Ko-operasie Bpk	1967 1 SA 334 (O)	414
Murray v Behr	19 EDC 207	106, 113
NCS Plastics (Pty) Ltd v Erasmus	1973 1 SA 275 (O)	318 e v
National & Grindlays Bank Ltd v Yelverton	1972 4 SA 114 (R)	286
Neethling v Klopper	1967 4 SA 459 (A)	84
New York Shipping Co (Pty) Ltd v EMMI Equipment (Pty) Ltd	1968 1 SA 355 (SWA)	320
Nochomowitz SANTAM Insurance Co Ltd	1972 1 SA 718 (T)	136
Norden v Shaw	(1847) 2 Menz 64	54
Norton v Ginsberg	1953 4 SA 537 (A)	304
Nydoos v Vengtas	1965 1 SA 1 (A)	305
Odendaal v Van Oudtshoorn	1966 3 SA 433 (T)	369
Oellerman v Natal Indian Traders Ltd	(1913) 34 NLR 337	48 e v
Oosthuizen v Wentzel	1957 1 SA 653 (W)	288
Oxford v Donald Currie	1881 NLR 227	248
Parke v Hamman	1907 TH 47	442
Parker and Others v Estate Fletcher	1932 CPD 202	147, 160
Parkin v Government of the Republique Democratique du Congo	1971 1 SA 259 (W)	256
Parow Lands (Pty) Ltd v Schneider	1951 3 SA 183 (K)	82
Pathescope (Union) of South Africa Ltd v Mallinick	1927 AD 293	442
Pauw v African Guarantee and Indemnity Co Ltd	1950 2 SA 132 (SWA)	116 e v, 165
Payn v Estate Rennie	1960 4 SA 261 (T)	289
Peri-Urban Areas Health Board v Breet	1958 3 SA 783 (T)	389
Perlman v Zoutendyk	1934 CPD 151	394
Philip v Metropolitan & Suburban Railway Co	(1893) 10 SC 52	60
Poole and McClennan v Nourse	1918 AD 404	442
Potgieter v Rondalia Assurance Corporation of SA Ltd	1970 1 SA 705 (N)	167
Pratt v Louwrens	1954 4 SA 281 (T)	290
Pretoria Light Aircraft Co Ltd v Midland Aviation Co (Pty) Ltd	1950 2 SA 656 (N)	51 e v

Prince v Graetz	1921 EDL 64	298
Purcell v Marks	1920 CPD 17	50
Queenstown Medical Board v Union Government	1923 EDL 66	298
Quirk's Trustees v Liddle's Assignees	3 SC 322	397
R v Barber	1937 EDL 79	186
R v Basson	1960 1 PH H 85 (T)	164
R v Butelezi	1925 AD 160	424
R v Campher	1961 2 SA 401 (T)	407
R v Deale	1960 3 SA 846 (T)	389
R v Du Randt	1754 1 SA 313 (A)	162
R v Gilbert	1953 2 PH H 165 (SR)	389
R v Glynn	1951 4 SA 4 (T)	188
R v H	1944 AD 121	423
R v H	1962 1 SA 197 (A)	423
R v Hempel	1933 EDL 123	186
R v Hoffman	1948 2 SA 979 (SR)	186
R v Hoosen	1954 3 SA 65 (T)	388
R v Huebsch	1953 2 SA 651	162
R v Jolosa	1903 TS 694	387
R v Keschner	1961 S SA 309 (A)	418
R v Mandatela	1948 4 SA 985 (OD)	186
R v McGrath	1949 4 SA 207 (K)	248
R v Mdalakwa	1735 TPD 389	187
R v Meischke's (Pty) Ltd	1948 3 SA 704 (A)	188
R v Moolchund	1902 23 NLR 76	387
R v Moorcroft	1916 OPD 10	186
R v Motsieloa	1957 1 SA 226 (O)	388
R v Muller	1953 2 SA 146 (T)	388, 394
R v Naidoo	1949 4 SA 863 (A)	163
R v Ndhlovu	1945 AD 369	423 e v
R v Ntlonga	19 SC 233	113
R v Pope	1953 3 SA 890 (K)	187
R v Sachs	1953 1 SA 392 (A)	188
R v Scarle	1927 AD 28	288
R v Sita	1954 4 SA 20 (OD)	187
R v Suping	1948 2 SA 759 (O)	186
R v Thompson	1926 OPD 141	186
R v Wallendorf	1920 AD 383	423
Rademan v Whewell	1925 OGD 14	50
Re SS Sceptre	1925 EDL 267	247
Regal v African Superslate	1963 1 SA 102 (A)	429
Regenstein v Babro Investments (Pty) Ltd	1959 2 SA 121 (SR)	81
Regering RSA v Santam Versekeringsmaatskappy	1970 2 SA 41 (NK)	71, 167, 191
Rens v Esselen	1957 4 SA 8 (T)	149 e v
Richter v Van Aardt	1917 OPD 85	61
Roberts Construction Co Ltd v Willcox Bros (Pty) Ltd	1962 4 SA 326 (A)	319
Robertson v Robertson's Executors	1914 AD 503	313
Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd	1924 AD 151	151
Royker v Medicine	1962 4 SA 281 (K)	84
Rubens v Marais	(1920) 41 NLR 119	48 e v
Rubinow v Friedlander	1953 1 SA 6 (K)	156
Ruffel v Webb	1919 OPD 122	54
SA Harness Works v SA Publishers Ltd	1915 CPD 43	48
SAR & H v Lyle Shipping Co	1958 3 SA 416 (A)	252
SAR v Estate Saunders	1931 AD 276	323
SAR v Theron	1917 TPD 67	47 e v
SS Humber v SS Answald	1912 AD 546	251 e v
(The) SS Karatos v The SS Fabion	1921 CPD 148	250
S v Bernardus	1965 3 SA 287 (A)	162
S v Bonadei Construction (Pty) Ltd	1968 1 SA 550 (SWA)	187
S v Brick	1973 2 SA 571 (A)	426
S v Colgate-Palmolive Ltd	1971 2 SA 149 (T)	187
S v Diedericks	1969 3 SA 270 (K)	93
S v Dube	1972 4 SA 515 (W)	181 e v
S v Fouché	1973 3 SA 308 (NK)	425
S v Fram	1968 3 SA 28 (OK)	388
S v Jassat	1965 3 SA 423 (A)	425

S v Kruger	1962 3 SA 810 (T)	394
S v Lamour	1962 3 SA 701 (K)	417
S v Mabai	1966 2 SA 533 (OK)	187
S v Marais	1971 1 SA 844 (A)	425
S v Modise	1966 4 SA 680 (GW)	189
S v Mofokeng	1973 2 SA 89 (O)	425
S v Mohobebe	1964 1 PH H 115 (O)	164
S v Moller	1971 4 SA 327 (T)	187
S v Mtembu	1970 1 SA 435 (N)	417
S v Mtetwa	1963 3 SA 445 (N)	186
S v Ndenuni	1972 3 SA 799 (K)	92 ev
S v Pather	1973 3 SA 1964 (N)	422 ev
S v Qumbella	1966 4 SA 577 (A)	425
S v Rabson	1972 4 SA 572 (T)	185 e v, 308
S v Reggis	1972 2 SA 670 (SR)	388
S v September	1972 3 SA 389 (K)	161 e v
S v Sibitane	1973 2 SA 593 (T)	425
S v Sigena	1973 3 SA 102 (T)	417
S v Sigwalla	1947 4 SA 566 (A)	182
S v Skipper	1971 4 SA 407 (N)	417
S v Swanepoel	1970 2 SA 515 (O)	425
S v Tshwape	1964 4 SA 327 (K)	187
S v Van der Mescht	1962 1 SA 521 (A)	162
S v Van der Westhuizen	1965 1 SA 773 (T)	187
S v Van Zyl	1969 1 SA 553 (A)	182
S v Wandrag	1960 3 SA 151 (O)	425
S v Williams	1968 4 SA 81 (SWA)	425
Salomon & Co v Stefani	21 SC 15	52
Sam Hackner & Co Ltd v Saltzman	1940 OPD 200	52
Sandler v Wholesale Cash Suppliers Ltd	1941 AD 194	135
Schnellen v Rondalia Assurance Corporation of SA Ltd	1969 1 SA 517 (W)	192
Schoeman v Fourie	1941 AD 125	305
Schultz v Potgieter	1972 3 SA 371 (OK)	190 e v
Searle v Naudé	1970 1 SA 388 (O)	74
Sephton v Benson	1911 CPD 502	109
Sercombe v Colonial Motors (Natal) Ltd	1929 NPD 58	398
Sermon & Co v Brown	1939 TPD 244	48 e v
Shamahomed v Hendriks	1920 AD 151	186
Shepherd v Farrell's Estate Agency	1921 TPD 62	80
Silva's Fishing Corp v Maweza	1957 SA 256 (A)	323, 428
Sinclair v Viljoen	1972 3 SA 579 (W)	84
Slotar & Sons v De Jongh	1922 TPD 327	48 e v
Smit v Meyerton Outfitters	1971 1 SA 137 (T)	303
Smith and Lardner-Bourke v Wonesayi	1972 3 SA 289 (RA)	62, 301 e v
Smith & Warren v Harris	(1888) 5 HCG 193	48
Smith v Chadwick and Others	9 AC 187	443
Smith v David	(1878)8 Buch 66	r246, 450
Sonia (Pty) Ltd v Wheeler	1958 1 SA 555 (A)	320
South British Insurance Co Ltd v Glisson	1963 1 SA 289 (D & K)	390
Spies v Hansford and Hansford Ltd	1940 TPD 1	191
Standard Bank of SA Ltd v Efroiken and Newman	1924 AD 171	r 88, 434
Standard Bank of SA Ltd v Sweet	1924 OPD 30	17
Standard Bank of SA Ltd v Winder, Baxter and Abrahams	1920 WLD 102	15
Stark v Union Stores	1920 EDL 358	6
Stephens v Liepner	1938 WLD 95	47 e v
Stewart v Ryall	(1887) 5 SC 146	55
Steyn v Davis & Darlow	1927 TPD 651	48
Stoffberg v Elliott	1923 CPD 148	165
Strachan & Co Ltd v Natal Milling Co (Pty) Ltd	1936 NPD 327	56
Suttaford & Co Ltd v Estate Leers	1928 CPD 11	398
Stuurman v Van Rooyen	10 SC 35	113
Subramani v Mohideen	1945 NPD 296	298
Sueltz v Bottler	1914 EDL 176	r120, 170
Swanepoel v Crown Mines Ltd	1954 4 SA 596 (T)	289
Sydmore Engineering Works (Pty) Ltd v Fidelity Guards (Pty) Ltd	1972 1 SA 478 (W)	385

Techni-Pak Sales (Pty) Ltd v Hall	1968 3 SA 231 (W)	155
Teubus v Wiese	1912 WLD 148	54
Thal v Cleveland Oil Co	1922 CPD 7	15
Tharros Shipping Corporation SA v Owner of the Ship Golden Ocean	1972 4 SA 316 (N)	250 e v
Thompson v Schietekat	10 SC 46	106
Trollip v Jordaan	1962 1 SA 238 (A)	80
Tromp v McDonald	1920 AD 1	305
Trust Bank van Afrika v Eksteen	1964 3 SA 402 (A)	252
Trust Bank v Ebrahim, Trust Bank v Omar	1961 4 SA 336 (T)	404 e v
Trystam v Knight	1922 NPD 186	113
Tychsen v Evans	(1880) 1 EDC 28	248
Ullman Bros and Davidson v Railton	3 TS 596	15
Ullman Bros Ltd v Kroonstad Produce Co	1923 AD 449	59
Union Government v Gass	1959 4 SA 401 (A)	298
Union Government v Jackson	1956 2 SA 398 (A)	295, 298
Union Government v Warneke	1911 AD 657	136, 165, 174
Uxbury Investment v Sunbury Investment	1963 1 SA 747 (K)	345
Van der Merwe v Viljoen	1953 1 SA 60 (A)	151
Van der Walt v Minnaar	1954 3 SA 932 (O)	84
Van Es v Beyer's Trustees & Bosman	(1884) 3 SC 9	47
Van Niekerk v Van Niekerk	1947 2 SA 8 (T)	260
Van Reenen v Glenlilly, Fairfield and Parow Village Management Board	1936 CPD 315	428
Van Staden v Van Wyk	1958 2 SA 682 (O)	419
Van Wyk v Rottchers Saw Mills (Pty) Ltd	1948 1 SA 983 (A)	79
Van Zyl v Credit Corp of SA Ltd	1960 4 SA 582 (A)	16, 91
Van Zyl v Kotze	1961 4 SA 214 (T)	106 e v
Van Zyl v S	1965 2 PH K 61 (T)	187
Van Zyl v Van Zyl	1951 3 SA 288 (A)	278
Vaughan's Executrix v The Master	1919 TPD 363	278
Veenstra v Collins	1938 TPD 458	83
Venter v Birchholtz	1972 1 SA 276 (A)	73 84
Verryne v Van Zyl	1963 1 SA 592 (T)	341
Vianini Ferro Concrete Pipes (Pty) Ltd v Union Government	1942 TPD 71	60
Victoria East Divisional Council v Pieterse	1926 EDL 38	431
Viljoen v SIK Investment Corporation (Pty) Ltd	1969 3 SA 582 (T)	2, 15 e v
Visagie v Muntz	1921 CPD 582	87
Von Abo v Von Abo	1927 OPD 255	317
Von Broembsen v Von Broembsen	1948 1 SA 1194 (O)	74
Wade v Union Government	1938 CPD 84	297 e v
Wald v Disler	1918 CPD 305	50 e v
Waring & Gillow Ltd v Sherborne	1904 TS 340	116 e v, 168
Webber v Webber	1915 AD 239	198
Welgemoed v Coetzer	1946 TPD 701	289
Wendywood Development (Pty) Ltd v Rieger	1971 3 SA 28 (A)	79
Wentzel v SA Yster en Staalbedryfsvereniging	1967 3 SA 91 (T)	305
Wertheim v Chicotimi Pulp Co	1911 AC 301	50
Western Credit Bank Ltd v Van der Merwe	1970 3 SA 461 (K)	400
Westhuisen v Lotter	1898 NLR 162	106
Weston v Daddy Bros and Johnstone (Pty) Ltd	1930 NPD 133	262
Whitfield v Phillips	1957 1 SA 318 (A)	47, 55
Whittaker v Roos and Bateman	1912 AD 92	303
Williams Hunt (Vereeniging) Ltd v Slomowitz & Another	1960 1 SA 499 (T)	394 e v
Wilson v Birt (Pty) Ltd	1963 2 SA 508 (D)	137
Wilz v Gouws	1961 4 SA 222 (T)	279
Wolf & Co v Bruce, Mavers & Co	(1889) 7 SC 133	49
Woodburn v R	1944 NPD 1	186
Woodhouse v Odendaal	1914 OPD 48	87
Woodstock, Claremont, Mowbray and Rondebosch Councils v Smith and Another	(1909)26 SC 681	441
Wright v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk	1971 4 SA 105 (NK)	299
Wynberg Municipality v Dreyer	1920 AD 439	165
Young v Kemsley	1940 AD 258	305
Zadich v Zadich	1966 1 SA 78 (SR)	74

II BUITELANDSE

Ahmed Shauki Al-Karboutly v Minister of Defence	1948 <i>High Court</i> 1/48 (1 <i>Piskei Din</i> 97)	218
Arab Bank Limited v Rose	1952 2 QB 216	5
Armstrong v American Bank	(1890)133 US 433	6
Ayres v Moore	1940 1 KB 278	5, 17
Babcock v Jackson	240 NYS 2d 743 (1963)	318
Bank of Commerce and Savings v Randell	107 Neb 332, 186 NW 70, 21 ALR 1370	8
Behrens v Bertram Mills Circus Ltd	1957 1 All ER 583	118 e v
Boardman v Sanderson	1964 1 WLR 1317	172
Bosley v Andrews	1958 142 A 2D 263	180
Boston Steel & Iron Co v Steuer	(1903) 183 Mass 140, 66 NE 646	8, 11
Bourhill v Young	1942 2 All ER 396	118 e v, 172
Broome and Another v Pardess Co-Operative Society	(1940) 1 All ER 603	155
Chadwick v British Transport Commission	1967 2 All ER 947	119
Chaplin v Boys	1969 2 All All ER 1085 (HL)	318
Chatenay v Brazilian Submarine Telegraph Company	1891 1 Qbd 79	435
Chung Chi Cheung v R	1939 AC 160	244
Colvilles Ltd v Devine	1969 2 All ER 53	131
Davis v National City Bank of Rome	46 Ga App 194 167 SE 191 (1932)	7
Denny Mott & D v Fraser & Co	1944 1 All ER 678	154
Drumm Const Co v Forbes	(1922) 305 III 303, 137 NE 225, 26 ALR 764	8, 11
Duff Development Co v Government of Kelanton	1924 AC 797	245
Dulieu v White	1901 2 KB 669	117, e v, 170
Empire Trust Co v President etc of Manhattan Co	(1916) 97 Miso 694, 162 NY Supp 629	7
(The) Fagerness	1927 P 311	245
Gagle v Lane	(1887)48 Ark SW 790	6
Glennie v Bruce Smith	1908 1 KB 263	4
Gunns Limited v Wark	51 New Brun 292 (1924)	5
Hambrook v Stokes Bros	1924 All ER 110	118, 127
Hamlyn and Company v Talisker Distillery and Others	1894 AC 202	435
Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd	1964 AC 465	127
Herdman v Wheeler	1902 1 KB 3614 e v
Hinz v Berry	1970 1 All ER 1074	119 e v
Howard National Bank v Wilson	96 Vt 438, 120 A 889 (1923)	8 e v
Hughes v The Lord Advocate	1963 1 All ER 705	129
In re Layard	85 LJ Chanc 515 (CA)	156
In re Missouri SS Company	42 Ch D 331	435
Jacobs v Credit Lyonnais	1884 12 QBD 589	439
Johnston v Knipe	260 Pa 504, 105 Atl 705 (1918)	11
Jones Limited v Waring and Gillow Limited	1926 AC 670	5 e v
Khavaji v Commissioner of Prisons	1967 II <i>Piskei Din</i> 183	211
Kelly v Matthews	1895 AC 47	400
(The) Kim	1915 P 215	244
(The) Le Louis	1817 2 Dods 210	244
Lewis v Clay	67 LJ QB 224	4
Liberty Trust Co v Tilton	(1914) 217 Mass 462	8
Lloyd's Bank Limited v Cooke and Others	1907 1 KB 794	4, 19
Lookout Bank v Aull	(1894) 91 Tenn 645, 27 SW 1014	6
Luxor (Eastbourne) Ltd v Cooper	1941 1 All ER 33	152
M'Gibbon v M'Curry	1909 43 LTLR 132	112
Mighell v Sultan of Jahore	1894 1 QB 149	245
Mount Isa Mines Ltd v Pusey	(1971) 45 Aust LJLR	115 e v
Munroe and Another v Bordier and Another	8 CB 862 (1849) 137 ER 747	1
Naif Salim El-Konry v Chief of Staff and Others	1949 <i>High Court</i> 95/49 (2 <i>Piskei Din</i> 517)	220
Owens v Liverpool	1939 1 KB 394	127, 179
(The) Parlement Belge	(1889) 5 PD 197	244
Patrick v Russo British Grain Export Co	(1927) 2 KB 535	8

Pendley v Credit Equipment Corp	92 Ga App 658, 89 SE 2d 567 (1955)	10
Poirier v Morris	2 EL & Bl 89 (QB 1853)	2
Post Office v Estuary Radio	1967 3 All ER 663	245
Puget de Bras v Forbes and Gregory	1 Esp 117 (C & P 1792) 170 ER 298	2
RE Jones Ltd v Waring and Gillow Ltd	1926 AC 670	2, 19
R v Kent Justices	1967 1 All ER 560	245
R v Keyn	1876 2 ExD 63	244
R v Tolson	(1889) 23 QBD 168	422 e v
Ralli Bros v Compania Naviera Sota y Aznar	1920 2 KB 287	438
Re Piracy Jure Gentium	1934 AC 586	244
Redfield v Wells	(1918) 31 Idaho 415, 173 P 640	8
Smith v Stone	164 7 Style 69	112
South Shore Securities Co v Goode	5 M2d 972 162 NYS 2d 962 (Sup Ct 1957)	8
Spurrier v La Cloche	1902 AC 446	434
Talbot v Von Boris	1911 1 KB 854	5
Thompson v Hopper	(1858) EB & E 1038	382
Thorpe v White	188 Mass 333, 74 NE 593 (1905)	11
Van der Ploeg v Van Zuuk	(1907) 135 Iowa 350, 112 NW 807, 13 LRA NS 490, 124 Am St Rep 275	7
Victoria Railway Commissioners v Coultas	(1888) 13 AC 222	117
Vita Food Products Incorporated v Unus Shipping Com- pany Limited	1939 1 All ER 513 (PC)	438
Wellaway v Courtier	1918 1 KB 200	112
Wilkinson v Downtown	1897 2 QB 57	117
Woolmington v Director of Public Prosecutors	1935 AC 462	423 e v

H BEGRIPPE

	BLADSY	BLADSY	
<i>actio de pastu</i>105 e v	werklike150 e v	
<i>actio de panperie</i>105 e v	estoppel	
<i>actio iniuriarum</i>		nadeelvereiste by .386 e v	
onregmatigheidsbewussyn301 e v	“gevaarlike wapen”92 e v
trefwydte van165 e v	grond	
admiraliteitshowe240 e v, 450	koop van, op huurkoop .341 e v	
admiraliteitsreg		Wet 72 van 1971340 e v
ontwikkeling in Engeland244 e v	hofverslae	
admiraliteitsregsbevoegdheid250 e v	indeks vir	75
bedrog		houer, reëlmatige	
nadeelvereiste by386 e v	nemer as	1 e v
bewyslas422 e v	insolvensie	
bewysreg	95	bates voor rehabilitasie verkry .412 e v	
deliktuele aanspreeklikheid		huurkoopkoper, van	
nalatigheid	321 e v, 427 e v	hipoteek396 e v
domicilium196 e v	internasionale privaatreë	
egskeidingsgronde	316	funksionele benadering	316
egskeidingsgronde		“ <i>lex loci contractus-solutionis</i> ”-reël .443 e v	
Engeland	316	jurisdiksie	
Nederland233 e v	<i>continentia</i> -reël318 e v
Suid-Afrikaanse reg, kennisname deur		kontrak	
Nederlansse hof van233 e v	onvoltooide dokumente285 e v
eksekuteursvergoeding	310	vormvereistes	79 e v
erfgenaam, minderjarige		wanvoorstelling	439
beskerming van418 e v	lewering	
erflater		“attornment”	86 e v
bedoeling van		fiktiewe	87
onderliggende	64	<i>lex Aquilia</i>	
putatiewe	63 e v	sessie onmoontlik190 e v

trefwydte van165 e v	strafproses	
bevoegdheid 270	voorgeskrewe straf	417
kompetensie268 e v	testament	
subjektiewe reg 270	afwyking van deur hof	67 e v
roekelose bestuur		“necessary implication”	147 e v, 274 e v
moordklag voortspruitend uit181 e v	onuitvoerbaarheid van	66 e v
seereg 23 e v	toetsing deur die howe101 e v
senuskok		verhandelbare dokumente	1 e v
aanspreeklikheid 115 e v, 169, 175 e v	verjaring	
voorsienbaarheid 173, 179	“adverse user”289 e v
onderskeiding: psigiese/fisiese leed	115, 176	versekeringsreg	
“sessie van eiendomsreg” 90	risikobegrip371 e v
skuldvermoede 423	water	
skuldvorme, oorvleueling van161 e v	privaat-	140
soewereiniteit in eie kring326 e v	wisselreg	
staatsveiligheid211 e v	Amerikaanse	6 e v
aanhoudingsbepalings in Israel216 e v	Europese	2 e v
verbode organisasies226 e v	Wysbegeerte van die Wetsidee	98

I WETGEWING

I SUID-AFRIKA

(a) Republiek		6 (2)	145
Wet 22/1913	196	40 (d)	141
29/1926		36/1957	329
Artikel 72	341	42/1957	
24/1936		9 (3)	186
20412 e v	68/1957342 e v
35 402	59/1959	250
81(4) 397	9	78
84396 e v	19 (1) (b)	320
129(2) 413	26/1961	333
129(3)(c) 416	32/1961	
47/1937		2	328
58 413	107	256
29/1942		15/1962	353
11(1)(a)	175, 176, 193	58/1962	
36/1942		83 (17)	297
2bis(1)(d) 402	76/1962	
5(1) 81	21 (1)	229
6(g) 410	44r1964	76
14(a) 410	80/1964	76
23397 e v	41/1965	76
18/1943		55/1965	
2(1) 289	7	296
27/1943		8	296
63(3) 383	10294 e v
32/1944		66/1965	
28(1)(d) 202	43418 e v
48 352	44419 e v
25/1945 329	51 (1)310 e v
44/1950223 e v	51 (3)310 e v
57/1951 254	62/1966	
3/1953 216	22217 e v
37/1955 297	83/1967217 e v
37/1955		83/1967	
(9) (c) 297	6217 e v
56/1955		3/1968	254
196 (1) 163	71/1968 92 e v
205 (1)161 e v	4 (2)	93
215 bis217 e v	73/1968	343, 350
352 (2) (a)417 e v	39/1969	
34/1956 299	19	383
54/1956140 e v	68/1969	289
5 142	71/1969342 e v

41/1970		24	114
2	320	37	113
41/1971		38	113
13	217	41	113
66/1971		19/1951	445
3 (2)	346	19/1955	113
72/1971	.340 e v		
1 (ii)	.342 e v	(c) <i>Natal</i>	
2	.346 e v	Ord 19/1945	
3	.347	13	299
4	.344 e v	32/1947	
5	.355	16 (1)	113
6 (3)	.342 e v	28	113
7	.351	31	114
8	.358 e v		
9 (1)	.355	(d) <i>Oranje-Vrystaat</i>	
10	.358	Ord 5/1902	450
11	.364 e v	18/1952	113
12	.355 e v	18/1952	
13	.348 e v	18 (1)	113
14	.347 e v	45	113
17	17, 348 e v	48	114
5/1972	.256 e v		
57/1972	.196	(e) <i>Suidwes-Afrika</i>	u
59/1972	.196	Prok 21/1919	450
(b) <i>Kaapprovinsie</i>		(f) <i>Transvaal</i>	
Ord 7/1873	.329	Ord 7/1913	
16/1847	.113	4	113
Wet 8/1879	.252 e v	24 (1)	113
1	450	46	114
Ord 18r1938		17/1967	
23	113	82 (1)	186

II ENGELAND

Bills of Exchange Act, 1882		135	257
29 (1) (b)	4 e v	Emergency Powers (Defence) Act,	
31 (3)	5	1939	
Colonial Courts of Admiralty Act, 1890		4 (1) (d)	214
2 (1)	.248 e v	Administration of Justice Act	
3	.248 e v	1956	243
Zuid-Afrika Wet, 1909			
106	253		

III ISRAEL

Law and Administration Ordinance,		Penal Law (State Security, Foreign Re-	
1/1948	215	lations and Official Secrets Law	
Prevention of Terrorism Ordinance		70/1957	.215 e v
3/1948	.215 e v		
Prevention of Infiltration (Offences and			
Jurisdiction) Law			
52/1954	215		

IV NEDERLAND

NBW, 1958		162	233
artikel 161	233		

V VERENIGDE STATE VAN AMERIKA

Uniform Negotiable Instruments Law, 1896	52	7 e v
artikel 14	9	Uniform Commercial Code, 1958 12
16	9	3 13

J TEKSTE

Baldinus			
cap 15	109	Lochau	
Baldus		<i>Verhandeling over de Feilen en Gebreken in den Wisselbandel 1776 1 8</i>	3
ad D 9 1 <i>additio</i> 2	112	Matthaeus	
Boeckelmann		47 3 3 4	166
ad D 9 1 par 3	106	Mysingeria	
Boehmer		ad I 4 9	111
ad D 9 1 par 3	109	Wothier	
Brunneman		<i>Verhandeling van het Wisselrecht 1801</i>	
ad D 9 1 4	111	1 2 1 2	3
C 3 35 6	106 e v	Rittershusius	
6 37 10	281	cap 38	109
Cuiacius		Struvius	
ad D 19 5 14 3	109	ad D 9 1 ex 14 par 3	110
D 1 8 2	26	Surdus	
9 2 27 9	427	<i>Tractatus de Alumentis</i>	260 e v
9 2 27 25	110	Treutlerus	109
12 1 22	58	Treutlerus	
13 3 4	58	<i>Disp 18 tb 2</i>	109
19 1 1	57	Van der Keessel	
19 1 3	57 e v	<i>Pr Iur Hod ad Hugonis Grotii Intr ad JH, Tb 574</i>	3
19 1 21 3	57	575	
19 5 14 3	105 e v	576	
21 1 11	107	578	
24 2	237	583	
24 2 6	237	599	
34 2 10	281	600	
41 1 7 13	107	601	
41 1 8 <i>pr</i>	107	602	3
43 8 3	26	Van der Linden	
50 17 48	238	<i>Notae ad Voet 9 1 3</i>	112
De Groot		Van Leeuwen	
1 5 18	238	<i>Cens For 5 31 3</i>	109
2 20 11	236	5 31 4	109
3 34 2	165	RHR 4 35 9	166
Domat		Voet	
2 8 2	109	2 14 6	156
Donellus		9 1 1	109, 111
15 45	109	9 1 3	112
Gaius		9 2 11	166
<i>Inst IV 122</i>	238	22 1 6	436
Heineccius		24 2 9	237
3 10	3	25 3 4	261
Lissius		Zoesius	
<i>De Iustitia et Iure 1696 23 dub 1 4</i>	3	ad D 9 1 par 7	109 e v
Leyser			
ad D 9 1 Spec 61 par 13	109		

HEER PRINTING CO (PTY) LTD
“*Young Ideas in an old Craft*”
PRETORIA

Die nemer as reëlmatige houër

FR Malan

Randse Afrikaanse Universiteit

Sedert 1924 bestaan in Suid-Afrika geen twyfel dat die nemer van 'n orderdokument nie die reëlmatige houër daarvan kan wees nie. 'n Reëlmatige houër word houër deur verhandeling; 'n orderdokument word verhandel deur die endossement van die houër gevolg deur lewering; die eerste lewering van so 'n dokument is nie 'n verhandeling nie, maar die uitgifte daarvan, wat iets geheel anders as verhandeling is.¹

Dit is gevolglik met huiwering dat hierdie ondersoek na die status van die nemer aangepak word. Die vraag is of hierdie reël in alle opsigte juridies en regspolities aanvaarbaar is. Om dit te beantwoord moet die probleem in historiese opset beskou word.

I

Die stelling word gemaak dat die nemer in die Engelse gemene reg „reëlmatige houër” kon wees,² maw dat hy nie blootgestaan het aan sekere verwerre van ander wisselpartye nie.³ 'n Illustrasie hiervan word gevind in *Munroe and Another v Bordier and Another*,⁴ 'n uitspraak oor buitelandse wissels, waar die eertydse remittent ter sprake kom. T, 'n inwoner van Londen, trek 'n wissel op B in Frankryk ten gunste van N op versoek van X, die remittent. T oorhandig die wissel aan X met die verstandhouding dat X hom op 'n bepaalde dag daarvoor sal betaal. X versend die wissel aan N wat dit te goeder trou en vir waarde neem. Daar is geen onderliggende verbintenis tussen T en N nie. Op die vervaldag word die wissel onteer. T beroep hom teenoor N op *failure of*

¹*Moti and Co v Cassim's Trustee* 1924 AD 720 731-2.

²Die begrip *holder in due course* is 'n skepping van die *Bills of Exchange Act* 1882 (45 en 46 Vict C61), vroeër genoem die *bona fide holder for value and without notice*; *Herdman v Wheeler* 1902 1 KB 361 370.

³Aigler „Payees as Holders in Due Course” 1927 (36) *Yale LJ* 608 609; Freezer „May the Payee of a Negotiable Instrument be a Holder in Due Course?” 1924 (9) *Minnesota L Rev* 101 104 en *Byles on Bills of Exchange* 22e uitg 1965 deur Megrah 209 (Byles).

⁴8 CB 862 (1849) 137 ER 747.

consideration, nl dat X hom nie op die ooreengekome dag betaal het nie. Hierdie verweer word van die hand gewys:

„The ordinary course of dealing with reference to foreign bills . . . begins by the sale of the bill by the drawer to some other person other than the payee: it, therefore, does not contemplate that the consideration for the bill should necessarily move from the payee to the drawer, or that no person but the drawer should have the right to confer a title to the bill upon the payee.”⁵

Die remittent is gevolglik geen agent van die trekker nie; hy is ’n selfstandige wisselparty wat die dokument aan die nemer *verhandel*.⁶ Die nemer verkry nie as kontraksparty van die trekker nie, maar as ’n koper. In sy verkryging te goeder trou en vir waarde staan hy nie bloot aan verwere wat spruit uit die onderliggende verhouding tussen trekker en remittent nie.⁷ Hoewel trekker en nemer oënskynlik in ’n onmiddellike verhouding staan, is hulle inderdaad verwyderde partye. Uit hierdie beperkte situasie het die moderne wisselreg ontwikkel.⁸

II

Dieselfde benadering bestaan in die Europese wisselreg van ongeveer 1600 tot 1800.⁹ Die remittent as wisselparty is hier geen vreemdeling nie;¹⁰ hy is die persoon wat waarde vir die wissel aan die trekker gee, dus die eerste verkryger daarvan

⁵872.

⁶871-2.

⁷Ook *Poirier v Morris* 2 El & Bl 89 (QB 1853); *Puget de Bras v Forbes and Gregory* 1 Esp 117 (C & P 1792) 170 ER 298 waar die remittent agent van die nemer was en *Watson v Russel* 3 B & S 34 (QB 1862) 122 ER 14 en 5 B & S 768 122 ER 1090 (Exh Ch) waarin gesê word 3 B & S 34 38-9: *If A, by means of a false pretence or a promise or condition which he does not fulfill, procures B to give him a note or cheque or acceptance in favour of C, to whom he pays it and who receives it bona fide for value, B remains liable on his acceptance. His acceptance imports value and liability prima facie, and he can only relieve himself from his promise to pay C by showing that C is not holder for value, or that he received the instrument with notice and not bona fide. The instrument is one which C has a right to take, relying on the acceptance or making of the party, and it is no answer to say that there is no consideration as between him and the acceptor or maker, if the holder took it bona fide for value.* Hierdie beslissing is nie sonder probleme nie (vgl *Viljoen v SIK Investment Corporation (Pty) Ltd* 1969 3 SA 582 (T) 585-8) en word gewoonlik verklaar deur die tussenganger slegs as agent van die trekker te sien (*RE Jones Ltd v Waring and Gillow Ltd* 1926 AC 670 694; Hamilton „Holder in Due Course” 1912 (24) *Jur Rev* 41 48 en 1927 (3) *Camb LJ* 83 84), maar mi is dit meer korrek om hom as remittent te beskou (vgl Aigler 611); die nemer was dan „reëlmatige houër.”

⁸Aigler 609.

⁹Tot 1887 is die *wisselrecht* van Holland in Suid-Afrika toegepas. Hierna is verskeie wette op die Engelse model aanvaar; Hahlo & Kahn *The Union of South Africa. The Development of its Laws and Constitution* 1960 721 e v en vgl *Blackburn's Trustees v Landsberg & Sons* (1902) 5 Searle 180 187.

¹⁰Reitz se *Aantekeninge op Heineccius Grondbeginselen van het Wisselrecht* 1774 (Reitz se vertaling) noot 3 op Heineccius 6 3.

„[die] het geld ter plaatse der overeenkomst aan een' ander' voldoet, onder die mits, dat hetselve in 't gemeen aan een' derden, op een bestemde plaats, teruggegeven worde.”¹¹

Hierdie betaling op 'n ander plek geskied deur gebruik van 'n wissel wat uitvoering aan die wisselkontrak tussen trekker en remittant gee.¹²

Tradisioneel is hierdie kontrak as 'n *emptio venditio* gesien,¹³ waarvan die koopsaak uit 'n vorderingsreg vir geld bestaan.¹⁴ Met lewering en betaling of kredietverlening gaan eiendomsreg van die wissel op die remittent oor.¹⁵ Hy is self baie selde nemer en dit is slegs in die waardeklousule, waar die trekker die ontvangs van waarde erken, dat sy naam genoem word.¹⁶

Kan die trekker hom nou teenoor die nemer verweer dat die remittent hom nie betaal het nie? Kan hy dus die *exceptio non praestiti valoris* opwerp?¹⁷ Die volgende oplossing word gevind:

(a) Het die remittent reeds die wissel in eiendomsreg aan die nemer vir waarde oorgedra, kan die trekker nie teenoor hom aanvoer dat hy nie deur die remittent betaal is nie.¹⁸ Die werking van hierdie verweer skyn egter slegs beperk te wees tot die eis om *namptissement*; in die hoofgeding kan die trekker hom wel daarop beroep.¹⁹

¹¹Lochau *Verhandeling over de Feilen en Gebreken in den Wisselhandel* 1776 (Reitz se vertaling) 1 8; Van der Keessel *Praelectiones Iuris Hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad Jurisprudenciam Hollandicam* 1966 uitg *Tb* 574 en Pothier *Verhandeling van het Wisselrecht* 1801 (vertaal deur Van der Linden) 1 2 1 2.

¹²Die wisselkontrak (*cambium locale vel mercantile vel traiecticum*) kan algemeen beskryf word as [*p*] *ermutatio pecuniae uno loco datae cum alia alio loco solvenda ex litteris ea de re scriptis*; Van der Keessel *Tb* 574 en vgl Savary *Le Parfait Negociant* 7e uitg 1721 133 op 138.

¹³Van der Keessel *Tb* 576; Dupuis *L'Art des Lettres de Change* 1693 3 21: *le contrat de change est une espèce d'achat et vente*; Scaccia *Tractatus de Commerciis et Cambio* 1619 1 *quaest* 4 10; Lessius *De Iustitia et Iure* 1696 2 23 *dub* 1 4.

¹⁴Van der Keessel *Tb* 578: [*V*] *idetur ergo venditio esse certas pecuniae in loco litteris cambialibus expresso solvenda*; Dupuis 3 16-19 en Scaccia 1 *quaest* 4 22-32.

¹⁵Van der Keessel *Tb* 583.

¹⁶Vgl Van der Keessel *Tb* 575.

¹⁷In hierdie verband word die term *exceptio non numeratae pecuniae* ook gebruik, maar dit spruit uit die siening van die wisselkontrak as 'n *mutuum*; Van der Keessel *Tb* 601.

¹⁸Van der Keessel *Tb* 600; Dupuis 5 22-3 en vgl Heineccius 3 10 en Reitz 22 hierop.

¹⁹Van der Keessel *Tb* 523 en 602; Reitz 22 op Heineccius 3 10; 9 op 7 8 en 11 op 4 13 waar he sê: *Doch word echter den trekker, wanneer de wissel met 'protest' teruggekomen is, en de houder zyn verbaal op bem zoekt, niet toegelaten in dat wisselgeding zich te behelpen met het verzet van niet genoten waarde, welke hy eerst naderhand by wedereisch kan vorderen, of (gelyk men by ons zonde zeggen) alleen dat verzet 'ten principale' kan tegenwerpen.* (Die woord houer word as sinoniem vir nemer gebruik; Reitz 3 op Heineccius 1 4; Van der Keessel *Tb* 574 en 599).

(b) Is die wissel nog nie verhandel nie, omdat dit bv nie verhandelbaar²⁰ is of wel endosseer en gelewer is maar nie „vir waarde” nie,²¹ kan dié verweer teen die nemer (of latere geëndosseerde) aangevoer word, omdat die nemer (wat nou eintlik as gevolmagtigde van die remittent beskou word) nie in ’n beter posisie as sy voorganger mag wees nie.²²

Hier bestaan dus ’n reël wat met die Engelse reël vergelyk kan word, hoewel die nemer se beskermde posisie slegs tot sy eis om *namp-tissement* beperk is. Voordat die nemer vrystaan van die *exceptio non praestiti valoris*, moes die dokument aan hom verhandel gewees het, en in ooreenstemming met die destydse beginsels vind verhandeling plaas wanneer die wissel in eiendomsreg oorgedra word²³ en staan die nemer in hierdie geval bekend as ’n *procurator in rem suam*.²⁴ Die begrip reëlmatige houër is as sodanig egter nie bekend in ons gemene reg nie. Hierdie beskerming moet dus eerder gesien word as die algemene beskerming wat aan die *bona fide* - verkryger vir waarde van ’n wissel toekom - hetsy hy nou nemer of geëndosseerde is.²⁵

III

Die aanname van die *Bills of Exchange Act* 1882 het ’n nuwe ontwikkeling in die Engelse wisselreg ingelei. Hierdie omvattende kodifikasie moet uitgelê word sonder verwysing na die gemene reg, tensy die betekenis van ’n bepaling dubbelsinnig of die woordgebruik tegnies is. Daar is geen regverdiging vir die algemene stelling dat dit die gemene reg weergee nie; die bepalings daarvan moet interpreteer word.²⁶

Die Engelsehowe het die vraag of die nemer van ’n orderdokument reëlmatige houër daarvan kan wees, primêr as ’n uitlegprobleem beskou: dit gaan enersyds oor die vraag of die woord *negotiated* in a 29(1)b ’n voorvereiste vir reëlmatige houerskap daarstel en andersyds oor die inhoud van die basiese begrip *verhandeling*. Na aanvanklik uiteenlopende opvattinge²⁷ het die House of Lords in 1926 in *Jones Limited v Waring*

²⁰Dupuis 5 20.

²¹Van der Keessel *Tb* 601.

²²Van der Keessel *Tb* 601 en Dupuis 5 20.

²³Vgl Heineccius 2 10; Reitz 53 op Heineccius 4 38 en Van der Keessel *Tb* 580.

²⁴Vgl Heineccius 3 15 en Van der Keessel *Tb* 587.

²⁵’n Moontlike verdere illustrasie van die beskerming van die nemer is die reël waarvolgens die trekker die opdrag om betaling kan herroep waar die remittent nog eienaar van die wissel is, hoewel dit miskien reeds aan die nemer gelewer is, maar nie waar dit reeds aan die nemer of ’n ander vir waarde verhandel is nie; vgl noot 23 *supra* en Dupuis 5 17 *ev*.

²⁶*Chalmers on Bills of Exchange* 20e uitg 1964 deur Smout (Chalmers) 4.

²⁷Dat hy nie reëlmatige houër kan wees nie: *Lewis v Clay* 67 LJ QB 224 en Hamilton 1912 (24) *Jur Rev* 41; andersins, *Herdman v Wheeler* 1902 1 KB 361; *Lloyd’s Bank Limited v Cooke and Others* 1907 1 KB 794; *Glennie v Bruce Smith* 1908 1 KB

and *Gillow Limited*²⁸ ondubbelsinnig die standpunt ingeneem dat die nemer nie reëlmatige houer kan wees nie:

„A ‘holder in due course’ is a person to whom a bill has been ‘negotiated’, and from s 31 (it appears) that a bill is negotiated by being transferred from one person to another and (if payable to order) by endorsement and delivery.”²⁹

Die hof se argument verloop soos volg: a 29(1)b stel as vereiste vir reëlmatige houerskap ’n verhandeling van die dokument.³⁰ Volgens a 31(3) word ’n orderdokument verhandel deur die endossement van die houer gevolg deur lewering.³¹ Die trekker, maker of tussenganger wat die dokument aan die nemer lewer, is nie houer nie en endosseer dit in elk geval nie. Die nemer verkry dus nie deur verhandeling nie, maar deur uitgifte, wat die eerste lewering is van ’n dokument aan iemand wat dit as houer neem. Lewering is die oordrag van besit, maar voordat lewering uitgifte is, moet die oordragnemer as houer neem. Die oordragnemer self hoef nie houer te wees nie. Verhandeling, daarenteen, vind slegs plaas van een houer aan iemand wat as houer neem. Dit is dus korrek om te praat van die *lewering* van ’n orderdokument deur die trekker aan ’n tussenganger en van die *uitgifte* daarvan wanneer die tussenganger dit aan die nemer lewer. Nòg die lewering nòg die uitgifte is egter ’n verhandeling.³²

Die vraag is egter of die hof se uitgangspunt korrek is: Stel die ietwat losse gebruik van die woord *negotiated* in a 29(1)b inderdaad ’n ver-

263 en vgl *Talbot v Von Boris* 1911 1 KB 854 865 en *Gunns Limited v Wark* 51 New Brun 292 (1924) (sien Aigler 617). Vgl ook Byles 209 e v.

²⁸1926 AC 670. Sien ook die verslag 1925 2 KB 612 (CA). Die *Jones*-saak is sedertdien gevolg in *Ayres v Moore* 1940 1 KB 278; en vgl *Arab Bank, Limited v Rose* 1952 2 QB 216. Vir kritiek op die *Ayres*-saak sien *Karabus Motors (1959) Ltd v Van Eck* 1962 1 SA 451 (K) 454.

²⁹680.

³⁰*Jones*-saak *supra* 680. A 29 definieer reëlmatige houer. A 29(1)b bepaal: *That he took the bill in good faith and for value, and that at the time the bill was negotiated to him he had no notice of any defect in the title of the person who negotiated it.* Onderskei egter *Herdman v Wheeler supra* 372 waarvolgens dié gedeelte beteken *if negotiated to him he had at the time no notice etc.*

^{31a} 31 bepaal: (1) *A bill is negotiated when it is transferred from one person to another in such a manner as to constitute the transferee the holder of the bill.* (2) *A bill payable to bearer is negotiated by delivery.* (3) *A bill payable to order is negotiated by the indorsement of the holder completed by delivery.* A 2 omskryf *delivery* as *transfer of possession, actual or constructive, from one person to another en issue as the first delivery of a bill or note, complete in form to a person who takes it as a holder.*

³²Sien ook noot 1 *supra*. Verdere steun word gevind in a 21(2) wat te kenne gee dat ’n party wat onmiddellik tot die trekker of maker staan (dus die nemer?) nie reëlmatige houer kan wees nie indien [*a*]s *between immediate parties, and as regards a remote party other than a holder in due course . . .* daar aangetoon kan word dat lewering voorwaardelik of slegs vir ’n bepaalde doel was. Vgl ook a 21(2) en die *Jones*-saak *supra* 680.

handeling as vereiste vir reëlmatige houerskap? So 'n gevolgtrekking is sekerlik vërgesog.³³ Maar verder kan gevra word of die moeilik versoenbare a 31(1) en 31(3) die hof nie moes noodsaak om 'n beroep op die gemene reg te maak nie.³⁴ Hierdie verkeerde uitgangspunt in die *Jones*-saak³⁵ het die werklike probleem, nl of die nemer inderdaad beskermingswaardig is, verdoesel en die nemer in die proses 'n onreg aangedoen.³⁶

IV

Die bronne van die Amerikaanse wisselreg in die 18e en 19e eeue is enersyds die Engelse beslissings van ná 1600 en andersyds die groot getal plaaslike wette.³⁷ Die *common law* het 'n sterk, indien nie die oorheersende nie, rol gespeel.³⁸ Dit is dan nie vreemd dat die nemer onder soortgelyke omstandighede as in die Engelse gemeenreg as „reëlmatige houër” beskou is nie.³⁹

³³1927 (3) *Camb LJ* 84 en *Herdman v Wheeler supra* noot 30.

³⁴1927 (3) *Camb LJ* 84 85. Daar kan ewe oortuigend argumenteer word dat volgens a 31(1) 'n dokument verhandel word *when it is transferred from one person to another in such a manner as to constitute the transferee the holder*. A 31(1) en (3) kan moontlik versoen word deur a 31(3) net van toepassing te maak op verhandeling deur die nemer of latere houër. Geen Engelse hof, ook nie *Herdman v Wheeler supra* 376, aanvaar egter so 'n interpretasie nie.

³⁵*supra* 680. Vir ander kritiek op hierdie uitspraak: 1927 (3) *Camb LJ* 84; 1927 (25) *Michigan L Rev* 535; 1927 (40) *Harvard L Rev* 494; *Falconbridge on Banking and Bills of Exchange* 7e uitg 1969 deur Rogers 625 en Byles 209.

³⁶Waarom is die nemer nou minder beskermingswaardig in die *Jones*-saak *supra* en veral in *Herdman v Wheeler supra* as enige ander houër? In lg saak het X onderneem om £15 aan M te leen. Monderteken 'n blanko geseëlde dokument en magtig X om dit te voltooi as 'n promesse vir die bedrag van £15 betaalbaar aan X. Strydig met hierdie afspraak vul X die naam van N as nemer in, verhoog die bedrag na £30 en gee aan N voor dat M £30 van hom, N, wil leen. N is te goeder trou en oorhandig £30 aan X en ontvang die promesse. X steek die geld in sy eie sak en N spreek M aan. Die hof meen dat N nie reëlmatige houër is nie; die promesse is nie na voltooiing daarvan ingevolge a 20 aan hom verhandel nie. Die hof meen egter dat 'n nemer onder ander omstandighede reëlmatige houër kan wees (noot 30 *supra*), maar dit nie hier is nie, omdat X se lewering aan N uitgifte en nie verhandeling is nie (376). Hierdie uitspraak is beter as dié in die *Jones*-saak, maar 'n tegniese verhandeling word nogtans vereis. Vgl 1901-2 (15) *Harvard L Rev* 578.

³⁷*Britton Handbook on the Law of Bills and Notes* 2e uitg 1961 10.

³⁸Beutel „The Development of State Statutes on Negotiable Paper Prior to the Negotiable Instruments Law” 1940 (40) *Columbia L Rev* 836 837-843 en Britton 10.

³⁹Hy is so beskou in geval van 'n *failure of consideration* tussen trekker en remittent; *Gagle v Lane* (1887) 48 Ark SW 790; of waar 'n derde die dokument in troubreuk aan die nemer gelewer het; *Lookout Bank v Aull* (1894) 91 Tenn 645, 27 SW 1014; of waar 'n derde die dokument aan die nemer verhandel het; *Armstrong v American etc Bank* (1890) 133 US 433. Vgl 1917 (17) *Columbia L Rev* 566; Aigler 619-20; Britton 309 noot 1; Daniel *A Treatise on Negotiable Instruments* 6e uitg 1913 § 175.

V

Stemme vir 'n eenvormige wisselreg vir die Amerikaanse state het egter spoedig opgegaan - veral na aanvaarding van die Engelse *Bills of Exchange Act* 1882.⁴⁰ Die gevolg was die *Uniform Negotiable Instruments Law (NIL)*, 'n wetsontwerp van 1896 wat grotendeels op sy Engelse eweknie baseer is⁴¹ en wat vanaf 1897 tot 1924 deur al die Amerikaanse state adopteer is.⁴²

Die Amerikaanse regspraak en -literatuur het 'n veel diepgaander benadering tot die probleem. 'n Verskeidenheid standpunte en benaderings word aangetref, wat geriefflikerwys so saamgevat kan word: Eerstens, dat die nemer hoegenaamd nie reëlmatige houër kan wees nie; tweedens, dat hy dit slegs onder bepaalde omstandighede kan wees; en derdens, dat hy reëlmatige houër kan wees mits hy maar voldoen aan die vereistes gestel deur a 52.⁴³

Die eerste benadering spreek van die invloed van die Engelse beslissings, nl dat dit hier om 'n uitlegprobleem gaan.⁴⁴ Dieselfde argumente as in die *Jones*-saak word dan geheel of gedeeltelik in die Amerikaanse beslissings aangetref: die nemer is nie reëlmatige houër nie, omdat hy deur uitgifte en nie deur verhandeling nie verkry.⁴⁵

⁴⁰Eaton „The Negotiable Instruments Law: Its History and its Practical Operation” 1904 (2) *Michigan L Rev* 260 ev.

⁴¹Britton 11 en Eaton 265-7.

⁴²Britton 12.

⁴³Britton 316 ev en Comment „Payees as Holders in Due Course” 1927 (36) *Yale L J* 1005 1010. A 52 definieer reëlmatige houër as 'n houër *who has taken the instrument under the following conditions: 1 That it is complete and regular upon its face; 2 That he became the holder of it before it was overdue, and without notice that it had been previously dishonoured, if such was the fact; 3 That he took it in good faith and for value; 4 That at the time it was negotiated to him he had no notice of any infirmity in the instrument or defect in the title of the person negotiating it.*

⁴⁴Britton 309 ev en Aigler 626 ev.

⁴⁵Britton 310. Vgl *Davis v National City Bank of Rome* 46 Ga App 194 167 SE 191 (1932) waarin gesê word: *That a holder in due course is one who has taken the instrument by negotiation seems to be expressly and unmistakably indicated by section 52(4).* Vgl Killorin 1956 (18) *Georgia BJ* 495 498. Die leidende uitspraak is *Van der Ploeg v Van Zuuk* (1907) 135 Iowa 350, 112 NW 807, 13 LRA NS 490, 124 Am St Rep 275 waar van die begrip reëlmatige houër gesê word dat [*it*] *seems unquestionably to be used to indicate a person to whom after completion and delivery the instrument has been negotiated. In the ordinary case the payee of the instrument is the person with whom the contract is made, and his rights are not in general dependent on any peculiarities in the law of negotiable instruments* (135 Iowa 353-4). Hierdie uitspraak is enigins soos *Herdman v Wheeler supra* en die hof noem spesifiek die remittent-geval as 'n moontlike situasie waar die nemer reëlmatige houër kan wees. Kritiek op die saak by Feezer 109-110; *Beutel's Brannan Negotiable Instruments Law* 7e uitg 1948 deur Beutel (Brannan) 676; Aigler 626 en Aigler & Steinheimer *Cases on Bills and Notes* 1e uitg 1962 459. Vgl ook *Empire Trust Co v President etc of Manhattan Co* (1916) 97 Miso 694, 162 NY Supp 629 (bespreek in 1917 (17) *Columbia L Rev* 566) en 1917 (30) *Harvard L Rev* 514); Britton 310 noot 2 en Brannan 682-3.

Die voorstanders van die ander benaderings moes gevolglik hierdie uitlegprobleem omseil. Uitgaande van die interpretasie van Brannan⁴⁶ dat 'n orderdokument nie noodwendig deur die endossement van die houer en meegaande lewering verhandel word nie, is aan die woord *negotiated* in a 52 en elders die betekenis van *concluded by bargain or agreement* gegee.⁴⁷ Die slot van a 30 *if payable to order it is negotiated by the endorsement of the holder completed by delivery* slaan dan slegs op verhandeling deur die nemer of latere houer.⁴⁸ 'n Tegnieise verhandeling is dus nie vereiste vir reëlmatige houerskap nie. 'n Nadere ontleding van a 52 dui ook hierop.⁴⁹ Algemeen gestel beskryf a 52 die faktore wat aanwesig moet wees voordat 'n houer sy verhaal op vorige wisselpartye kan neem sonder om aan hul verwerre bloot te staan. Hierdie is *bona fide*-verkryging van die dokument voor die vervaldag en vir waarde. Dié vereistes kom in a 52(1), (2) en (3) voor, wat nie die geringste aanduiding bevat dat 'n nemer nie reëlmatige houer kan wees nie. Slegs a 52(4) skyn by implikasie so 'n vereiste te stel. A 52(1) en (4) omskryf egter slegs die begrip *bona fides*.⁵⁰ In a 52(3), waar die algemene vereiste van *bona fides* gestel word, word slegs bepaal *that he took it in good faith*. 'n Woord met 'n breër betekenis kan beswaarlik gebruik word. Gevolglik kan die woord *negotiated* in a 52(4) nie op 'n tegnieise verhandeling dui nie.

„In Short, sub-section (3) was broken into these two parts [dia 52 (1) en (4)] and dealt with separately. That this is so appears more fully from the fact that sub-section (1) is further elaborated in sections 12, 13, 14, and different phrases of sub-section (4) are further and more specifically dealt with in sections 55 and 56. The whole pattern is quite consistent if the use of the term

⁴⁶675 e v. Ook Aigler 623-5; Feezer 116 en Moore „The Right of the Remitter of a Bill or Note” 1920 (20) *Columbia L Rev* 749 762.

⁴⁷*Liberty Trust Co v Tilton* (1914) 217 Mass 462 464, 105 NE 605, LRA 1915 B 144 en Brannan 677.

⁴⁸Die eerste beslissing is *Boston Steel & Iron Co v Steuer* (1903) 183 Mass 140, 66 NE 646. Vgl verder *Bank of Commerce and Savings v Randell* 107 Neb 332, 186 NW 70, 21 ALR 1370 (bespreek in 1922 (20) *Michigan L Rev* 908); *Redfield v Wells* (1918) 31 Idaho 415, 173 P 640; *Drumm Const Co v Forbes* (1922) 305 Ill 303, 137 NE 225, 26 ALR 764 (bespreek in 1923 (21) *Michigan L Rev* 591); *South Shore Securities Co v Goode* 5 M2d 972 162 NYS 2d 962 (Sup Ct 1957) (bespreek in 1958 (32) *St John's L Rev* 334); *Howard National Bank v Wilson* 96 Vt 438, 120 A 889 (1923) (bespreek deur Aigler & Steinheimer 458) en vgl Britton 314 noot 3. In *Davis v National City Bank of Rome supra* word egter van Brannan se argument gesê: *We are, therefore, unable to follow what we interpret to be the reasoning embodied in the text-book mentioned, to the effect that a negotiable instrument payable to a designated person can be negotiated by an intermediary to the payee by mere manual delivery.* (Vgl 1956 (18) *Georgia BJ* 495 498).

⁴⁹Britton 311 e v.

⁵⁰In die gemene reg, waar aanduidings van *mala fides* uit die dokument self geblyk het, het die houe 'n groot rol gespeel by die vasstelling van juis watter faktore op *mala fides* dui. In dié verband is gesê dat so 'n dokument nie *complete and regular* is nie. Hierdie benadering is in a 52(1) voortgesit; Britton 313.

'negotiation' in section 52(4) is read as a synonym for the term 'took' as used in section 52(3). It is quite inconsistent if used otherwise."⁵¹

Hiervolgens moet *negotiated* in a 14 ook as *took* uitgelê word en slaan die verwysing in a 16 na *immediate* en *remote* parties op substansie eerder as op vorm.⁵² In die bepaalde omstandighede sal 'n nemer die dokument neem *by bargain or agreement*.

VI

Die nemer kan dus reëlmatige houer wees. Of hy dit altyd behoort te wees waar hy beantwoord aan die vereistes van a 52, is 'n ander vraag. Die bekendste opvatting in hierdie verband is dié van Aigler,⁵³ wat slegs aan die nemer wat as *purchaser* verkry hierdie status verleen, maar nie waar hy *promisee* is nie. Ontvang hy as *promisee* is hy onderworpe aan elke kontraktuele verweer wat die trekker of maker teen hom mag hê. Is hy egter *purchaser*, kan, na analogie van die sakeregtelike reël waarvolgens 'n *bona fide*-koper onder omstandighede 'n beter reg as sy voorganger verkry, kontraktuele verwere nie teen die nemer aangevoer word nie.⁵⁴ Die kommersiële funksie van verhandelbare dokumente noodsaak die beskerming van die onskuldige nemer net soos wanneer hy geld sou ontvang.

⁵¹Britton 313-4.

⁵²a 14 handel oor onvoltooide dokumente en die voorbehoud daartoe bepaal: [*B*] *ut if any such instrument, after completion, is negotiated to a holder in due course, it is valid and effected.* Geen tegniese verhandeling word hier vereis nie, nie alleen vanweë die losse gebruik van die woord *negotiated* en die stilswye van a 52(1) hieroor nie, maar ook omdat so 'n vereiste nie in ander artikels wat oor onvoltooide dokumente (a 12 en 13) en ander verwere handel, gestel word nie; Britton 314. Hierdie benadering lewer dan 'n oplossing vir *Herdman v Wheeler supra* noot 36 en *Van der Ploeg v Van Zuuk supra* noot 45 (vgl Freezer 117). A 16 bepaal dat [*a*] *s between immediate parties, and as regards a remote party other than a holder in due course* daar aangetoon kan word dat lewering voorwaardelik of slegs vir 'n bepaalde doel was. Die implikasie is dat 'n onmiddellike party soos blyk uit die dokument nie reëlmatige houer kan wees nie. Die verwysing na onmiddellike en verwyderde partye slaan egter op substansie eerder as op vorm (Britton 314 en Brannan 363); dit is onwaarskynlik dat die nemer net to v hierdie verweer die status van reëlmatige houer ontsê word.

⁵³Sien die vermelde „Payees as Holders in Due Course” 1927 (36) *Yale LJ* 608 620 e v en Comment „The Concept of Holder in Due Course” 1968 (68) *Columbia L Rev* 1573. 'n Verbandhoudende opvatting is dié van Moore „The Right of the Remitter of a Bill or Note” 1920 (20) *Columbia L Rev* 749 waarvolgens die nemer slegs reëlmatige houer van 'n remitteerbare dokument kan wees. Hiervolgens sou die nemer van 'n tjek nie reëlmatige houer kan wees nie.

⁵⁴621: *The bill or note, particularly the former was a substitute for money which was property, the bona fide purchase of which was protected against infirmities in the title. To this extent, the bill or note was looked upon, not as the evidence merely of certain promissory undertakings, but as a piece of property.* Vgl in die algemeen Gilmore „The Commercial Doctrine of Good Faith Purchase” 1954 (63) *Yale LJ* 1057.

„But as between the promisor and promisee, who are dealing directly and as such, the instrument has not yet become any part of the credit structure and there is no commercial need for the paper to be likened to money.”⁵⁵

Daar bestaan gemeenregtelike steun vir hierdie benadering,⁵⁶ maar dit is nie sonder meer in die Amerikaanse regspraak aanvaar nie; trouens, Aigler toon self aan dat die nemer soms as reëlmatige houër beskou is, hoewel hy slegs *promisee* was.⁵⁷ Die heersende beskouing is dat die nemer reëlmatige houër is, mits hy maar beantwoord aan die vereistes van a 52, omdat hy ook in ander gevalle as *purchaser* beskermingswaardig is.⁵⁸ 'n Ontleding van enkele van dié situasies volg hieronder. Aigler se standpunt bied egter 'n nuttige aanknopingspunt, want dit is juis waar daar *geen onderliggende verbintenistregtelike verbinding tussen nemer en trekker of maker* is waarop hy kan staatmaak nie, dat die grootste behoefte aan sy beskerming bestaan.

VII

In die enkele voorbeelde wat hieronder bespreek word, kom die status van die nemer as reëlmatige houër ter sprake. Die doel van hierdie bespreking is tweeledig: enersyds om vas te stel of daar 'n behoefte in die Amerikaanse reg bestaan om hom as reëlmatige houër te beskou en indien wel, om vas te stel watter beperkinge, anders as dié in a 52 genoem, op hom gelê is.

(a) Die eerste is die bekende remittent-transaksie waar die trekker 'n wissel aan die remittent verkoop wat dit neem om sy eie skuldeiser, die nemer, te betaal. Die verstandhouding tussen trekker en remittent is dat die remittent op 'n bepaalde dag die trekker sal terugbetaal. Kan die trekker hom nou teenoor die nemer op 'n *failure of consideration* beroep indien die remittent versuim? Volgens sommige beslissings kan hy wel. Hierdie klaarblyklik onbillike resultaat kan vermy word indien die nemer as reëlmatige houër beskou word.⁵⁹

⁵⁵622.

⁵⁶Sien deel I *supra*.

⁵⁷626 en 629.

⁵⁸Britton 315; Feezer 116 e.v.; Chafee „Progress of the Law - Bills and Notes” 1920 (33) *Harvard L Rev* 255 271; Brannan 675 e.v.; Aigler & Steinheimer 459 e.v. en Comment „Payees as Holders in Due Course” 1927 (36) *Yale LJ* 1005 1012 e.v.

⁵⁹a 28 bepaal: *Absence or failure of consideration is a matter of defence as against any person not a holder in due course . . .* Sien *Kinder v Fisher's National Bank* 93 Ind App 213, 177 NE 904 (kritiseer deur Brannan 547 o.a. omdat die nemer nie as reëlmatige houër beskou is nie); Moore 756 en beslissings aangehaal 759 noot 9. Vgl verder Comment 2 (voorbeelde a en b) op a 3 - 302 UCC (*infra* noot 74) en die onbillike resultaat in *Pendley v Credit Equipment Corp* 92 Ga App 658, 89 SE 2d 567 (1955) en kritiek in 1956 (18) *Georgia BJ* 495 asook *South Shore Securities Co v Goode supra* en die bespreking in 1968 (68) *Columbia L Rev* 1573 1583 en 1958 (32) *St John's L Rev* 334. Sien ook Wickhem „Consideration and Value in Negotiable Instruments” 1926 (3) *Wisconsin L Rev* 321 329.

(b) Waar die nemer en die trekker of maker in 'n kontraktuele verhouding met mekaar staan, kan verweere wat op die onderliggende verhouding baseer is, teen die nemer aangevoer word. Die vraag of die nemer reëlmatige houer kan wees, is egter belangrik waar 'n verandering aan die dokument voor lewering aangebly is of waar blanko dele in die dokument strydig met opdragte ingevul is. Uiteenlopende beslissings bestaan hieroor;⁶⁰ waar die nemer wel as reëlmatige houer beskou is, is dit bloot op die billikeheidsgrondslag dat hy te goeder trou waarde vir die dokument gegee het.⁶¹

(c) Waar die nemer teen 'n akkommodasie-endossant optree, word die volgende uitgangspunt aangetref in beslissings wat die nemer die status van reëlmatige houer ontsê:⁶² dat enige verweer wat tussen geakkommodeerde en endossant bestaan - onder meer ook bedrog van die trekker of maker - teen die nemer ontvanklik is. In talle beslissings is die nemer ook - hoewel hy uit en uit *promisee* is - as reëlmatige houer beskou.⁶³

(d) Vierdens word gekyk na die situasie waar die trekker of maker deur die bedrog van 'n derde of van die medemaker of -trekker ooreed word om die dokument te onderteken. Die algemene beginsel is dat tussen die oorspronklike partye tot 'n dokument en teenoor 'n latere houer bedrog *in the consideration or procurement of the bill or the note* wel 'n verweer is, mits dit die bedrag is van die nemer of latere houer of iemand wat namens hulle optree.⁶⁴ Dus is die bedrog van 'n derde geen verweer nie. Net so is die bedrog van 'n medemaker of -trekker geen verweer teenoor die nemer nie.⁶⁵ Nou is dit opmerklik dat die nemer selfs in hierdie gevalle waar op die bedrog van 'n derde of van 'n medeskuldenaar gesteun word, as reëlmatige houer beskou is, hoewel dié verweer in elk geval nie teen hom *qua* houer ontvanklik sou wees nie.⁶⁶

⁶⁰1927 (36) *Yale LJ* 1005 1008 en vgl Aigler 626 se bespreking van *Thorpe v White* 188 Mass 333, 74 NE 592 (1905).

⁶¹Vgl *Boston Steel & Iron Co v Steuer supra* bespreek in Braucher & Sutherland *Commercial Transactions, Text Cases and Problems* 3e uitg 1964 527.

⁶²Vgl 1927 (36) *Yale LJ* 1005 1007. A 58 waarop gesteun word, bepaal: *In the hands of any holder other than a holder in due course, a negotiable instrument is subject to the same defences as if it were non-negotiable . . .*

⁶³*Liberty Trust Co v Tilton supra* en *Johnston v Knipe* 260 Pa 504, 105 Atl 705 (1918) en oor lg saak vgl Aigler 629. Daar kan argumenteer word dat die beginsels van die kontraktereg hier voldoende beskerming aan die nemer bied (1927 (36) *Yale LJ* 1005 1007 n 13); dit is egter slegs waar die nemer 'n nuwe *consideration* vir die dokument gegee het. Waar die dokument egter bv vir 'n voorafbestaande skuld gegee is, moet die nemer reëlmatige houer wees, anders kan die endossant hom op *failure of consideration* tussen hom en die trekker of maker beroep.

⁶⁴*Corpus Juris Secundum* § 496 en Lavine *Modern Business Law* 2e uitg 1963 294.

⁶⁵*Corpus Juris Secundum* § 497.

⁶⁶Vgl die beslissings by Britton 311-2 en Brannan 675 ev en *Drumm Const Co v Forbes supra* (bespreek in 1923(36) Harv L Rev 751 en 1923(21) Michigan L Rev

Die indruk word gewek dat wanneer 'n houer nie onderworpe aan 'n sekere verweer is nie, hy meteen nou ook as reëlmatige houer beskou word. Dit gee 'n baie wye inhoud aan hierdie begrip.⁶⁷

VIII

Uit hierdie kort skets van enkele situasies waarin die nemer se status ter sprake kom, kan sekere gevolgtrekkings gemaak word. Dit blyk dat die nemer merendeel as reëlmatige houer beskou is, self ook in daardie gevalle waar 'n beroep op hierdie status onnodig was en waar die gewone beginsels aan hom voldoende beskerming sou bied. Maar dan is hy ook as reëlmatige houer beskou waar sy vordering andersins ontsetel sou word. Dit bring mee dat die begrip reëlmatige houer 'n baie wye inhoud in die Amerikaanse reg het. Binne die raamwerk van hierdie begrip word nemer en geëndosseerde deur die voorstanders van hierdie benadering gelykgestel.

„The cardinal purpose of the principles developed in the law merchant has been the protection of a *bona fide* holder for value who has acquired a negotiable instrument in the due course of trade business. Commercial paper serves as common currency . . . and experience has taught that it is dangerous to cast doubt even upon a payee's right to recover when he has taken commercial paper complete and regular on its face, honestly and for value.”⁶⁸

Enige beperking wat dan op die nemer geplaas moet word, moet binne die kader van a 52 geskied. Geen duidelikheid bestaan hieroor nie; trouens, dit is juis hierdie probleem om 'n beperking te vind wat tot die groot aantal beslissings wat die nemer hierdie status ontsê het, gelei het.⁶⁹

IX

Die *Uniform Commercial Code (UCC)*, waarvan 'n finale ontwerp in 1958 publiseer is en wat sedertdien in al die Amerikaanse state adopteer is, het 'n nuwe tydvak in die Amerikaanse handelsreg ingelei.⁷⁰ Die

591) en *Howard National Bank v Wilson supra*. Verder 1927(36) *Yale LJ* 1005 1009 en deel XI *infra*. Hierby kan ook gevoeg word gevalle waar die trekker of maker die dokument aan die nemer lewer in stryd met 'n verstandhouding met die medemakers of -trekkers. Klaarblyklik is dit moeilik om hier te onderskei tussen die nemer as *purchaser* en as *promisee*. Wat hier die deurslag gee is die *commercial desirability that defences between co-makers should be cut off not only as against endorsees but also as against payees taking in good faith and for value*; 1927(36) *Yale LJ* 1005 1009.

⁶⁷Vgl in die algemeen die bespreking by Britton 328 *ev* en 1968(68) *Columbia L Rev* 1573 1576.

⁶⁸*Howard National Bank v Wilson supra* 894.

⁶⁹Britton 318 toon aan dat die vereiste dat die dokument *complete and regular* moet wees, hom hiertoe leen, mits dit as 'n uitdrukking van die *bona fides*-vereiste beskou word.

⁷⁰Vir die geskiedenis hiervan vgl Beutel „The Proposed Uniform Commercial Code as a Problem in Codification” 1951 (16) *Law and Contemporary Problems* 141

UCC is nie 'n kode in die Kontinentale sin nie, maar is 'n geïntegreerde wetsontwerp wat kommersiële transaksies wat op die beweging van goedere berus, reguleer. Geen kommersiële transaksie is bestaanbaar sonder 'n betalingsmiddel nie. 'n Ondersoek van die handelsreg het gevolglik 'n herwaardering van *NIL* teweeggebring.⁷¹ Die *UCC* handel dus nie slegs oor verhandelbare dokumente nie, maar oor 'n groot verskeidenheid onderwerpe. In a 3 word verhandelbare dokumente behandel.⁷²

X

A 3.302(1) bevat 'n vereenvoudigde definisie van reëlmatige houer:

A holder in due course is a holder who takes the instrument

(a) *for value;*

(b) *in good faith;*

(c) *without notice that it is overdue or has been dishonoured or of any defence against or claim to it on the part of any person.*

Dit is opmerklik dat die omstrede *negotiated*, wat tot soveel uiteenlopende beslissings onder *NIL* gelei het, weggelaat is.⁷³ Die opstellers het egter goedgevind om uitdruklik in a 3.302(2) te bepaal: *A payee may be a holder in due course*, ten einde die onsekerheid wat oor die status van die nemer bestaan het, te beëindig.⁷⁴

142-5; Braucher „The Legislative History of the Uniform Commercial Code” 1958 (58) *Columbia L Rev* 798 en Britton 14-5.

⁷¹Guttman „Article 3 - Commercial Paper; An Updating of Well-tried Concepts” 1965 (11) *Howard LJ* 49 52 en Mentschikoff „Highlights of the Uniform Commercial Code” 1964 (27) *Modern L Rev* 167 167-8.

⁷²Alle verwysings na die *UCC* en die kommentaar daarop is na *Uniform Commercial Code (Uniform Laws Annotated)* 1968.

⁷³Dit is egter steeds nie duidelik of verhandeling die enigste wyse is waarop 'n persoon houer kan word nie. Sommige howe (sien noot 45 *supra*) het onder *NIL* die eerste lewering van 'n dokument as die uitgifte daarvan en nie as 'n verhandeling gesien nie. Daar kan nou argumenteer word dat met die behoud van die begrip *issue* en die verwydering van *negotiated* uit die definisie van reëlmatige houer, die eerste lewering nog steeds nie 'n verhandeling is nie en dat lg verandering spesifiek aangebring is om die moontlikheid te skep dat die nemer reëlmatige houer kan wees; White „Some Petty Complaints About Article Three” 1967 (65) *Michigan L Rev* 1315 1319; *contra* Aigler & Steinheimer 461.

⁷⁴Comment 2 op a 3-302: *Sub-section 2 is intended to settle the long-continued conflict over the status of the payee as a holder in due course. This conflict has turned very largely upon the word 'negotiated' in the original section 52(4), which is now eliminated. The position here taken is that the payee may become a holder in due course to the same extent and under the same circumstances as any other holder. This is true whether he takes the instrument by purchase from a third person or directly from the obligor. All that is necessary is that the payee meet the requirements of this section.*” Die bepaling is allerwêë verwelkom; Britton, „Holder in Due Course-A Comparison of the Provisions of the Negotiable Instruments Law with those of Article 3 of the Proposed Commercial Code” 1955 (72) *Banking LJ* 381 389. In die offisiële kommentaar

Hierdie bepaling beteken dat enige nemer reëlmatige houër kan en in die meeste gevalle sal wees. Belangrike beperkings word egter deur a 3.305 op die vorderingsreg van die reëlmatige houër gelê. Dit bepaal onder meer dat hy die dokument neem vry van (2) *all defenses of any party to the instrument with whom the holder has not dealt* en enkele bekende uitsonderings soos minderjarigheid, handelingsonbevoegdheid ensovoorts word genoem.⁷⁵ Hoewel die nemer nou maklik reëlmatige houër kan wees, is hier 'n effektiewe beperking op sy vorderingsreg as reëlmatige houër geplaas - 'n beperking wat natuurlik nie net op die nemer van toepassing is nie, maar wat ook die geëndosseerde se vordering kan ontsetel.⁷⁶ Hierdie beperking het egter nie in *NIL* bestaan nie en die invoering daarvan in die *UCC* het 'n belangrike verandering in die inhoud van die streng omskrewe begrip reëlmatige houër meegebring.⁷⁷

op a 3 - 302 (2) word die volgende gevalle uiteengesit waarin dit nou moontlik vir die nemer is om reëlmatige houër te wees:

„a A remitter, purchasing goods from P, obtains a bank draft payable to P and forwards it to P, who takes it for value, in good faith and without notice as required by this section.

b The remitter buys the bank draft payable to P, but it is forwarded by the bank directly to P, who takes it in payment of the remitter's obligation to him.

c A and B sign a note as co-makers. A induces B to sign by fraud, and without authority from B delivers the note to P, who takes it for value, in good faith and without notice.

d A defrauds the maker into signing an instrument payable to P. P pays A for it in good faith and without notice, and the maker delivers the instrument directly to P.

e D draws a check payable to P in payment of D's debt. The agent delivers it to P, who takes it in good faith and without notice in payment of the agent's debt to P. But as to this case see section 3 - 304 (2), which may apply.

f D draws a check payable to P but blank as to the amount, and gives it to his agent to be delivered to P. The agent fills in the check with an excessive amount, and P takes it for value, in good faith and without notice.

g D draws a check blank as to the name of the payee, and gives it to his agent to be filled in with the name of A and delivered to A. The agent fills in the name of P, and P takes the check in good faith, for value and without notice.”

⁷⁵Vir kritiek op die formulering van hierdie artikel en van a 3-302 vgl 1968 (68) *Columbia L Rev* 1573 1578-9.

⁷⁶Waarskynlik plaas hierdie artikel 'n praktiese beperking op die vordering van die finansier-geëndosseerde teen die trekker of maker, wat die koper van verbruiks-goedere is; vgl Oppenheimer „Consumer Financing, Negotiable Instruments, and the Uniform Commercial Code: A Solution to the Judicial Dilemma” 1970 (55) *Cornell LQ* 611 619.

⁷⁷Vgl 1968 (68) *Columbia L Rev* 1573 op 1578-9: *It is unfortunate, however, that section 3-302 and the language in the Comment give no hint that the illustrations [vgl noot 74] are drawn to be within the scope of the section 3-305 limitation. Never is it suggested in section 3-302 that “Holder in Due Course” is no longer the definitive concept for freedom from defenses which it was under the NIL. The Comment states only that “the changes are intended to remove uncertainties arising under the original section”. There was never any uncertainty that once a payee was held a holder in due course, he was home free.*

In *Moti & Co v Cassim's Trustee*⁷⁸ het die Suid-Afrikaanse appèlhof in 1924 die standpunt ingeneem dat die nemer van 'n orderdokument nie die reëlmatige houer daarvan kan wees nie, omdat hy dit nie deur verhandeling nie maar deur uitgifte verkry het. Hierdie uitspraak is sedertdien nagevolg.⁷⁹ Enige verandering aan hierdie reël sal waarskynlik, soos Cowen⁸⁰ aantoon, by wyse van wetgewing moet geskied. Dit is gevolglik onwaarskynlik dat die Suid-Afrikaanse houe kennis sal neem van die uitleg van sommige Amerikaanse skrywers en houe van die betrokke artikels.⁸¹ Om vas te stel of dit 'n wenslike toestand is, word twee verwee wat teen die nemer geopper kan word in oënskou geneem.

(a) Kan die trekker of maker hom teenoor die nemer op die bedrog van 'n derde beroep? Die beslissing *De Clerq v Steyn*⁸² bied hier 'n aanknopingspunt: Deur die opsetlike wanvoorstelling van X onderneem

⁷⁸noot 1 *supra* en vgl *Thal v Cleveland Oil Co* 1922 CPD 7 12 en *Ullman Bros and Davidson v Railton* 3 TS 596 599. In *Standard Bank of South Africa Ltd v Winder, Baxter and Abrahams* 1920 WLD 102 skeep die kopstuk verkeerdlik die indruk dat die hof wel die nemer as reëlmatige houer beskou het. Hierdie interpretasie van die betrokke artikels van die Wisselwet 34 van 1964 en sy voorgangers lei tot sekere absurde resultate: Enersyds kan betoog word dat die nemer van 'n toonderdokument (N of toonder) wel reëlmatige houer daarvan kan wees, omdat dit verhandel word deur lewering aan iemand wat as houer neem sonder dat die oordraggewer self houer hoef te wees (a 29 (1) en (2)). Indien hierteen geopper word dat die eerste lewering nog steeds net uitgifte (a 1 (xiii)) is (vgl *Herdman v Wheeler supra* 376) en nie ook verhandeling nie, kan die nemer nogtans reëlmatige houer wees waar die trekker die dokument aan 'n derde lewer wat as houer neem omdat dit 'n toonderdokument is (uitgifte) en dié derde dit aan die nemer deur lewering verhandel. Andersyds kan die trekker 'n wissel aan homself of order trek, dit aan sy skuldenaar endosseer en lewer. Die skuldenaar is natuurlik nie nemer nie, maar is hy nou reëlmatige houer? Is hierdie eerste lewering nog steeds net uitgifte of vind daar ook 'n verhandeling plaas?

⁷⁹Vgl o.a. *Karabus Motors (1959) Ltd v Van Eck* 1962 1 SA 451 (K); *Viljoen v SIK Investment Corporation (Pty) Ltd* 1969 3 SA 582 (T) en *De Clerq v Steyn* 1930 TPD 747.

⁸⁰*Cowen on the Law of Negotiable Instruments in South Africa* 4e uitg 1966 deur Cowen en Gering (Cowen) 278.

⁸¹*supra* deel VI. Vgl ook De Wet & Yeats *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* 3e uitg 1964 361; Van der Merwe „Enkele Probleme wat uit ons Wisselwetgewing Voortspruit” 1959 (22) *THRHR* 275; Hamman se bespreking van die 1e uitg van *De Wet & Yeats* in 1949 (12) *THRHR* 218 253 en ar De Villiers se uitspraak in die *Moti*-saak *supra* 748. A 27 van wet 34 van 1964 definieer reëlmatige houer, en sub-a 1(b) bepaal: *Hy moet die wissel te goeder trou en vir waarde geneem het, en toe die wissel aan hom verhandel is, moet hy geen kennis gedra het van enige gebreke in die titel van die persoon wat dit aan hom verhandel het nie.* A 29(3) bepaal: *'n Wissel betaalbaar aan order word deur die endossement van die houer, aangevul deur lewering, verhandel.*

⁸²*supra*. Vgl ook Van der Merwe 277-8 en Cowen 276.

M om aan hom 'n bedrag te betaal. Op versoek van X onderteken hy vervolgens 'n promesse betaalbaar nie aan X nie maar aan N. X maak N wys dat die promesse deur M aan hom gegee is ter betaling van 'n bedrag wat M aan X verskuldig was en N gee te goeder trou waarde vir die promesse. Teenoor N verweer M hom nou op die bedrog van X. Hierdie verweer word gehandhaaf: volgens die *Moti*-saak is die nemer van 'n orderdokument nie die reëlmatige houër daarvan nie; sy regte moet dus volgens die gemene reg bepaal word:

„The ordinary principle is that a person who has obtained a thing by fraud cannot pass on a good title to it. Applying that principle, Rossouw [X] having obtained the note by fraud could not transfer to the plaintiff any right against the defendant . . .”⁸³

Indien die hof deur gebruik van die woord *title* na eiendomsreg van die promesse verwys, kan 'n mens nie hiermee saamstem nie.⁸⁴ Wat die hof waarskynlik hier te kenne gee is dat X sy vorderingsreg teen M aan N seeder het en dat N as sessionaris onderworpe is aan daardie verweere wat M teen X sou kon opwerp - hier die bedrog van X. Anders gestel: M en N is verwyderde partye en omdat X se sessie nie 'n verhandeling is nie, is N nie 'n reëlmatige houër nie; dus kan teenoor N al daardie verweere geopper word wat teen 'n sessionaris ontvanklik sou wees,⁸⁵ en teenoor 'n sessionaris kan die skuldenaar op die bedrog van die sedent staatmaak.⁸⁶

In hierdie beslissing het M en N in geen onderliggende verbintenisregtelike verhouding met mekaar gestaan nie. Dit skyn veral hier onbillik te wees om die nemer van 'n verhandelbare dokument te belas met verweere wat spruit uit 'n verbintenis waartoe hy vreemd is. Daar skyn geen rede te wees om die nemer anders as 'n geëndosseerde te behandel nie - geen rede anders as die tegniese verhandeling wat in die *Moti*-saak vereis is nie.⁸⁷

Die indruk word nou egter in *Karabus Motors (1959) Ltd v Van Eck*⁸⁸ geskep dat die trekker of maker hom in elk geval nie op die bedrog van 'n derde teenoor die nemer *qua* houër kan beroep nie. Hier het T deur die bedrog van sy vermeende skuldeiser X 'n tjek getrek betaalbaar nie aan X nie maar aan N, aan wie X op sy beurt 'n bedrag verskuldig was. Die tjek is deur T aan N gelewer,⁸⁹ sonder dat daar dus

⁸³752.

⁸⁴Eiendomsreg gaan oor indien M die bedoeling het om dit aan X oor te dra en X die bedoeling het om dit te ontvang; vgl Scholtens „Justa Causa Traditionis and Contracts Induced by Fraud” 1957 (74) *SALJ* 280. X is dus eienaar van die promesse en kan eiendomsreg daarvan aan N oordra.

⁸⁵Vgl Cowen 266 ev en 271.

⁸⁶Vgl *Van Zyl v Credit Corporation of SA Ltd* 1960 4 SA 582 (A) 589.

⁸⁷*supra* noot 1 en vgl Van der Merwe 277.

⁸⁸1962 1 SA 451 (K).

⁸⁹453-4.

'n „verhandeling” deur X soos in die *De Clerq*-saak was. T se beroep op X se bedrog word van die hand gewys:

„The plaintiff, being the payee of the cheque, is not a holder in due course . . . and plaintiff and defendant are immediate parties to the cheque. That being so defendant may set up against plaintiff any defence which would have been available to him had the action been brought on an ordinary written contract. Could the defendant in those circumstances successfully have set up the defence that, although he signed the cheque and delivered it to the plaintiff with the serious and deliberate intention of establishing a legal obligation, he was induced to do so by a false representation by a third party that he, defendant, owed money to that third party? In my opinion he he could not. It is a general rule of our law that if the fraud which induces a contract does not proceed from one of the parties, but from an independent third person, it will have no effect upon the contract.”⁹⁰

Teen hierdie uiteensetting bestaan geen beswaar nie. Die vraag is waarom die verhouding tussen T en N as onmiddellik beskou word. Volgens die omskrywing van Cowen⁹¹ van onmiddellike en verwyderde partye kan die lewering deur T van die tjek aan N as 'n *direct dealing* beskou word. Verwyderde partye is hulle beslis nie, want hul verhouding ontstaan nie uit hul onderskeie onderhandelinge met *some other party or parties to the instrument* nie. In hierdie saak het trekker en nemer dus in 'n onmiddellike verhouding gestaan.

Myns insiens sou dit egter beter wees om die verhouding tussen houer en wisselskuldenaar as verwyderd aan te merk, indien die houer sy vorderingsreg teen die wisselskuldenaar verkry het uit 'n verhandeling (of sessie) van die dokument aan hom deur 'n derde, wat dan ook buite die dokument mag staan. Is dit nie die geval nie, moet die verhouding tussen houer en wisselskuldenaar op die dokument waarin die wetlike onderneming van die wisselskuldenaar beliggaam is - dus volgens kontraktuele beginsels - beoordeel word.⁹² Dan is die verhouding onmiddellik. Op hierdie wyse kan aan die vae begrippe *direct dealings* en *dealings* wat Cowen gebruik, inhoud gegee word.

⁹⁰453B-D en vgl ook Hamilton 1912 (24) *Jur Rev* 41 49 en Cowen 289-90. In hierdie verband word soms gepraat van 'n verhandelbare dokument as 'n kontrak (vgl *Froman v Robertson* 1971 1 SA 115 (A) 120E-H) wanneer na die wetlike ondernemings van die wisselpartye verwys word.

⁹¹*Persons are immediate parties as regards each other if their legal relations as parties to the instrument arise out of direct dealings with each other. On the other hand, persons are remote parties if their legal relations as parties arise not out of direct dealings with each other, but out of their respective dealings with some other party or parties to the instrument.* Vgl ook Falconbridge 665.

⁹²Vgl in die algemeen *Froman v Robertson supra* 121 ev, *Talbot v Von Boris supra* en Cowen 289-90. Wat die aanspreeklikheid van die akseptant betref: die nemer verkry sy vorderingsreg teen die akseptant uit die akseptasie self. Teenoor die nemer kan die akseptant hom dus nie op die bedrog van 'n derde beroep nie; *Standard Bank of SA Ltd v Sweet* 1924 OPD 30. *Ayres v Moore* 1940 1 KB 278 is mi verkeerd beslis; vgl *Karabus*-saak *supra* 454.

In die *Karabus*-saak het die nemer sy vorderingsreg teen die trekker nie van X of 'n ander deur verhandeling (of sessie) verkry nie; die verhouding tussen trekker en nemer is dus tereg volgens kontraktuele beginsels beoordeel.

Om saam te vat word dan betoog dat daar 'n behoefte bestaan om die nemer as reëlmatige houër te beskou ten einde hom vry te laat staan van die verweer van die bedrog van 'n derde, juis waar hy die dokument deur „verhandeling” verkry het. Het hy nie deur „verhandeling” verkry nie, bied kontraktuele beginsels aan hom voldoende beskerming.⁹³

(b) Die tweede geval wat behandel word, kan met die sogenaamde remittent-situasie vergelyk word.⁹⁴ In *Viljoen v SIK Investment Corporation (Pty) Ltd*⁹⁵ het T 'n tjek getrek en aan handelaar X afgegee as gedeeltelike betaling vir die prys van 'n stroper ingevolge 'n huurkoopkontrak. Die naam van die nemer was nie ingevul nie en X vul later N se naam in en lewer die tjek aan N. N is 'n finansieringsmaatskappy wat die huurkoopkontrak verdiskonteer het. Die stroper is gebrekkig en T tree uit die ooreenkoms terug.

Teenoor N beroep T hom op die wanprestasie van X. In appèl word dié verweer gehandhaaf. Die wanprestasie van X, so lui die uitspraak van regter Viljoen,⁹⁶ is 'n verweer *in rem* omdat dit die wese van die kontraktuele verhouding tussen T en X raak. N sou dus slegs hieraan vrystaan indien hy 'n reëlmatige houër is. Die nemer van 'n orderdokument kan egter nie reëlmatige houër wees nie.

„Aangesien die eiser dus slegs 'n houër is en nie reëlmatige houër nie staan hy dus wel bloot aan die verweer *in rem* wat die verweerder [T] teen die ander kontraksparty [X] . . . kan opwerp en is hy in geen beter posisie

⁹³Vgl egter Hamilton 1912 (24) *Jur Rev* 41 49 waar hy sê: *These perplexities are to be avoided just by bearing in mind that the relation of immediate parties to a bill or promissory note is simply contractual. . . . The incidents of the contracts undertaken by the various parties are set forth in the act as the result of an immemorial sequence of decision and tradition. . . . These contracts, like other written contracts, may in certain circumstances be shown not to represent the real agreement of parties . . . they may be shown to have been procured by fraud . . . ; or to have been ostensibly entered into for one of the parties by some agent who had no authority to do so . . .* Om hiermee te kenne te gee dat die verpligtinge van die wisselpartye altyd volgens kontrak beoordeel moet word, is om die tweeslagtige aard van 'n verhandelbare dokument te ontken, nl dat dit 'n saak is wat ook 'n skuldvordering beliggaam. Vgl Ronse „De Abstracte Verbintenis in Het Wisselrecht. Oorsprong, Grondslag en Draagwijdte” 1962 (25) *Rechtskundig Weekblad* 2147 2150: *Het gaat hier helemaal niet over beeldspraak. De onzichtbare schuldvordering is werkelijk gematerialiseerd in een roerende zaak, - het papier, - en zal hierdoor onderworpen zijn aan het regime van de roerenden goederen.* Asook Aigler 620 ev.

⁹⁴Vgl deel I en II *supra*.

⁹⁵1969 3 SA 582 (T).

⁹⁶585.

as wat 'n sessionaris sou wees nie. Die stelreël *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* geld in sy volle omvang.”

Die trekker en nemer was hier dus verwyderde partye; die nemer het sy vorderingsreg teen die trekker verkry deur X se „verhandeling” van die tjek aan hom. Hierdie „verhandeling” is egter geen verhandeling volgens die *Moti*-saak nie;⁹⁷ daarom het die nemer nie meer regte as 'n sessionaris nie. Wat sou nou die posisie wees indien N in die onderhawige saak nie sy vorderingsreg deur „verhandeling” verkry het nie, maar T die dokument self aan hom gelewer het? Kan T hom nou ook op die wanprestasie van X beroep? Die nemer se vorderingsreg teen die trekker is nie nou verkry van 'n voorganger nie, maar spruit uit die dokument self. Daarom moet die verhouding tussen trekker en nemer hier op die dokument - weer eens volgens kontraktuele beginsels - beoordeel word. T kan hom dus nie nou op die wanprestasie van X beroep nie.⁹⁸

Net soos waar die bedrog van 'n derde teen die nemer geopper word, staan die nemer ook hier onder sekere omstandighede bloot aan die verwere wat spruit uit die onderliggende verhouding wat aanleiding tot die uitgifte van die verhandelbare dokument gegee het. Hierdie omstandighede is aanwesig wanneer hy die dokument deur „verhandeling” van 'n derde wat buite die dokument staan, verkry het.⁹⁹

⁹⁷In hierdie verband moet *Barker v Benson* 1922 CPD 233 genoem word: M onderteken 'n promesse betaalbaar aan N en lewer dit aan X met die verstandhouding dat dit onder sekere omstandighede teruggegee sal word. Strydig met hierdie afspraak lewer X dit aan N wat te goeder trou waarde daarvoor gee. Die hof beslis dat M nie X se kontrakbreuk teenoor N kan opwerp nie. X se lewering aan N is dus 'n verhandeling en as sodanig is hierdie saak in stryd met die *Moti*-saak *supra*. Die hof se uitspraak is egter op die *consideration*-leer baseer, wat dit moeilik verklaarbaar maak.

⁹⁸In *Froman v Robertson supra* het T 'n tjek ten gunste van N getrek en aan hom gelewer ter betaling van 'n skuld wat X teenoor N gehad het. T het die betaling aan N gedoen na 'n ooreenkoms tussen hom en X waarvolgens X al sy regte en verpligtinge uit 'n koopkontrak tussen X en N aan T „sedeer” het. N het egter nie T as sy skuldenaar aanvaar nie. T word teenoor N aanspreeklik gehou: *There is nothing in the papers to indicate that appellant [T] did not act seriously and deliberately and with the intention to incur a lawful obligation on the cheque* (127G-H). Hier is natuurlik nie van wanprestasie sprake nie, maar die beginsel is dieselfde.

⁹⁹Vgl ook die feite in *Herdman v Wheeler supra* en *Re Jones Ltd v Waring & Gillow Ltd supra*. Vgl verder ook a 18(3) en 19(2). In 'n mate word die nemer in hierdie gevalle deur estoppel (Cowen 183 ev) beskerm, maar nie altyd nie (*Lloyd's Bank Ltd v Cooke supra* 803). Hier kan ook verwys word na a 54 wat in elk geval (d w s of die nemer nou deur „verhandeling” of andersins verkry het) 'n onnodige beswaring van die nemer inhou. 'n Wysiging om dié artikel ook op 'n gewone houer van toepassing te maak, sal sekerlik bevorderlik vir die handelsverkeer wees (vgl ar Kotzé in die *Moti*-saak *supra* 740). Waar die avalis deur die trekker bedrieg word of waar die trekker die dokument in stryd met 'n afspraak met die avalis aan die nemer of aan 'n derde lewer, behoort die avalis mi volgens kontraktuele

Uit die voorgaande word die gevolgtrekking gemaak dat die nemer reëlmatige houer behoort te wees wanneer die dokument aan hom deur 'n derde „verhandel” is. Omdat 'n beperkende interpretasie in die *Moti*-saak aan die begrip „verhandeling” gegee is, is dit nodig om 'n wysiging aan die Wisselwet 34 van 1964 aan te bring ten einde die nemer in staat te stel om onder hierdie omstandighede reëlmatige houer te word. Hierdie resultaat kan moontlik bereik word deur a 29(3) deur die volgende te vervang:

„'n Wissel betaalbaar aan order word aan die nemer deur lewering deur 'n derde en aan 'n latere party deur die endossement van die houer, aangevul deur lewering, verhandel.”

Met so 'n wysiging sal dan statutêre erkenning verleen word aan die verhandeling van 'n dokument deur 'n buitestaander. Hiervoor bestaan voldoende gemeenregtelike gesag.¹⁰⁰ Hierdie wysiging word voorgestel binne die bestek van die interpretasie wat in die *Moti*-saak aan die bepalings van die voorganger van die huidige wisselwet geheg is. Hiermee wil nie te kenne gegee word dat 'n goeie saak vir 'n ander uitleg nie uitgemaak kan word nie, maar slegs dat dit onwaarskynlik is dat in die toekoms van die *Moti*-saak afgewyk sal word.

Die begrip reëlmatige houer beteken tradisioneel dat hierdie houer nie blootstaan aan die persoonlike verwere van die ander wissel-partye nie. Dit is sekerlik in belang van regsekerheid en doelmatigheid

beginsels aanspreeklik te wees. Dit is dus nie hier nodig dat die nemer reëlmatige houer hoef te wees nie. Slegs waar die derde die avalis bedrieg of die dokument in stryd met sy afspraak met die avalis aan die nemer „verhandel,” is dit nodig dat die nemer reëlmatige houer is om sodoende nie aan hierdie verwere bloot te staan nie.

¹⁰⁰Sien deel I en II *supra* en die opvatting van Aigler *supra* deel VI. 'n Ander moontlikheid waarteen geen beswaar is nie, is om die nemer toe te laat om reëlmatige houer te wees onder die omstandighede genoem in a 3-302(1) van die *UCC* (deel XI *supra*). Teenoor die nemer *qua* reëlmatige houer wat dan in 'n onderliggende kontraktuele verhouding met die trekker of maker staan en die dokument bv as betaling ontvang het, kan mi nogtans verwere wat uit daardie verhouding spruit, geopper word, omdat hul verhouding as partye tot die dokument nog steeds onmiddellik is (vgl noot 91 *supra*.) Sien egter Hamman 1949 (12) *THRHR* 218 253 wat mi ten onregte te kenne gee dat die nemer in so 'n geval nooit reëlmatige houer kan wees nie omdat hy *van alles in verband staande met die onderliggende verhouding* weet of behoort te weet. Dit is bv heel denkbaar dat 'n verkoper nie van gebreke in die koopsaak weet nie, al behoort hy te weet; dit maak hom nog nie *mala fide* nie. Vgl hieroor verder Ronse 2154: *In het moderne recht is er tussen de onmiddellijk verbonden partijen slechts plaats voor formele abstractie, die ook processuele abstractie of bewijsabstractie genoemd word. Deze abstractie behelst geenzins de niet-tegenstelbaarheid van verweermiddelen. Zij ontlast de schuldeiser van elke aanvoeringslast en elke bewijslast, andere dan betreffende de ingeroepen betalingsbelofte. . . . En op de verweerder rust de bewijslast dat hij zonder rechtsgrond verbonden was of dat de rechtsgrond van zijn verbintenis verdwenen is.*

om die begrip so te behou. Die struktuur van die samelewing verander egter en nuwe wyses van betaling en finansiering kom in gebruik. Opvattinge en begrippe wat in 1882 met die aanname van die *Bills of Exchange Act* waarop die Suid-Afrikaanse wisselwet van 1964 baseer is, aanvaarbaar was en waarop die handelsverkeer berus het, is moontlik vandag uitgedien. Dit is sekerlik ook van toepassing op die begrip reëlmattige houër. Waar die wisselreg van bykans 'n eeu gelede gerig was op die beskerming van die *bona fide*-houër vir waarde, het die hedendaagse verbruiker ook sy aanspraak op beskerming in die moderne wisselreg gemaak. Die vraag is of die finansieringsmaatskappy van 'n transaksie tussen handelaar en verbruiker reëlmattige houër van verhandelbare dokumente, wat dien as betaling vir verbruiksgoedere, behoort te wees. Die Amerikaanse *Uniform Commercial Code* bied 'n oplossing wat van die reëlmattige houër onder omstandighede niks anders as 'n gewone houër maak nie. Uit die standpunt van die beskerming van die verbruiker is 'n wenslike resultaat dus in *Viljoen v SIK Investment Corporation (Pty) Ltd* bereik.¹⁰¹ Die finansieringsmaatskappy is egter nie slegs nemer nie, maar is meerendeel geëndosseerde. 'n Waardering van die nuwe probleme en beskermingsaansprake in die samelewing raak dus ook die wisselreg en mag meebring dat tradisionele begrippe - soos dié van reëlmattige houër - noodwendig aangepas moet word.

SUMMARY

The payee as a holder in due course

In 1924 the South African Appeal Court ruled that the payee of a negotiable instrument payable to order could not be the holder in due course thereof because he took the document by issuance and not by negotiation. The problem here discussed is whether the payee should be holder in due course and, if so, in which circumstances.

In both English and European common law a bill could be negotiated to the payee by a third person known as the remitter. The payee was then in a position which may be likened to that of the present day holder in due course and acquired title to the document free from certain defences, particularly failure of consideration, which the drawer had against the remitter. The enactment of the English Bills of Exchange Act 1882 reduced the problem whether the payee could be a holder in due course to one of interpretation. The question was whether a holder had to take by negotiation before he could be holder in due course, and if so, whether a document payable to order could only be negotiated by indorsement and delivery. In 1926 the House of Lords settled the controversy and answered both questions in the affirmative. This approach also prevails in South Africa and was also the attitude of some American courts in interpreting the Uniform Negotiable Investments Law which is

¹⁰¹ *supra* - 'n uitgebreide literatuur bestaan hieroor, o.a. Jones „Finance Companies as Holders in Due Course of Consumer Paper” 1958 *Washington ULQ* 177 en vgl deel X *supra*. In 'n beperkte mate beskerm die Wet op Huurkoop 36 van 1942 a 11 die verbruiker.

to a large extent based on its English counterpart. This was however the minority view. In most American cases it was held that the payee could be a holder in due course and the problem of interpretation was solved by holding that the document was negotiated to the payee when he acquired it by bargain or agreement. The American approach is however more fundamental than one merely of interpretation. The real issue, namely whether the payee should be protected, is discussed. The question is in which circumstances should he be protected? Aigler allows the payee to be holder in due course only when he acquired the instrument by purchase, but denies him this status if he acquired it as promisee. Attractive as his view is, it was not generally accepted, and the prevailing legal opinion under the provisions of NIL was that the payee should be holder in due course in the same circumstances as an indorsee. Any limitation on the payee attaining this status should therefore be within the ambit of the definition of holder in due course. This is the express provision of the Uniform Commercial Code which superseded NIL and finally set to rest the uncertainty over the status of the payee.

South African law follows the English pattern by regarding the question whether the payee may be a holder in due course as a problem of interpretation. This leads to undesirable results where the payee has acquired the document from a third person by a process which may loosely be termed "negotiation" and the drawer or maker raises the defence that the document was procured by the fraud of such third party or relies on a breach of undertaking by such third party. Where the payee does not derive his title from another, he is adequately protected by contract law. It is submitted that the problem may be solved by amending section 29(3) of the Bills of Exchange Act 1964 to read as follows: "A bill payable to order is negotiated to the payee by delivery by a third person and to a subsequent party by the indorsement of the holder completed by delivery." In this way statutory acknowledgement would be given to the negotiation of a document payable to order by a person not a party to the instrument. There is abundant common law authority for this proposition. □

REPERTORIUM VAN SUID-AFRIKAANSE TYDSKRIFARTIKELS

Hierdie jaarlikse publikasie word sedert 1945 deur die Johannesburgse Openbare Biblioteek uitgegee en sluit die *Tydskrif* in. Dit is 'n alfabetiese lys van artikels wat in Suid-Afrikaanse tydskrifte verskyn en is gerangskik volgens die naam van die skrywer en die onderwerp. Dit is veral van waarde vir diegene wat op welke gebied ook al navorsingswerk doen en tydskrifartikels van die dag daarvoor benodig.

Die *Repertorium* kan in die naslaanafdeling van die Johannesburgse Openbare Biblioteek geraadpleeg word en ook in die meeste groter biblioteke in die land. Die lopende dele kan by die Johannesburgse Openbare Biblioteek teen R10,00 per jaarlikse deel verkry word.

The Third Law of the Sea Conference: A preview of some of the issues*

G N Barrie

Law Adviser, Department of Foreign Affairs

During 1973 or as soon thereafter as may be practicable a plenipotentiary conference is to be held

“to deal with the establishment of an equitable international régime - including an international machinery - for the area and resources of the sea-bed and ocean floor, and the subsoil thereof, beyond the limits of national jurisdiction, a precise definition of the area, and a broad range of related issues including those concerning the régimes of the high seas, the continental shelf, the territorial sea (including the question of its breadth and the question of international straits) and contiguous zone, fishing and conservation of the living resources of the high seas (including the question of the preferential rights of coastal states) the preservation of the marine environment (including *inter alia* the prevention of pollution) and scientific research.”

This plenipotentiary conference will be known as the Third Law of the Sea Conference.

The Geneva Conference of 1958 out of which were born four conventions on the *Territorial Sea and Contiguous Zone*, the *High Seas, Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas*, and the *Continental Shelf*, is of recent vintage. Why then a new conference on the sea? The answer to this is that the Geneva Conventions have in some fields been overtaken by technological advances. Technological development in the exploitation of marine resources was insufficiently advanced to reveal the future trend and importance of economic interests. The developing countries feel that in 1958 and 1960 insufficient account was

*The views expressed in this article are solely those of the author and in no way whatsoever convey the views of the Government of the Republic of South Africa. This article also in no way necessarily conveys the views of those persons who made valuable comments and to whom I am deeply indebted in gathering the necessary background legal and scientific material, *viz* Mr John D Viall, Chief Law Adviser of the Department of Foreign Affairs, and Drs FB Chmelik and WCJ van Rensburg of the Department of Planning.

Since writing this article, the author has been appointed to the chair of Public Law in the Rand Afrikaans University.

taken of their interests. The world had as yet not woken up to the fact that the resources of the sea were not inexhaustible. Nowadays the interests of states in the control and uses of the ocean are not limited to navigation and mineral resources of the sea-bed. These interests have expanded to encompass fisheries, as the number one economic resource of the oceans, as well as recreation, waste disposal, desalinization, etc. Oceanographic information is now being collected with unprecedented industry. Grotius' assumption: "Est enim tanta maris magnitudo, ut ad quemvis usum omnibus populis sufficiat, ad aquam hauriendam, ad piscatum, ad navigationem,"¹ is even more patently untrue today than it was when first stated. Pollution, whether it enters the sea from the atmosphere or rivers, oil-tankers or nuclear-driven engines, is doing irreversible damage to the delicate ecological equilibrium which at one stage appeared to promise unending subsistence for mankind. No agreement has yet been reached concerning the breadth of the territorial sea and this is becoming one of the most controversial questions of international law. In 1968 29 states claimed three miles, 3 claimed four miles, 19 claimed between five and ten miles, 30 claimed twelve miles and 6 claimed more than twelve miles² - *ie* Argentina, Ecuador, El Salvador, Panama, Peru and Uruguay who have coastal claims extending to 200 miles. It has also recently been suggested that the United Nations should declare that the resources of the deep sea-beds, beyond the limits of national jurisdiction, are the common heritage of mankind and should be exploited for the benefit of all. (Out of this initiative, which emanated from Ambassador Pardo of Malta, was born the *Seabeds Committee* which has become a preparatory commission for the Third Law of the Sea Conference.) Selective ratification by states of some but not all of the conventions has, to put it mildly, made it difficult to get a global picture of present state practice. Belgium *eg* only acceded to the conventions on the *Territorial Sea*, the *High Seas* and *Fishing and Conservation of the Living Resources* on 6 January 1972. The convention on *Fishing* was originally intended to mitigate the stringency of the convention on the *High Seas*, yet it has not been widely ratified by exploiting nations whose large fishing industries claim the unrestricted advantages of the freedom of the seas. According to some the Geneva Conventions put excessive constraints on technological progress and many will thus exploit the loopholes to escape these constraints.

What emerges quite clearly thus is that the Third Law of the Sea Conference has an immense and unenviable task to perform. Some say

¹Translated from the Waesberg Edition (1701) of *De Jure Belli ac Pacis* which includes the *Mare Liberum* Liber II par III 1, 185 186: "The magnitude of the sea is so enormous, that it suffices for any use whatsoever for all peoples, whether as a resource of water, for fishing or navigation."

²*International Legal Materials* vol 8 1969 516.

that the law of the sea is to be rewritten. Others state that the task is impossible when the divergence of interests to be represented concerning the control and exploitation of the oceans is taken into account. Be that as it may, it is a fact that we are faced with the most interesting developments in the law of the sea since the emergence of the law of nations - and not only of the law of the sea but of international law itself. Are the origins of the law of the sea not a dominant part of the origins of international law itself? To quote Mr John R Stevenson, legal adviser of the US Department of State:

"[M]ost of international law classically concerned sets of exceptions to the fundamental principle of territorial sovereignty: the basic source of most law on land was municipal, not international law.

"On the seas, this was reversed. Beyond a narrow strip of territorial sea, the basic source of law was international.

"Thus the international lawyer must approach the law of the sea not only with a special affection born of history, but with a special concern for the future of law itself. The current crisis in the law of the sea is in a certain sense a struggle for supremacy between municipal and international law. The outcome of that struggle will affect far more than nations' interests in the seas. It is part of a broader set of counter-currents: on the one hand, a more sweeping limitation on state sovereignty in the general interests of a more complex and interdependent international community; and, on the other hand, an increasing affirmation of nationalism, particularly economic nationalism, as the guiding force in international affairs."³

It would be impossible, within the ambit of this article, to enter into a detailed examination of all the issues involved. Its purpose is to examine briefly only three issues, *viz*: (i) the territorial sea; (ii) the continental shelf; (iii) the high seas.

I THE TERRITORIAL SEA⁴

The territorial sea can be regarded as that area of water adjacent to the coastal area over which international law permits the littoral state to exercise its sovereignty. By sovereignty we understand the littoral state's competence to exercise its plenary authority. This sovereignty is however subject to the limitation that foreign shipping has a right of innocent passage through this defined area of water. The high seas which lie beyond it are distinguishable from the territorial sea in that the former is free for commerce and exploitation by ships of all nations. The territorial sea must also be distinguished from internal waters which are inclusive to the littoral state. Internal waters consist of ports, harbours, rivers, lakes, bays and canals. Also, waters on the

³Address delivered on 29 April 1971 at the sixty-fifth annual meeting of the American Society of International Law: *Proceedings of the American Society of International Law* vol 65 Sept 1971 No 4 108.

⁴All references in this chapter to the *Convention* refer to the *Convention on the Territorial Sea and Contiguous Zone*.

landward side of the baselines used for measuring the breadth of the territorial sea form part of the internal waters of the state. Bays are defined and regulated in great detail by article 7 of the convention. No right of innocent passage exists for foreign shipping in the internal waters.

No aspect of the law of the sea is presently more widely discussed or debated than the question of the territorial sea. The technological advances of mankind and the resultant technocratic society that has been created, coupled with widening economic interests, have rendered the whole question of maritime boundaries paramount. A historical survey may assist in placing the question in a proper perspective.

To discover the origins in legal theory of the modern principle of territorial waters we seek out the Roman lawyers who characterised the sea as *res communis*. *D* 1 8 2 reads:

Mare est commune, quo ad usus: sed proprietas est nullius: sicut aër est communis usu: proprietas tamen est nullius . . . sed iurisdictio est Caesaris . . .

In these words one finds the seeds of modern practice: the sea is common so far as the use thereof is concerned and the *proprietas* thereof belongs to no one. The reference to Caesar shows the practice accepted since ancient times that piracy and offences committed at sea fall under some jurisdiction. In *D* 43 8 3 Celsus states that the *populus Romanus* is the *arbitror* of the seashore. The Glossators gave the emperor the right of jurisdiction over the sea. It seems far-fetched however to accept that in their observations on *iurisdictio* the Roman lawyers had our modern concept of sovereignty in mind. By declaring that the sea was beyond appropriation the Roman lawyers were thinking of appropriation by private persons, and the problem of appropriation by the state did not occur within the context of the Roman Empire. None the less their characterisation was to influence the debates on the freedom of the seas which were to follow.

Baldus of the Ubaldi in the fourteenth century declared that the prince is lord of his territory and of the sea subject to him. The portion of the sea subject to him is adjacent to the coasts of his territory:

Porro territorium non est aliud quam terrae spatium minutum et armatum iurisdictione. In mari autem non dicitur territorium . . . sed dicitur districtus, id est, aquae spaciū, seu latitudo similiter munita iurisdictione et imperio . . . ⁵

Jurisdiction is thus no longer to be exercised anywhere over the sea, but it is to be exercised in the sea adjacent to the territories of the prince exercising it. This area is a *districtus* - attached for certain pur-

⁵*Usus Feodorum Commentaria* (Lugduni) 1585 par 85 1 2.

poses of government to the nearest territory. As yet there is no claim to *proprietas* in it.

Bartolus of Saxoferrato, whose fame surpassed that of any other jurist of the middle ages, demands our attention in holding that a state owns the islands located not far from its coasts.⁶ An island is regarded as being attached to the mainland. It is thus a fragment of the territory nearest to it. The state has extended jurisdiction. In effect he grants exclusive jurisdiction to the territorial sovereign. Bartolus posed a double question: Whether he who has jurisdiction in territory adjoining the sea has also jurisdiction in the sea itself; and (if so) to what distance seaward? The answer to the first question he answered in the affirmative. To answer the second question, Bartolus posed another: How distant must an island be to come under such jurisdiction? The answer to this was a moderate distance, *viz* 100 miles. The impression created is that Bartolus laid down a hundred-mile limit to the jurisdiction of a state over the adjoining sea. This school of thought culminated in Gentilis who explicitly includes the sea within the meaning of the word *territory*:

At ego, quod olim scripsi in libris bellicis, territorium et de terris dici, et de aquis.⁷

After Gentilis one could correctly speak of territorial waters in international law. Gentilis' writings are important to the international lawyer because he used the inductive and empirical method. His works have added significance in that he critically observed the international law of his day and appraised it.

The debate began in earnest when James I of England early in the seventeenth century issued a proclamation excluding Dutch fishermen from operating off the coast of England. By great coincidence Grotius published his *Mare Liberum* in the same year, advocating the freedom of the seas. Although the *Mare Liberum* was intended as a counterblast to the Portuguese, it was relevant to James' pretensions. Since fisheries in the seventeenth century were as vital to national interests as they are today, the conflicting interests between Holland and England prompted English lawyers to reply to Grotius and the famous controversy between Grotius and Selden⁸ got under way. Grotius in fact had written on the freedom of navigation but was attacked by English jurists on the ground that *mare liberum* would leave England's fisheries to the mercy of all comers. Many of the arguments were guided by the interests of the parties to them, and were thus particularistic to a high degree.

⁶PT Fenn jr *Origins of the Theory of Territorial Waters* AJIL vol 20 1926 465 474 et seq. This author gives a penetrating insight into the relevant writings of Bartolus.

⁷*Hispanicae Advocacionis* Amstelodami 1661 Libri Duo 32.

⁸*The Sovereignty of the British Seas* (1633).

What became quite clear at this stage however was the fact that the question of fishery would be entangled in future debates on the extent and meaning of the territorial sea. Two conceptions evolved out of the controversy, each the corollary of the other, *viz* the freedom of the seas and the territorial sea. The precise meanings of these conceptions were still vague, however.

In the eighteenth century Van Bynkershoek proposed that sovereignty should be exercised as far as a state's authority can be enforced by arms. This eventually became known as the cannonshot rule. It was argued that he who can dominate the sea with artillery placed on the coast satisfies the criterion of effective control. The rule was meant to guard neutral states against being drawn into the quarrels of warring powers by discouraging warlike actions, such as the taking of prizes, within neutral harbours and within a zone circumscribed by the actual range of cannon stationed on neutral shores. It was assumed that shore-based cannon, no matter what their calibre, had a range of three miles, and further, that this range pertained to an equally hypothetical chain of cannon stationed along the coast at such intervals as to provide a continuous protected belt.⁹

During the nineteenth century the notion of a contiguous zone outside the territorial sea within which customs authorities may take action against foreign smuggling vessels emerged, and consequently revenue jurisdiction was slowly disengaged from the three-mile limit. This same century also saw renewed controversies as regards fisheries. Spain returned to a six-mile limit, Scandinavia accepted a four-mile limit, Denmark, Belgium, Holland and Greece kept to the three-mile limit. Great Britain did not commit herself. The latter part of the nineteenth century saw the distinction being drawn between the high seas and the three-mile cannonshot rule. In the *Behring Sea Fur Seal* arbitration of 1895 it was held that:

“The United States has not any right of protection or property in the fur seals frequenting the islands of the United States in Behring Sea when such seals are found outside the ordinary three-mile limit.”¹⁰

The start of the twentieth century saw the *North Atlantic Fisheries* arbitration, which concerned the interpretation of the Anglo-American Fishery Convention of 1818 and particularly the question from where to measure the “three miles of any of the coasts, bays, creeks, or

⁹For a detailed history of the cannonshot rule see HSK Kent *The Historical Origins of the Three-Mile Limit* 1954 (48) *AJIL* 537.

¹⁰*Parl Papers US No 4* (1893). The facts were as follows: British subjects were taking fur seals in the Behring Sea beyond American territorial waters and this had the effect of diminishing the stock which was accustomed to breed in American waters. United States officials consequently seized British sealers on the high seas and the dispute was referred to arbitration. See further O'Connell *International Law* (1970) vol 1 458.

harbours" within which the United States had renounced the right of fishing. It was held that the negotiations had in 1818 intended a geographical conception, and that the measurement should be from a straight line across water at the point where it ceased to have the configuration of a bay. Under the auspices of the League of Nations a Codification Conference on the territorial sea was held in 1930 at the Hague. The widest divergence of views and practice was evident and no agreement was reached. After the 1930 conference the practice of states in their maritime policies underwent major changes. The continental shelf had emerged as an important new "element" in maritime policy. There was furthermore a strong tendency in favour of a wider territorial sea. The *Anglo-Norwegian Fisheries Case*¹¹ also added new considerations to the law. It was held that the baseline must bear some relationship to the coast, it must follow the "general direction of the coast." That is to say, it must be determined with reference to geographical factors. The court also made the important statement that "there is one consideration not to be overlooked, the scope of which extends beyond purely geographic factors: that of certain economic interests peculiar to a region, the reality and importance of which are clearly evidenced by long usage."¹² What also emerged was a large number of new states which were as yet uncommitted to any doctrine and had varied interests in the exploitation and conservation of the sea's resources. The sea as reservoir of economic resources was becoming increasingly important.

The Geneva Conference of 1958 was intended *inter alia* to explore the possibility of finding agreement on the existing law and to formulate principles in conventions. No agreement was reached at this or a subsequent conference in 1960 on the exact extent of the territorial sea. The reason for this lack of agreement is to be found in the conflict of interests between the different groups of states - especially between the major maritime powers and other states. Modern techniques have made it possible for fishing vessels from one state to operate for long periods off the coasts of distant countries. States with efficient fishing industries therefore favour a narrow territorial sea. States whose fishing industries cannot compete on equal terms favour a wide territorial sea in order to exclude foreign fishing vessels. A further interest which affects the attitude of states is that since aircraft have no right of innocent passage through the air space above the territorial sea, a wide territorial sea could force civil aircraft to make expensive detours. The resources of the seas have also clearly been shown to be anything but inexhaustible and a wider territorial sea would give states more control over fishing-stocks, etc, which are becoming exhausted by over-exploitation.

¹¹*ICJ Rep* 1951 116.

¹²*ibid* 133.

At Geneva in 1958 the United Kingdom suggested that the width of the territorial sea should be fixed at six miles. The United States proposed a six-mile territorial sea with a further six-mile exclusive fishing zone, subject to the right of other states to fish in this outer zone without limit of time if they had fished there regularly during the previous five years. Other suggestions were made for a twelve-mile territorial zone. As stated above, no agreement was reached and the deadlock was also left unresolved at the 1960 conference.¹³

When one observes the diversity of state practice and the failure to reach an agreement, it is extremely difficult to declare what the customary law is concerning the width of the territorial sea. Does this mean that states are entitled to claim unlimited extensions of their territorial sea? According to the International Law Commission it is generally agreed that claims of more than twelve miles are invalid.¹⁴ Article 24 of the Convention on the Territorial Sea and Contiguous Zone declares that the contiguous zone cannot extend more than twelve miles from the baselines from which the territorial sea is measured, and since the contiguous zone is an area stretching beyond the territorial sea it can be argued *a fortiori* that the territorial sea itself cannot be extended more than twelve miles.¹⁵ The twelve-mile "trend" seems to have become established as regards exclusive fishing rights. The United States Congress has passed an act claiming exclusive fishing rights in a nine-mile zone beyond the three-mile territorial sea zone, "subject to the continuation of traditional fishing by foreign states within this zone as may be recognized by the United States."¹⁶ New Zealand passed a similar act without making any provision for the continuation of traditional fishing by other states. This caused Japan to protest and a dispute arose which at one time seemed destined for the International Court of Justice. An agreement was however reached in which Japan was given transitional rights for two and a half years in the outer six miles of the fisheries zone.¹⁷ States parties to the London Fisheries Convention 1964 may claim a fisheries zone of twelve miles which is measured from the same baselines as the territorial sea and which is

¹³The United States proposal in 1958 received more support than any other but fell short of the two-thirds majority required by the rules of the conference. At the 1960 conference the United States proposal was amended in that the traditional fishing rights of other states in the outer six-mile zone were now not to last indefinitely, but only for ten years. This amended proposal narrowly missed the required two-thirds majority.

¹⁴*Yearbook of the International Law Commission* 1956 vol II 265.

¹⁵This is a method of argument followed by M Akehurst *A Modern Introduction to International Law* (1970) 215. Also Kelsen *Principles of International Law* (1966) 325; Fitzmaurice in *ICLQ* vol 8 1959 109; Jessup in *Columbia LR* vol 59 1959 244.

¹⁶*International Legal Materials* vol 5 1966 616.

¹⁷*ibid* 1103.

divided into two zones of six miles each. In the inner zone the coastal state has exclusive fishing rights. In the outer zone the coastal state shares fishing rights with other states parties to the convention whose vessels had habitually fished there between January 1, 1953, and December 31, 1962. Could it be that customary law has now begun to move in the same direction as the London Convention? Or are we experiencing the disintegration of the whole concept of the territorial sea and a resultant replacement with a series of varying zones of varying widths?

The latter remark leads back to the 200-mile Latin American claims - claims which would assimilate economic, political and strategic interests. According to some commentators they do not purport to extend the territorial sea as such but only to extend jurisdictional rights. Other commentators contend that they would amount to the extension of the territorial sea, as they virtually amount to an exercise of sovereignty. Many of the claims make economic sense. Marine life off Latin American coasts is in many instances intimately connected with the availability of vegetable and mineral matter generated by the land which fertilises the oceans. It is estimated that Peruvian rivers deposit 500 million tons of silt in the Pacific Ocean. This affects marine ecology up to 200 miles. Peru's economic development, it is argued, is thus intimately connected with the protection of not only this resource but also the maintenance of an ecological balance.¹⁸

What are we left with? O'Connell aptly answers:

"[W]ith no more than a principle to formulated . . . [W]e are in search of a new principle, and it cannot be formulate except as an emanation from the freedom of the seas."¹⁹

A further question which demands attention is the precise meaning of article 1 of the *Geneva Convention on the Territorial Sea* which says that coastal states exercise *sovereignty* over their territorial sea. What does this term *sovereignty* mean in a juridical sense? Is the territorial sea assimilated in every juridical respect to dry land? A study of the legal position here immediately indicates a difference in approach by the civil lawyers and the common lawyers. The civil lawyers have emancipated the concept of *sovereignty* from the concept of *property*. The state as an abstract entity can be conceived as exercising plenary powers in the sense of *imperium* without necessarily exercising the rights flowing from *dominium*. The territorial sea thus, while subject to sovereignty is not part of the national domain. To the common lawyer *imperium* embraces

¹⁸The United States does not recognise Peru's 200-mile limit, *Souza v Commissioner of Inland Revenue*, *ILR* vol 31 129; nor that of Salvador, *UN legal Series: Laws and Regulations on the Regime of the High Sea* vol 1 301; nor that of Mexico, *Memoranda of the Legal Adviser to the US Dept of State*, *AJIL* vol 57 1963 899.

¹⁹*op cit* 466.

every public competence - coercive or proprietary. *Sovereignty* implies *territory* and *public domain*. In the common law system the concept of *imperium* is firmly rooted in the theory of *dominium* and the fact that foreign ships have a right of innocent passage through the territorial sea or *property* does not detract from the exclusiveness of that *property* or territorial sea.²⁰

The technique of measurement of the territorial waters is as important as the questions where the territorial sea has its limits and what the precise juridical content of "territorial sea" is. Unfortunately not much attention has been paid to this aspect. As stated by a commentator on international law of the sea:

"Since it is essential that all frontiers, whether on land or at sea, should be certain and definite, all rights which depend for their exercise upon territorial sovereignty must be valid up to a given time and there stop."²¹

Relatively little has been written on the techniques and principles applicable to the delimitation of boundaries of seaward areas under national jurisdiction. To contribute anything meaningful in this field one needs the techniques of the surveyor and the analysis of a geographer.²² It is also extremely difficult to give actual geographical situations which can be regarded as being representative of the entire range of coast types to be found. It is hoped that the following may however suffice to indicate the issues involved: The simplest method is to draw a line parallel to the sinuosities of the coast. The latter however can be very complex and can result in a highly irregular outer limit which is unpractical and unnavigable. An alternative method is based on the intersection of arcs of circles whose diameter is equal to the width of the territorial sea, and whose inner arcs touch the low-water mark at all points on the coast. This results in a regular reflection of the general curvature of the coast, and permits navigators to determine whether or not they are in the territorial sea by means of normal rights. The normal baseline from which the width of the territorial sea is measured is the low-water line - article 3 of the convention. In certain geographical circumstances however it is permissible to draw straight lines across the sea from headland to headland, or from island to island, and then to measure the territorial sea from those straight lines. Article 4 of the convention declares:

"1 In localities where the coastline is deeply indented and cut into, or if there is a fringe of islands along the coast in its immediate vicinity, the method of

²⁰Sir G Fitzmaurice *The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: Points of Substantive Law* 1954 BYIL vol 31 371.

²¹HA Smith *The Law and Custom of the Sea* (1948) 17.

²²S Whittemore Boggs *Delimitation of Seaward Areas Under National Jurisdiction* 1951 AJIL vol 45 240; CHM Waldock *The Anglo-Norwegian Fisheries Case* 1951 BYIL vol 28 114.

straight baselines joining appropriate points may be employed in drawing the baseline from which the breadth of the territorial sea is measured.

"2 The drawing of such baselines must not depart to any appreciable extent from the general direction of the coast . . .

"3 . . .

"4 Where the method of straight baselines is applicable under the provisions of paragraph 1, account may be taken, in determining particular baselines, of economic interests peculiar to the region concerned, the reality and importance of which are clearly evidenced by a long usage."

Article 5 of the Convention provides:

"1 Waters on the landward side of the baseline . . . form part of the internal waters of the state.

"2 Where the establishment of a straight baseline in accordance with article 4 has the effect of enclosing as internal waters areas which previously have been considered as part of the territorial sea or of the high seas, a right of innocent passage . . . shall exist in those waters."

Article 5(2) is an exception to the general principle that no right of innocent passage exists in internal waters. Article 4(4) refers to the principle laid down in the *Norwegian Fisheries* case²³ and would appear to allow an interpretation which uses a liberal employment of the baseline system to protect local fishery resources. Pushed to the extreme, could it not be completely disengaged from the restriction of the general direction of the coastline? Problems also arise in the interpretation of "long usage."

Bays are defined and regulated in great detail by article 7 of the convention. Long before the Geneva Conventions it had been customary to draw straight baselines across the mouth of a bay and to measure the width of the territorial sea from such lines. The controversies were invariably over the permissible length of these lines. The Geneva Conference, after considerable argument, laid down twenty-four miles as the maximum length. Article 7(6) however declares that: "The foregoing provisions shall not apply to so-called *historic bays* . . .," *ie* bays which the coastal state claims to be entitled to treat as internal waters by virtue of a special historical right. The Geneva Conference did not deal with historic bays, which is a pity, as we presently have few general principles in this regard and every case tends to turn on the specific facts relevant to that specific case. Canada claims historic rights to Hudson's Bay which is fifty miles wide at its entrance and covers an area of 580 000 square miles. Other bays known as "historic" bays are, *eg* Granville, Concale, Conception, Chaleurs, Chesapeake and Delaware. With fluctuating criterions mostly derived from the nature of the subject-matter, it can be stated that the list of bays susceptible to a valid appropriation as "historical" bays by the littoral state is by no means closed. Recognition, acquiescence, absence

²³See note 12 *supra*.

of protest, elements of sovereign display, local exploitation, vital interests, etc, are all aspects which play a part. The burden of proof with respect to all the elements of a historic title would appear to rest with the state claiming it.

Islands and archipelagos also cause some problems. Every island has its territorial belt - the problem arises however in determining what an island is. The Geneva Convention of 1958 laid down that where a naturally formed area of land at low tide, but submerged at high tide, lies wholly or partly within territorial waters it may be used for measuring the breadth of the territorial sea, but not when it lies outside the territorial sea. This appears to be the law, but problems arise as to the significance of reefs attached to islands, the question of the non-habitation of islands, large rocks, the "appreciability" of an island's surface, susceptibility to economic use, visibility, etc. As the law stands at the moment "any natural formation (even a mere rock), permanently (even if only just) visible at all states of the tide, generates a territorial sea."²⁴ As regards archipelagos or "cluster-islands" various questions arise. Does sovereignty of the principal island automatically extend to the ancillary islands? Does each island generate its own territorial sea, or does the whole complex do so? It is no wonder the Geneva Conference of 1958 evaded the question of archipelagos because, much the same as in the case of historical bays, discussions tend to turn on the facts of specific cases and not on general principles.²⁵

Closely related to the territorial sea debate is that of the *contiguous zone*. It has long been recognised that enforcement of certain laws of domestic concern to a coastal state is impossible unless that state can supervise that enforcement on portions of the high seas adjacent to the territorial sea. Since 1790, *eg*, the United States has enforced anti-smuggling measures within twelve miles of its shores. Fiscal and sanitary interests have become of more modern relevance and article 24 of the Geneva Convention accurately stated the contemporary law:

"1 In a zone of the high seas contiguous to its territorial sea, the coastal state may exercise the control necessary to:

- (a) prevent infringement of its customs, fiscal, immigration or sanitary regulations within its territory or territorial sea;
- (b) punish infringement of the above regulations committed within its territory or territorial sea.

"2 The contiguous zone may not extend beyond twelve miles from the baseline from which the breadth of the territorial sea is measured."

The powers granted to the coastal state *within* its contiguous zone are to prevent and punish infringements. The intention was to enable

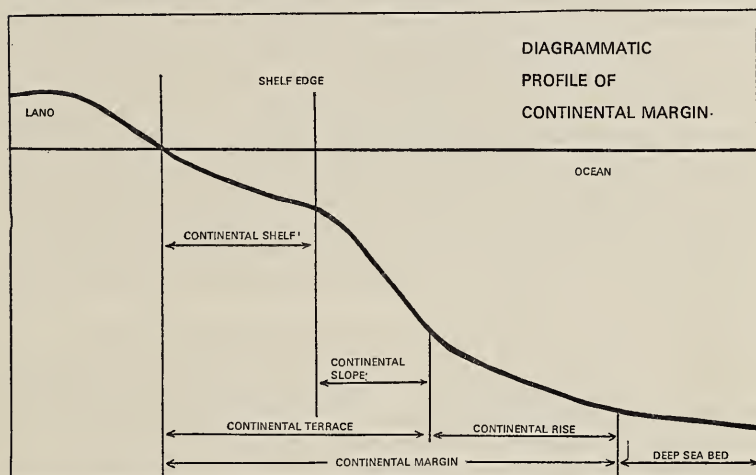
²⁴Fitzmaurice *Some Results of the Geneva Conference on the Law of the Sea* 1959 *ICLQ* vol 8 85.

²⁵Sorenson *The Territorial Sea of Archipelagos* 1959 *Ned Tijd voor Internationaal Recht* vol 6.

the coastal state to exercise in the contiguous zone that control necessary to punish violations which occur within the territorial sea. Hot pursuit *eg* of a vessel which has committed an offence within the territorial sea may commence even though the vessel is first sighted, not within the territorial sea, but within the contiguous zone.

II THE CONTINENTAL SHELF

First the term "continental shelf" requires some explanation. Geographically, the *continental shelf* commences at the low water mark and is a gently sloping plain which underlies the seas adjacent to most land masses, extending seaward from shore to the point at which there is a marked increase in the gradient of the decline and where the *continental*



slope leading to the true ocean bottom begins. At that point where the shelf breaks sharply downward (*continental slope*), there generally exists a water depth approximating 200 metres (100 fathoms or 600 feet). These undersea platforms vary from very narrow (less than three miles) to relatively broad (250 miles) extensions of continents or islands. Beyond the continental slope a further geographic feature can be distinguished namely the *continental rise*. This is a zone that borders the base of continental slopes with an average declivity of 0,5 degrees to a depth of 3 500 to 5 500 metres (see diagram). The continental shelf therefore is no mere lateral plane, but, in the words of O'Connell "is a morphological entity constituting an extension of the land mass under the sea, and . . . must be regarded in a three dimensional manner."²⁶

²⁶O'Connell *op cit* 505. See further LM Hunt and SM Groves *A Glossary of Ocean Science and Undersea Technology* (1965) 26: "Continental rise: A gentle slope with a generally smooth surface found at the base of a continental slope. *Continental*

Prior to 1945 there was no internationally recognized right to appropriate a submarine area outside of a state's territorial sea, whether it were continental shelf or otherwise. There was at this time however a great deal of interest regarding off-shore development of oil and gas, particularly in the United States. This was largely directed to lands underlying the territorial sea. In 1945 President Truman issued his famed proclamation expressing the view that the exercise of jurisdiction over the natural resources of the subsoil and sea-bed of the "continental shelf" by a contiguous nation was reasonable and just. This gave impetus to a number of claims by other coastal states of submarine areas as "continental shelf." There was however a decided lack of uniformity in the wording of the claims. Many of these proclamations were made without any reference to depth. Others followed the lead of the United States in stating that the continental shelf extended out to a depth of 200 metres (656 feet). At this time a White House press release was also issued which indicated that the "continental shelf" referred to lands lying in no more than 100 fathoms (600 feet). Other states such as Chile, Peru, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Saudi-Arabia and Korea asserted claims based upon a width of 200 miles. The motive for expressing the "continental shelf" in these terms is apparent when it is found that geographically many of these countries have little, if any, continental shelf. Argentina and Australia simply referred to "the continental shelf." Israel referred to the "submarine areas adjacent to the territorial sea."

The frequency with which claims to "continental shelves" were made led many commentators to conclude that a right of appropriation of submarine areas had become part of customary international law. What it all boiled down to in practice was that each party was by its unilateral act estopped from denying to others rights similar to those claimed.²⁷

The novelty of this new doctrine engendered vigorous academic debate which clarified the issues, and the legal conception of the sea-bed was slowly refined. The International Law Commission debated the question for many years and state practice coupled with the various juristic reflections paved the way for a *Convention on the Continental Shelf* adopted at Geneva in 1958. This convention codifies not only previous practice and customary law but seeks to reconcile discrepancies in pre-

shelf: The zone bordering a continent extending from the line of permanent immersion to the depth (usually about 100 fathoms) where there is a marked or rather steep descent toward the greater depths. *Continental slope*: A declivity from the outer edge of a continental shelf or continental borderland into greater depths."

²⁷See RB Krueger *et al*, *The State of International Law as Applied to Ocean Mining and an Examination of the Offshore Mining Laws of Selected Nations*, Paper OTC 1037 Offshore Technology Conference, Dallas 1969.

existing practice and adds greater precision and detail to the rules. Before turning to the convention itself, however, one must glance at further state practice following the Truman Proclamation. The Truman Proclamation, after reciting the need for exploitation of the oil resources of the continental shelf, and the necessity to exercise jurisdiction over the processes of exploitation, then went on to state that the United States regarded the natural resources of the subsoil and sea-bed of its shelf as appertaining to the United States and subject to its jurisdiction and control. The waters above the shelf were regarded as high seas. Mexico, in the same year, described the shelf by referring to a certain depth and "claimed" the shelf. Chile, two years later, used the word "sovereignty" in its proclamation. In 1949 the Persian Gulf Sheikdoms issued proclamations stating that the sea-bed "belonged" to the coastal states. These proclamations also declared that international law allows the coastal state to "exercise its sovereignty" over the shelf. From 1948 to 1955 the United Kingdom enlarged the boundaries of certain islands such as the Falkland Islands, Jamaica, the Bahamas, British Honduras and others to include the shelf. Australian proclamations concerning the continental shelf contiguous to the Commonwealth and also the shelf contiguous to the trust territory of New Guinea used the words "sovereign rights" in relation to the shelves. Both proclamations were made without prejudice to the status of the sea lying over the shelf as the high seas.

How did these manifestations of state practice eventually appear in the convention itself? Article 1 reads:

"For the purposes of these articles, the term 'continental shelf' is used as referring to (a) the sea-bed and subsoil of the submarine areas *adjacent to the coast but outside the area of the territorial sea*, to a depth of 200 metres or, beyond that limit, to where the depth of the superjacent waters *admits of the exploitation* of the natural resources of the said areas; (b) to the sea-bed and subsoil of similar submarine areas adjacent to the coasts of islands."

Article 2 reads:

"1 The coastal state exercises over the continental shelf *sovereign rights* for the purpose of exploring it and exploiting its natural resources.

"2 The *rights* referred to in paragraph 1 of this Article are exclusive in the sense that if the coastal state does not explore the continental shelf or exploit its natural resources, no one may undertake these activities, or make a claim to the continental shelf, without the express consent of the coastal state."

Article 3 reads:

"The rights of the coastal State over the continental shelf do not affect the legal status of the superjacent waters as high seas or that of the air space above those waters."

The first problem that arises when one glances at these preliminary articles of the convention is the meaning of "adjacent to" (article 1).

In the *North Sea Continental Shelf* case²⁸ the International Court stated that "adjacency" implies "proximity" in a general sense only. It also declared:

"To take what is perhaps the most frequently employed of these terms namely 'adjacent to,' it is evident that by no stretch of imagination can a point on the continental shelf situated say a hundred miles, or even much less, from a given coast, be regarded as 'adjacent' to it, or to any coast at all, in the normal sense of adjacency, even if the point concerned is nearer to some one coast, than any other."

The court also confirmed the importance to be attached to the *physical identity* between the land and the continental shelf - and this makes geomorphological and geological considerations paramount:

"The institution of the continental shelf has arisen out of the recognition of a physical fact; and the link between this fact and the law, without which that institution would never have existed, remains an important element for the application of its legal régime. The continental shelf is, by definition, an *area physically extending* the territory of most coastal states into a species of platform which has attracted the attention first of geographers and hydrographers and then of jurists . . .

"The appurtenance of the shelf to the countries in front of whose coastline it lies, is therefore a fact, and it can be useful to consider the geology of that shelf in order to find whether the direction taken by certain configurational features should influence delimitation because, in certain localities, they point-up the whole notion of appurtenance of the continental shelf to the state whose territory it does in fact prolong."²⁹

What is the meaning of the words "to where the depth of the superjacent waters admits of the exploitation of the natural resources"?³⁰ How far does this "exploitability" criterion extend? Technologically man has advanced to the point where virtually every area of the sea bed "admits of exploitation" and the question arises whether every coastal state enjoys sovereign rights over the whole morphological structure of the continental shelf. This interpretation would seem to appear a logical interpretation of the "exploitability" criterion of article 1 and the inference can be made that the sovereign rights of the coastal states extend, potentially, to the natural extent of their continental shelf and does not extend to the abyssal sea-bed.³¹

What precisely are the "sovereign rights" referred to in article 2? Are these rights plenary and does the shelf become intraterritorial? When one reads the convention further it emerges that the waters above the shelf remain high seas and that the rights of other nations are

²⁸ICJ Rep 1969 1 30.

²⁹ibid 51.

³⁰art 1.

³¹RY Jennings *The Limits of Continental Shelf Jurisdiction: Some Possible Implications of the North Sea Case Judgement* 1969 *ICLQ* vol 18 819 has another interpretation. See further Akehurst *op cit* 233. O'Connell *op cit* 509.

preserved with respect to cables, pipelines, navigation, fishing, and scientific research.³² In these respects the reference to "sovereign rights" for the purposes of exploitation and exploration is restricted - but these restrictions relate to the use of the sea and not the sea-bed as such. In the *North Sea Continental Shelf* case the court declared:

"The *rights* of the coastal state in respect of which the area of the continental shelf constitutes a natural prolongation of its land territory into and under the sea exist *ipso facto* and *ab initio*, by virtue of its sovereignty over the land, and as an extension of it in an exercise of sovereign rights for the purpose of exploring the sea bed and exploiting its natural resources."³³

Is the inference thus that the shelf is actually part of the territory over which the coastal state already possesses sovereignty? The land is thus the legal source of the power which the coastal state exercises over the shelf. According to the observations of O'Connell state practice indicates that states have not regarded themselves as being in any way inhibited in manifesting plenary legislative power over the continental shelf, "extending thereto the whole body of criminal and civil law, industrial relations law and insurance law."³⁴

Although in its origins the continental shelf doctrine was concerned with mineral resources, it should be kept in mind that the convention also applies to the so-called "natural resources" of the sea-bed and subsoil. Article 2(4) defines these natural resources to include:

"living organisms belonging to sedentary species, that is to say, organisms which, at the harvestable stage, either are immobile on or under the sea-bed or are unable to move except in constant physical contact with the sea-bed or subsoil."

This description is vague and produces uncertainty whether certain forms of marine life are or are not covered by the definition. Particular difficulty has been encountered with the classification of crustacea.³⁵ The significance of this difficulty was illustrated by the "lobster war" between France and Brazil during 1962-1963. Brazil declared that crustacea were "natural resources" and France argued the opposite. In this controversy the difficulty of distinguishing the natural resources of the sea-bed from those of the sea was manifested.³⁶

The questions of the outer limit of the continental shelf for legal purposes and of the "natural resources" of the shelf are obviously of great importance and legal certainty has become imperative for an

³²art 4.

³³*ICJ Rep* 1969 1 22. Italics supplied.

³⁴O'Connell *op cit* 507.

³⁵Large class of animals, mostly aquatic, with hard shell, as crabs, lobsters, shrimps (*Concise Oxford Dictionary* 1956).

³⁶I Azzam *The Dispute Between France and Brazil over Lobster Fishing in the Atlantic* 1964 *ICLQ* vol 13 1453.

orderly future development of the international legal order of the sea. A mere glance at the off-shore mineral resources emphasises this. Off-shore mineral resources may be divided into two broad categories: hydrocarbons and solid minerals. The former, which comprise crude oil, natural gas, gas condensates and any associated gas or substance, dominate the history of profitable mineral development in the continental shelf off the coasts of many countries: off-shore petroleum production is now obtained off twenty-two of them and exploration has expanded to the shelf areas of more than seventy-five. Other mineral development off-shore is at present confined to conventional underground mining with entry from land, or to dredging operations. Minerals within bedrock such as coal, iron, ore, nickel-copper ore, tin and limestone are exploited in the former, while dredging is used for recovering such surficial material as sand, gravel and lime shells, as well as diamonds, gold, tin, iron and other heavy mineral sands.³⁷ The ocean floor is in many areas covered with manganese nodules containing up to 50 per cent manganese with further significant traces of copper, nickel, cobalt and other metals. In some areas of the Pacific these is as much as 100,000 tons per square mile. It is feasible that it may soon be cheaper to obtain manganese and other metals from the sea than from the land.

Facts such as these focus attention on the deep seabed - *ie* for our purposes that area of the sea-bed which is not legally part of the continental shelf. The question automatically arises as to the rights over the deep sea-bed. At present it is fairly clear that no state has exclusive rights over the deep sea-bed. Every state has the right to exploit it - but no state has *exclusive* rights over any part thereof. In practice, therefore, and with a few localised exceptions, the deep sea-bed is free for general use and exploitation - much the same as the high seas. A proposal to the effect that title to the deep sea-bed be vested in the United Nations or some other international organisation was made by Malta at the United Nations in 1967. The international organisation so created would grant licences for the exploitation of the deep sea-bed and royalties could be used to help the developing countries. Consequently the United Nations has appointed a succession of committees of member-states to study the proposal. In a 1968 resolution³⁸ the General Assembly stated, *inter alia*, that:

"it is in the interest of mankind as a whole to favour the exploration and use of the sea-bed and the ocean floor and the subsoil thereof beyond the limits of national jurisdiction, for peaceful purposes . . . [S]uch exploitation should be carried out for the benefit of mankind as a whole, irrespective of the geo-

³⁷UN Document A/AC138/21 27 Jan 1970. See further JL Mero *Mineral Resources of the Sea* (1965) 53.

³⁸Preamble to Resolution 2467 A (XXIII) of 21 December 1968. Passed by 112 votes to 0 with 7 abstentions.

graphical location of states, taking into account the special interest and needs of the developing countries.”

Statements of this kind give a general indication of what some feel the law *ought* to be and give an indication of the direction in which many would like to see international law evolve. What remains to be clarified however, and thus becomes paramount before this future evolvement of international law can take place, is the precise boundary line between the continental shelf and the deep sea-bed. Before the contents of Davy Jones's Locker be exploited there must be *consensus* on the precise location of the locker.

What emerges quite clearly when one looks at the *geographical concept* of the continental shelf and compares it with the *legal definition* is that the latter does not include, *at all times*, the former. The geographical concept does however, naturally, include the legal concept. Legally speaking those states that have consented to the *Convention on the Continental Shelf* have agreed thereby to delimit their sovereignty at that point where the shelf, as it is defined in the convention, ceases. This point of legal delimitation need not necessarily coincide with the geographic extent of the shelf; it may do so but whether it does or not rests upon the coastal state's ability to exploit the shelf to its geographic limit.

III THE HIGH SEAS

The High Seas Convention of 1958 defines the “high seas” as “all parts of the sea that are not included in the territorial sea or the internal waters of a state.” Subject to certain limited rights over contiguous zones and the continental shelf, coastal states have no powers of restricting the enjoyment by other states of navigation, whether by sea or air, or fishing. This doctrine of the freedom of the high seas seems to have become firmly established by the end of the Napoleonic Wars. The freedom is not however absolute. Article 2 of the convention specifically declares:

“These freedoms, and others which are recognised by the general principles of international law, shall be exercised by all states with reasonable regard to the interests of other states in their exercise of the freedom of the high seas.”

This article can be open to various interpretations, and major controversies of contemporary maritime law have emerged. The increase in world shipping has brought the hazard of oil pollution; areas of the high seas have been declared prohibited because of the need to carry out naval manoeuvres or to test nuclear weapons; foreign merchant ships have been stopped on the high seas in the exercise of the historic right of self-defence; the issue of a pacific blockade has been raised by an embargo on oil tankers carrying oil to Rhodesia; recent times have seen acts akin to piracy; and the gradual realisation has taken place

that the resources of the sea are not unlimited and could eventually be exhausted by uncontrolled exploitation by fleets operating on the high seas. The proposition that the sea is free is not to be so interpreted that the freedom of the high seas means virtual anarchy. The content of the doctrine is subject to constant modifications as the world community adjusts itself to new problems. The high seas must be used "reasonably" - states have never yet regarded their territorial water boundary as the terminating point of measures which could be taken for its own protection. So many rules and regulations, municipal and international, have been made that all that can be said nowadays is that navigation is only free on the high seas in the sense that it must not be unreasonably impeded.

Article 24 of the High Seas Convention declares in general terms:

"Every state shall draw up regulations to prevent pollution of the seas by the discharge of oil from ships or pipelines or resulting from the exploitation and exploration of the sea-bed and its subsoil, taking into account existing treaty provisions on the subject."

The reason for the general terms was the fact that there was already in existence a *Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil* (1954). This convention was however most ineffective. Not many states became parties; certain vessels were not covered; the prohibition on the discharge of oil applied only within certain delimited zones and the duty to enforce the convention rested upon the flag state. A convention of 1962 drawn up under the auspices of IMCO (Inter-Governmental Maritime Consultative Organisation) and designed to prevent the discharge of oil anywhere at sea, had but a limited acceptance. In 1969 a convention was adopted in Brussels whereby parties may take measures to prevent, mitigate or eliminate grave and imminent danger to their coastline from pollution.³⁹

The building of super-tankers has however created a new hazard. The oil pollution from an accident in which such a vessel was involved can be catastrophic. The *Torrey Canyon* illustrated the dangers most dramatically. The vessel was eventually bombed. The justification for this action was self-preservation - a wider application of the right of self-defence. This latter right is universally recognised in cases of instant and overwhelming necessity leaving no choice of means and no moment for deliberation.⁴⁰ If states regard the danger in this sense then the Third Law of the Sea Conference is of immense importance even if it is for this aspect of oil pollution alone.

Pollution by radio-active materials is as contentious as that by oil. Article 25 of the High Seas Convention states:

³⁹*ILM* vol 9 (1970) 25.

⁴⁰Moore *Digest of International Law* vol 2 412.

"1 Every state shall take measures to prevent pollution of the seas from the dumping of radio-active waste, taking into account any standards and regulations which may be formulated by the competent international organisations.

"2 All States shall co-operate with the competent international organisations in taking measures for the prevention of pollution of the seas or air space above, resulting from any activities with radio-active materials or other harmful agents."

The A and H bomb tests which have been conducted in the Pacific and Indian Oceans have raised novel questions.⁴¹ At one stage shipping was warned off an area of 400 000 square miles. Earl Jowett responded to this in the House of Lords in no uncertain terms:

"I am entirely satisfied that the United States in conducting these experiments, have taken every possible step open to them to avoid any possible danger. But the fact that the area which may be affected is so enormous at once brings this problem: that ships on their lawful occasions may be going through these waters, and you have no right under international law, I presume, to warn people off."⁴²

Dr Margolis also made an impressive attack on these tests. His thesis was to the effect that the establishment of a 400 000 square mile warning area cannot be reconciled with the international law principle of freedom of the seas and its attendant corollaries: freedom of navigation and freedom from interference with the lawful pursuit of maritime industries; that the freedom of the seas is an absolute freedom except as modified by custom and treaties.⁴³ In fact it is common knowledge that certain native inhabitants and Japanese fishermen were affected by radiation. There was also pollution of fisheries. One school of thought is that the right to fly over the sea for the purpose of detonating thermonuclear bombs is an abuse since it denies the use of the sea to others - both for the purposes of navigation and exploitation. The other school argues that the inconvenience so occasioned is slight. The subject-matter is no different from that of ordinary naval manoeuvres. The tests are necessary and beneficial to the whole world community through the data on nuclear energy so assembled. This is clearly an issue that should be discussed fully and some measure of unanimity should be achieved - if not a full and final decision.

A further issue of wide-ranging importance is the unrestricted fishing of the resources of the high seas. This has resulted in claims to fishing rights of up to 200 miles. Even this method is valueless if the

⁴¹McDougal "The Hydrogen Bomb Tests and the International Law of the Sea" 1955 *AJIL* vol 49 356.

⁴²186 *HL Deb* (5th Ser) 808-09 (1954).

⁴³E Margolis "The Hydrogen Bomb Tests and International Law" 1955 *Yale Law Journal* vol 64 629, 630, 634, 635. See further MS McDougal and NA Schlei "The Hydrogen Bomb Tests in Perspective: Lawful Measures for Security" 1955 *Yale Law Journal* vol 64 648.

stocks of fish are exhausted by activities outside the so-called exclusive fishing zones. A technical conference on conservation at Rome in 1954 clearly emphasised the need for a conservation policy. This conference reported *inter alia*:

“16 Conservation is essential in the development of a rational exploitation of the living resources of the seas. Consequently, conservation measures should be applied when scientific evidence shows that fishing activity adversely affects the magnitude and composition of the resources or that such effects are likely.

“17 The immediate aim of conservation of living marine resources is to conduct fishing activities so as to increase, or at least to maintain, the average sustainable yield of products in desirable form. At the same time, wherever possible, scientifically sound positive measures should be taken to improve the resources.

“18 The principal objective of conservation of the living resources of the seas is to obtain the optimum sustainable yield so as to secure a maximum supply of food and other marine products. When formulating conservation programmes, account should be taken of the special interests of the coastal State in maintaining the productivity of the resources of the high seas near to its coast.”⁴⁴

The 1958 Geneva conference was apparently influenced by the Rome conference and adopted a *Convention on Fishing and Conservation*. Article 2 of this convention declares the object of conservation to be:

“... the aggregate of the measures rendering possible the optimum sustainable yield from those resources so as to secure a maximum supply of food and other marine products. Conservation programmes should be formulated with a view to securing in the first place a supply of food for human consumption.”

Article 3 declares that if one state fishes in a particular area of the high seas, it should personally apply conservation measures for its own nationals. Article 4 lays down that if nationals of two or more states are engaged in fishing the same stock of fish, they should negotiate an agreement upon what restrictions should be imposed on their own nationals. If, after such an agreement has been entered into, nationals of other countries start fishing the same stock, article 5 requires that such states shall apply the terms of the first agreement “which shall not be discriminatory” to their own nationals. By attempting to impose obligations on a non-signatory, article 5 makes states reluctant to accede to the convention. The same can be said of article 9 which provides for a special commission to be set up if there is a failure to reach an agreement on *eg* articles 4 and 5. This idea of compulsory arbitration is not always welcome when co-operation in an international field is sought. A major number of fishing nations have also not accepted the convention. While the latter definitely agree on the need for conservation they are not prepared to accept all the implications of the treaty. Also here therefore there is a great need for unanimity to be reached. As it is, one

⁴⁴Greig *op cit* 256.

cannot speak of a customary law of conservation - the customary rule still seems to be one of unlimited freedom of fishing. Unlike most of the provisions in the other three conventions signed at Geneva in 1958, those of the *Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas* did not intend to re-state or codify the existing law.⁴⁵

IV CONCLUSION

If it be permissible to attempt to draw any general conclusion from so brief an excursion into so wide a subject it is the following: The law of the sea is fraught with various conflicting strains of interests. These strains are most acute where there is a cleavage of interest between the older and the newer members of the community of international law and where national and economic conflicts rise to the surface. These conflicts are admittedly weakening the international legal system as a whole and are prejudicing any respect for the capacity of international law to meet future developments. The resolving of the various conflicts in the law of the sea represents a great challenge to the science of international law and affords an opportunity for imaginative re-appraisal unparalleled since the time of Grotius. □

⁴⁵As regards the conservation of whales see Mouton *The International Régime of the Polar Regions* 1962 *Hague Recueil* vol 107, 175 218.

BUTTERWORTHS VAN SUID-AFRIKA SE HULPTOELAE VIR STUDIEREISE IN DIE BUITELAND

Aansoeke om die 1974-hulptoelae word ingewag van voltydse regs-dosente aan enige Suid-Afrikaanse of Rhodesiese universiteit. Die hulptoelae bedra R600 en word al om die ander jaar toegeken. Die beursgeld mag slegs vir studiereise na die vasteland van Europa en die Verenigde Koninkryk gebruik word; die verblyf aldaar moet minstens vier maande duur.

Aansoeke om die hulptoelae moet op of voor 15 Junie gerig word aan die Direkteur, Redaksie-afdeling, Butterworth, Posbus 792, Durban, met uitdruklike vermelding van die besondere redes vir die besoek aan die buiteland, die plekke wat besoek gaan word, die jaar waarin die studiereis onderneem gaan word en hoe lank die aansoeker voornemens is om in die buiteland te vertoef. 'n Besluit sal voor die einde van Julie geneem en die benoemde aansoeker kort daarna in kennis gestel word.

Die markprysreël

DJ Joubert

Universiteit van Wes-Kaapland

Die markprysreël word in die praktyk gebruik as 'n nuttige formule om die skadevergoeding waarop 'n skuldeiser in sekere geykte gevalle geregtig is, mee te bereken. In werklikheid is dit slegs 'n toepassing van die algemene reël dat die kontrakbreker deur die betaling van skadevergoeding die skuldeiser moet stel in die vermoënstoestand waarin hy sou verkeer het indien daar geen kontrakbreuk was nie.¹ Die formule mag daarom nie so toegepas word dat 'n skuldeiser skadevergoeding wat hy ingevolge die algemene reël sou kan verhaal, ontsê word nie. Dit kan gebeur indien uit die oog verloor word dat die markprysreël alleen gebruik word om skade wat uit een bepaalde oord ontstaan, te bereken, terwyl ander (verhaalbare) skade buite rekeninge gelaat word.² Indien die skuldeiser se skade uitsluitlik volgens die markprysreël bereken moet word, word sy ander regmatige aansprake nie in berekening gebring nie. 'n Begrip van die aanwending van die markprysreël en sy beperkings is daarom onontbeerlik.

DIE ONDERLIGGENDE RATIO VIR DIE REËL

Die reël kom gewoonlik ter sprake in twee basiese gevalle, naamlik waar 'n verkoper nie die koopsaak lewer nie en waar 'n koper versuim om die koopsaak te ontvang. Dié gevalle word afsonderlik ontleed.

Die verkoper lewer nie. Die koper is geregtig op die lewering van die koopsaak wat 'n bepaalde waarde het. Indien die saak nie gelewer word nie, ly die koper skade deurdat hy 'n bate met 'n sekere waarde nie ontvang nie. Volgens algemene beginsels kan hy daadwerklike lewering van die saak vorder of die waarde daarvan in die plek van die saak self. Laasgenoemde eis word gewoonlik onderskei as synde skadevergoeding as surrogaat van prestasie. Die koper sal natuurlik van sy

¹*Kritzinger v Marchand & Co* 1926 CPD 397; *Hersman v Shapiro & Co* 1926 TPD 367.

²In *Garavelli & Figli v Gollach & Gomperts (Pty) Ltd* 1959 1 SA 816 (W) sê r Boshoff: „The test of market value is, at most, but a means of getting at the buyer's loss. Under certain circumstances it may cease to be exact or may become inapplicable.” Sien ook *Acton v Lazarus* 1927 EDL 367 374.

kant moet presteer en as hy nie reeds die koopprys betaal het nie, sal hy dit moet doen. Die werking van skuldvergelyking, nadat die waarde van die saak gelikwider is, sal meebring, waar die waarde van die saak groter as die prys is, dat die verpligting van die koper om die prys te betaal uitgewis word en dat hy geregtig is op die verskil tussen die waarde van die saak en die koopprys.³ Na aanleiding hiervan kry ons die algemene reël dat die koper geregtig is op die verskil tussen die waarde van die saak en daardie bedrag wat hy nog as koopprys aan die verkoper verskuldig is.⁴

Terugtrede uit die kontrak sou geen wesenlike verandering meebring nie. Na terugtrede is die partye geeneen verplig om te lewer nie en die koper dus nie verplig om die prys te betaal nie. Hy kan wel sy skadevergoeding verhaal en in die gewone geval is dit die verlies wat hy ly omdat die transaksie nie deurgaang nie. Daardie verlies is die verskil tussen die waarde van die saak en die prys (indien die waarde die prys oorskry). Hierdie skade kan as sy „loss of bargain” aangedui word.

Die sogenaamde „duty to mitigate damage” kan ook ter sprake kom. 'n Koper kan natuurlik skade ly weens die feit dat hy die saak self nie ontvang nie.⁵ Skade wat aan sy eie sorgeloosheid eerder as aan die kontrakbreuk van die ander party toe te skryf is, of wat deur die uitoefening van redelike sorg vermy kon word, kan nie verhaal word nie en as die koper gevolglik skade kon vermy het deur 'n ooreenstemmende saak, of die beste plaasvervanger vir sy doel, op die ope mark te koop, kan hy nie die skade wat hy kon vermy het op die verkoper verhaal nie. Daar moet egter op gelet word dat dit onbillik sou wees om van die koper te verwag om op die ope mark in te koop om skade te voorkom so lank as wat hy onder 'n verpligting staan om lewering van die koopsaak te aanvaar en daarvoor te betaal. Hierdie verpligting behoort dus slegs ter sprake te kom indien hy uit die kontrak terugtree.⁶ En indien hy wel terugtree en op die ope mark inkoop, kan 'n mens maklik die gevolgtrekking wil maak dat sy skade die

³As die prys die waarde oorskry, kan die verkoper slegs op die betaling van die prys aanspraak maak as hy die saak lewer.

⁴*bv Van Es v Beyer's Trustees & Bosman* (1884) 3 SC 9 12; *SAR v Tberon* 1917 TPD 67; *Jardine v Van Niekerk* 1918 EDL 246; *Joubert Bros v Abrahamson* 1921 CPD 103 108; *Stephens v Liepner* 1938 WLD 95; *Whitfield v Phillips* 1957 1 SA 318 (A); GA Mulligan „Damages for Breach: Measure (General Principles)” 1957 (74) *SALJ* 61 63; GC Cheshire & CHS Fifoot *The Law of Contract* 7e uitg Londen 1967 550.

⁵*bv* deurdat hy nie die saak kan aanwend om 'n inkomste te verkry nie, of deurdat sy fabriek tydelik produksie moet staak omdat 'n bepaalde onderdeel om 'n stukkende een te vervang nie afgelewer is nie. Hy mag ook dalk 'n saak met 'n potensiaal om vinnig in waarde toe te neem, verloor het.

⁶Sien *Norman's Purchase & Sale in South Africa* 3e uitg deur CI Belcher 1961 341 vir die standpunt dat inkoop neerkom op terugtrede en dat die verkoper daarom in kennis gestel moet word.

verskil tussen die inkoopprys en die koopprys is.⁷ Hierdie gevolgtrekking sou egter verkeerd wees want die koper wat uit die koop terugtree, is geregtig op skadevergoeding of hy nou inkoop of nie.⁸ Hy is geregtig op die verskil tussen die waarde en die prys. Die vraag of hy moes inkoop of nie is slegs relevant by die vraag of hy sekere skade wat hy van die verkoper wil verhaal, kon vermy het of nie.

As die verkoper 'n saak wat nie aan die vereistes van die kontrak voldoen nie, lewer, en die koper aanvaar dit, is hy geregtig op die verskil tussen die waarde van die saak wat hy ontvang het en die waarde van die saak waarop hy ingevolge die kontrak geregtig is.⁹ Die markprysreël kom nie ter sprake nie. Indien die wanprestasie sodanig is dat dit terugtrede regverdig en die koper tree uit die kontrak terug, is hy in dieselfde posisie as 'n koper wat nie lewering van die koopsaak verkry het nie en kan die markprysreël ter sprake kom.

Die koper is in mora met betrekking tot die ontvangs van die koopsaak. Die verkoper wat behoorlike lewering aanbied is geregtig op die betaling van die koopprys¹⁰ en die feit dat die koper verplig kan word om die prys te betaal mag hom oorreed om tog die saak in ontvangs te neem.¹¹ Slaag die verkoper nie daarin om die koper te oorreed om die saak te ontvang nie, mag dit wees dat die verkoper die reg het om terug te tree en tot hierdie stap oorgaan. Na terugtrede moet die verkoper enige gedeelte van die koopprys wat hy ontvang het aan die koper terugbesorg en bly hy met die saak sit. As die waarde van die saak minder is as die prys, is dit duidelik dat die skade wat hy ly die verskil is omdat, as die koop deurgegaan het, hy die prys in die plek van die saak sou gehad het. Hy kan daarom die verskil eis as skadevergoeding of dit aftrek van die bedrag wat hy aan die koper moet terugbetaal.¹²

⁷*Dennill v Atkins & Co* 1905 TS 282 289; *Oellerman v Natal Indian Traders Ltd* (1913) 34 NLR 337; *Meyer v Marks Ltd* 1916 CPD 716; *Bremmer v Ayob Mahomed & Co* 1920 TPD 303; *Slotar & Sons v De Jongh* 1922 TPD 327; *Garavelli & Figli v Gollach & Gomperts (Pty) Ltd supra*; *Wille's Principles of South African Law* 6e uitg 1970 deur JTR Gibson 389.

⁸*Rubens v Marais* (1920) 41 NLR 119 120; *Wille & Millin Mercantile Law of South Africa* 16e uitg deur JE Coaker & WP Schutz 178; GA Mulligan „Damages for Breach” 1956 (73) *SALJ* 261 272.

⁹*bv Kinnear v Huxham* 13 CTR 421; *Maennel v Garage Continental Ltd* 1910 AD 137 144; *Steyn v Davis & Darlow* 1927 TPD 651; *Kahn v Beirowski* 1933 TPD 43 (vatbaar vir kritiek in ander opsigte).

¹⁰In sekere gevalle het die hof hom, myns insiens verkeerdelik, die bevoegdheid toegeëien om 'n eis vir betaling van die prys van die hand te wys soos 'n eis vir spesifieke nakoming. Sien *Manasewitz v Oosthuizen* 1914 CPD 328 en *SA Harness Works v SA Publishers Ltd* 1915 CPD 43. Die korrekte houding vind ons in *Smith & Warren v Harris* (1888) 5 HCG 193.

¹¹Die koper sou dan nog steeds verplig wees om die skade wat die verkoper as gevolg van die vertraagde lewering ly, te vergoed.

¹²*Sermon & Co v Brown* 1939 TPD 244 met 'n beroep op Wessels *The Law of Contract in South Africa* § 3392.

Dit sou die verkoper vrystaan om die saak weer te verkoop en die herverkoopprys mag 'n aanduiding wees van die waarde van die saak,¹³ maar hy is nie verplig om weer te verkoop nie en kan skadevergoeding eis of hy die saak herverkoop of nie.¹⁴ Gestel egter dat die verkoper nie mag terugtree nie, of kies om dit nie te doen nie. Volgens die gemene reg sou die verkoper bederfbare goed vir die rekening van die koper kon verkoop en dan rekenskap gee van die prys.¹⁵ Dit dui daarop dat hy as *negotiorum gestor* kan optree as die omstandighede dit toelaat. Die regspraak neem dit egter as vanselfsprekend aan dat die verkoper die goedere op die ope mark kan verkoop en stel dit nie as 'n vereiste dat hy as saakwaarnemer moet verkoop nie.¹⁶ Indien hy minder as die koopprys behaal, is hy geregtig om die verskil op die koper te verhaal; en as hy toevallig meer as die koopprys behaal, sou hy die verskil aan die koper moet verantwoord.¹⁷ Dit wil egter voorkom asof daar 'n mate van verwarring in die regspraak bestaan en wel as gevolg van die feit dat die prys by herverkoop kan dien as 'n aanduiding van die waarde van die saak.¹⁸ Die howe onderskei nie duidelik tussen gevalle waar die verkoper terugtree en vir sy eie rekening verkoop nie en gevalle waar hy die kontrak in stand hou en vir die rekening van die koper verkoop nie, want in beide gevalle kan hy die verskil tussen die koopprys en die prys by die herverkoop op die koper verhaal. Maar daar is wel 'n groot verskil tussen die twee gevalle, en nie net in die teorie nie, omdat die verkoper wat vir eie rekening verkoop net die verskil tussen die koopprys en die herverkoopprys behoort te verhaal indien die koopprys by die herverkoop as die waarde van die goedere op die relevante tyd beskou kan word.¹⁹

Die verkoper wat die verskil tussen die koopprys en die waarde of herverkoopprys van die saak verhaal, kry nie noodwendig vergoeding van sy volle skade nie omdat hy ook in ander opsigte skade mag ly.²⁰ In gevalle waar die verkoper 'n handelaar of 'n fabrikant is wat oor 'n onbeperkte voorraad beskik, sou die berekening van sy

¹³Sien *Sermon & Co v Brown supra* en die bespreking wat volg.

¹⁴*Cooper v Kabn's Produce Agency* 1917 TPD 184 186; *Hoffman & Carvalho v Minister of Agriculture* 1947 2 SA 855 (T).

¹⁵*D* 18 6 1 3; Voet 18 6 3; *Jacobs v Maree* (1902) SC 152; *Moyes & McKenzie v Frenkel & Co* (1912) 33 NLR 282 290.

¹⁶*Wolff & Co v Bruce, Mavers & Co* (1889) 7 SC 133; *Chapman v Dwor* 1921 CPD 433; *Kritzinger v Marcband & Co* 1926 CPD 397 400; *Ex parte Estate Currie* 1928 WLD 108; *Kaplan & Co v Basel Bros* 1931 CPD 457; Lee *An Introduction to Roman-Dutch Law* 5e uitg 263; Wille & Millin aw 181; Cheshire & Fifoot aw 552.

¹⁷JC de Wet & JP Yeats *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* 3e uitg 134.

¹⁸Sien die bespreking later.

¹⁹Sien die bespreking later.

²⁰Hy mag bv verplig wees om koste aan te gaan vir die instandhouding van die saak totdat dit verkoop word.

skade op die grondslag hierbo uiteengesit ook sekere probleme bied, soos later aangedui word.

WAARDE EN PRYS

Soos uit die voorgaande blyk, kan die begrippe waarde en prys beide ter sprake kom by die berekening van skadevergoeding. Daar is 'n baie noue verbintenis tussen hierdie twee begrippe omdat die waarde van 'n saak op 'n bepaalde tyd en plek die prys is wat daardie saak op daardie tyd en plek op 'n ope mark sal behaal.²¹ Die waarde is die prys wat iemand moet betaal as hy die saak wil koop,²² of die prys wat hy daarvoor sal kry as hy dit verkoop,²³ na gelang van die geval.

Is daar op die tyd en plek wat ter sprake kom van die betrokke soort goedere gekoop en verkoop, dan is die prys wat by daardie transaksies behaal en betaal is, 'n aanduiding van die prys wat die koopsaak op daardie tyd en plek kon behaal. Indien daar 'n bepaalde mark vir daardie soort goedere bestaan, soos 'n aandeelbeurs of groente-, suiker-, of goudmark, dan moet ons die pryse op daardie markte in aanmerking neem omdat ons moet aanneem dat iemand wat wil koop of verkoop op daardie markte sou koop en verkoop.²⁴ Indien daar geen sodanige mark bestaan nie, dan mag daar gelet word op die prys wat gevra word deur ander persone wat die betrokke soort saak aan die publiek verkoop.²⁵ As daar geen sodanige persone is nie, kan die waarde op ander maniere bewys word. Die prys wat inderdaad behaal word by 'n hervekoping kan, afhanklik van die omstandighede,²⁶ beskou word as die waarde van die saak.²⁷ 'n Koper aan wie die koopsaak nie

²¹*Durr v Buxton White Lime Co* 1909 TS 876; *SAR v Theron* 1917 TPD 67; *Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd* 1924 AD 151 159; *Garavelli & Figli v Gollach & Gomperts* 1959 1 SA 816 (W) 820: „The market or current value is taken because it is presumed to be the true value of the goods to the purchaser.” Sien verder *Wertheim v Chicotimi Pulp Co* 1911 AC 301; *D* 9 2 33, 35 2 62 1.

²²*Durr v Buxton White Lime Co supra*: „The market price of an article at a place simply means the price which a person who wants the article has to pay for it.”

²³Sien *SAR v Theron supra* waar gese is dat die markwaarde van 'n saak die „general selling price” op 'n bepaalde plek is.

²⁴*SAR v Theron supra*; *Rademan v Whewell* 1925 OPD 14 15.

²⁵*Durr v Buxton White Lime Co supra*; Cheshire & Fifoot a w 553.

²⁶Die verkoping vind dalk nie op die relevante tydstip plaas nie (sien bv *Sermon & Co v Brown* 1939 TPD 244) of dit gaan deur vir minder as die werklike waarde van die saak op die tydstip van die verkoping. Die eiser moet bewys dat die waarde van die goed by die latere verkoping nog dieselfde is as op die relevante tydstip (sien *Chapman v Dwor* 1921 CPD 433), maar die verweerder moet aantoon dat die prys nie met die waarde op die tyd van die verkoping ooreenstem nie (*Jardine v Van Niekerk* 1918 EDL 246; *Microsicos v Swart* 1949 3 SA 713 (A)).

²⁷Herverkoop kan in verskeie omstandighede ter sprake kom. Die koper verkoop 'n koopsaak wat nie aan die vereistes van die kontrak voldoen nie (*Wald v Disler* 1918 CPD 305; *Purcell v Marks* 1920 CPD 17; *Rademan v Whewell* 1925 OPD 14; *Lazarus Bros v Davies & Kamann* 1922 OPD 88); die verkoper lewer nie aan die koper nie maar verkoop die saak vir 'n tweede maal en lewer aan die tweede

gelewer is nie, kan aantoon wat dit hom sal kos om die saak op die naaste mark te koop en na die relevante plek te laat vervoer.²⁸ 'n Verkoper sou die getuienis van deskundiges kon voorlê.²⁹ Enige relevante getuienis behoort deur die hof in aanmerking geneem te word.³⁰

Ook waar dit gaan oor die koopprys van 'n saak wat 'n verkoper vir die rekening van die koper van die hand gesit het, kan die markprys ter sprake kom. Die verkoper moet by die verkoping soos 'n redelike persoon optree en 'n redelike persoon sou 'n bemerkbare saak op die ope mark vir die gangbare prys verkoop. Indien daar geen sodanige mark is nie, sou hy ten minste die werklike waarde daarvan as koopprys probeer verkry.

Die gelykstelling van waarde met die heersende prys vir goedere van 'n bepaalde soort bring mee dat die reël insake skadevergoeding soos volg geformuleer word: die koper of verkoper is geregtig op die verskil tussen die koopprys en die heersende markprys van goedere van die betrokke soort, of, as daar geen markprys is nie, die prys wat die goedere by herverkoop kon behaal of waarvoor hulle gekoop kon word, na gelang van die geval.³¹ Teen hierdie formulering kan daar verskeie besware ingebring word. Dit bedek die onderliggende wyse waarop die skadevergoeding bereken word deur 'n praktiese maar onduidelike stelling. Dit negeer die verskille tussen die verskillende soorte gevalle. Dit dek nie elke denkbare soort geval nie want 'n koper wat byvoorbeeld die prys betaal het, kan, na gelang van die geval, òf sy prys terugvorder òf die volle markprys van die goedere verhaal as dit die verkoper is wat kontrakbreuk pleeg. 'n Verdere swakheid is dat dit ons by die lewering van 'n saak wat nie aan 'n uitdruklike waarborg voldoen nie tot die volgende formulering van die koper se verhaalsreg kan lei, naamlik dat die koper geregtig is op die verskil tussen die koopprys (die waarde van die saak sonder die gebrek) en die waarde van die gelewerde saak. Dit kan ons dan verder verlei om te dink dat die koper met die aedilisiëse *actio quanti minoris* ageer. En ten slotte: die laaste ge-

koper (*Jardine v Van Niekerk supra*; *Rubens v Marais* (1920) 41 NLR 119); of die koper is in versuim met die ontvangs van die saak en die verkoper verkoop aan 'n ander (*Delaney v Medefindt* 1908 EDL 200; *Chapman v Dwor supra*; *Sermon & Co v Brown* 1939 TPD 244). Sien nog in die algemeen *Allers v Rautenbach* 1949 4 SA 226 (O) en *De Lange v Deeb* 1970 1 SA 561 (O) 564.

²⁸ *Durr v Buxton White Lime Co supra*; *Hersman v Shapiro & Co* 1926 TPD 367; *Garavelli & Figli v Gollach & Gomperts (Pty) Ltd* 1959 1 SA 816 (W) 820.

²⁹ *Machanick v Bernstein* 1920 CPD 380; *Broughton v Davis* 1921 TPD 409 411. Die onbevestigde bewering van die eiser sal nie voldoende wees nie (*Manasewitz v Oosthuizen* 1915 CPD 328).

³⁰ *Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd* 1924 AD 151; *Microusticos v Swart supra*. Vgl *Pretoria Light Aircraft Co Ltd v Midland Aviation Co (Pty) Ltd* 1950 2 SA 656 (N) 662.

³¹ *Manasewitz v Oosthuizen supra*; *Wald v Disler* 1918 CPD 305; *Montese Township & Investment Corporation v Standard Bank of SA Ltd* 1964 3 SA 221 (T).

deelte van die formule, naamlik dat die prys van die goedere in aanmerking geneem word, negeer die feit dat die prys behaal of betaal nie noodwendig gelyk is aan die waarde van die goedere nie.

DIE PLEK

Ooreenkomstig die algemene reël insake die berekening van skadevergoeding is die skuldeiser geregtig om geplaas te word in die posisie waarin hy sou verkeer het indien daar behoorlik presteer is op die plek waar lewering moes geskied het of indien prestasie daar ontvang is. In die gewone geval sal dit meebring dat die waarde van die goedere op die plek waar daar gelewer moet word, gebruik word by die berekening van die skadevergoeding.³² In besondere gevalle word daar egter van die algemene reël afgewyk.

Indien die verkoper versuim om die koopsaak te lewer, is die koper geregtig op prestasie of die waarde daarvan op die plek waar die verkoper moet lewer. Die waarde daarvan op daardie plek word daarom bepaal deur verwysing na die prys van die goedere op die mark op daardie plek.³³ Indien daar geen mark vir die betrokke goedere op daardie plek is nie, sou iemand wat die goedere op daardie plek wou gehad het op die naaste beskikbare mark gaan inkoop en dit na daardie plek vervoer. Die waarde op daardie plek is daarom die prys op die naaste beskikbare mark plus die koste van vervoer na die plek waar gelewer moet word.³⁴ Soos eerder gesien, is dit nie nodig dat die koper inderdaad die koop kanselleer en goedere op die mark inkoop alvorens hy skadevergoeding kan verhaal nie. Indien hy wel inkoop, sal hy soos 'n redelike man op die plaaslike mark of die naaste beskikbare mark moet inkoop teen die gangbare prys en sal die skadevergoeding waarop hy geregtig is dieselfde wees as waarop hy ingevolge die uiteensetting hierbo geregtig is. In besondere gevalle mag dit vanweë die tydfaktor vir die koper nodig wees om in te koop op 'n ander plek as waar

³²*Durr v Buxton White Lime Co supra*; *Slotar & Sons v De Jongh* 1922 TPD 327 332; *Goolam v Comrie* 1925 NPD 103; *Markus & Co v Louw* 1930 CPD 123; *Kaplan & Co v Basel Bros* 1931 CPD 457; *Sam Hackner & Co Ltd v Saltzman* 1940 OPD 200 204; *Pretoria Light Aircraft Co Ltd v Midland Aviation Co (Pty) Ltd supra*. Sien ook *D* 13 3 4, 12 1 22 en 19 1 3 4.

³³As die koper die kontrak kanselleer sou hy, soos 'n redelike man, op daardie plek moet inkoop om sy skade nie te laat oloop nie. Sien *Slotar & Sons v De Jongh supra*.

³⁴*Salomon & Co v Stefani* 21 SC 15; *Durr v Buxton White Lime Co* 1909 TS 876; *Slotar & Sons v De Jongh supra* 335; *Goolam v Comrie* 1925 NPD 103; *Hersman v Shapiro & Co* 1926 TPD 367; *Central Produce Co v Hirschowitz* 1938 TPD 350; *Garavelli & Figli v Gollach & Gomperts (Pty) Ltd* 1959 1 SA 816 (W); *Norman's Purchase & Sale in South Africa* 3e uitg deur CI Belcher 1961 390 400. Vgl *Louw v Stewart* 1878 Buch 87 en *Colonial Government v Nathan Bros* (1892) 13 NLR 100 (vervoerkontrakte). Die vervoerkoste kan óf as 'n afsonderlike item óf as deel van die markprys (dws prys + vervoerkoste) in berekening gebring word.

lewering moes geskied het. In *Durr v Buxton White Lime Co*³⁵ moes die verkoper in Pretoria lewer vir versending na Johannesburg en vanweë die versuim om dit te doen, moes die koper toe duurder in Johannesburg inkoop ten einde betyds 'n voorraad in Johannesburg te hê. Indien dit redelik was om aldus elders in te koop, behoort die koper se skade bereken te word op die grondslag van sy werklike uitgawe.

Indien die koper versuim om die koopsaak te ontvang, sou die verkoper wat dit vir die rekening van die koper verkoop, dit op die ope mark op die plek waar daar gelewer moes word,³⁶ of, as daar geen mark is nie, op die naaste mark, kon verkoop.³⁷ In laasgenoemde geval is die koste van vervoer na die mark ook verhaalbaar.³⁸ Indien die verkoper uit die koop terugtree, is hy geregtig op skadevergoeding bereken volgens die verskil tussen die prys en die waarde van die saak op die plek waar lewering moes geskied het. Die waarde op daardie plek is die prys op die ope mark op daardie plek of, as daar geen mark is nie, die naaste beskikbare mark *minus* die koste van vervoer na daardie mark omdat ons nou moet aanneem dat iemand wat die saak op 'n plek waar daar geen mark is nie, wil koop, dit sal doen ten einde dit op die naaste mark te verkoop.³⁹ Daar sal egter besondere gevalle voorkom waar dit nie van 'n verkoper verwag kan word om die saak op die plek van lewering te verkoop nie, soos waar goedere bestel is kba te Kaapstad en hulle, na die versuim van die koper om hulle te ontvang, teruggestuur word na die verkoper in Johannesburg. Die verkoper sou dan sekerlik die goedere in Johannesburg kan verkoop of, as hy uit die ooreenkoms terugtree, die verskil tussen die prys en die waarde van die goedere op die plek waar hy hulle terugontvang het van die koper kan verhaal.

DIE TYD

Die stelling word gewoonlik gemaak dat die markprys op die tyd-stip van die kontrakbreuk geneem moet word om die skuldeiser se skadevergoeding te bereken.⁴⁰ Die onderliggende gedagte is skynbaar dat die skuldeiser geplaas moet word in die posisie waarin hy sou gewees het indien daar *op daardie tydstip* geen kontrakbreuk gepleeg was nie. Soos uit die bespreking hieronder sal blyk, is daar egter verskillende gevalle wat nie oor een kam geskeer moet word nie.

Waar die verkoper *in mora* is met die lewering van die koopsaak

³⁵*supra*.

³⁶*Markus & Co v Louw* 1930 CPD 123; *Kaplan & Co v Basel Bros* 1931 CPD 457.

³⁷*Hoffmann & Carvalho v Minister of Agriculture* 1947 2 SA 855 (T).

³⁸Die verkoper kry die kontrakprys plus die koste van vervoer minus die herverkoopprys.

³⁹Die waarde van die saak word verskillend bereken na gelang die eiser die koper of die verkoper is.

⁴⁰*Slotar & Sons v De Jongh supra* 329; *Jamal v Moola Dawood & Sons* 1916 1 AC 195.

word daar gewoonlik gesê dat die koper se skade bereken moet word met verwysing na die tydstip waarop die verkoper moes lewer.⁴¹ As die koper op daardie tydstip die kontrak gekanselleer het, kan daar van hom verwag word om so gou as moontlik op die ope mark in te koop ten einde homself van skade te vrywaar. Dienooreenkomstig word daar geleer dat die koper nie mag uitstel, op die verkoper se risiko, om te kyk of die mark gaan styg of daal voordat hy inkoop nie.⁴² Met hierdie redenasie is daar nie fout te vind nie, maar dit is nie toepaslik nie. Soos ons weet is die koper nie verplig om in te koop nie. Dit gaan nie oor die inkoopprys nie, maar oor die waarde van die saak op 'n bepaalde tydstip. As daar gelewer was, sou die koper 'n saak met 'n bepaalde waarde gehad het op die tydstip wat vir lewering bepaal is, en die koper is dit kwyt vanweë die versuim van die verkoper. Die enigste werklike beswaar wat teen hierdie redenasie aangevoer kan word, is dat die verkoper tot die laaste minuut van die dag vir lewering bepaal (of van die tyd wat die koper se besigheid vir sake oop is) het om te lewer en dat die koper gevolglik eers op die daaropvolgende dag die kontrak kan kanselleer en op die ope mark kan inkoop. Hiervolgens sou dit 'n bevredigender reëling wees om die markprys op die eersvolgende sakedag of so gou daarna as wat die koper uit die koop terugtree te gebruik by die berekening van die skadevergoeding.⁴³ Hierdie beswaar vloei daaruit voort dat die markprysreël alleen op die waarde van 'n saak let en nie rekening hou met verliese wat toe te skryf is aan die feit dat die koper nie die saak self ontvang nie.

Die toepassing van die gedagte dat die waarde van die saak bereken moet word volgens die tydstip wat vir lewering bepaal is, bied probleme waar die koper nie uit die koop mag terugtree nie of waar hy mag terugtree maar verkies om dit nie te doen nie. Ten einde hierop in te gaan, is dit gewens om eers aan repudiëring aandag te skenk.

⁴¹*Norden v Shaw* (1847) 2 Menz 64; *Teubes v Wiese* 1912 WLD 148 ('n geval van 'n skenking wat volgens dieselfde beginsels behandel word); *SAR v Theron* 1917 TPD 67 ('n geval waar 'n karweier nie afgelewer het nie en wat ook volgens dieselfde beginsels behandel word); *Ruffel v Webb* 1919 OPD 122; *Kaplan Bros v Kroomer* 1920 CPD 618; *Norman's Law of Purchase & Sale* 382 385 388 390 394 399; Wille & Millin a w 177; *Maasdorp's Institutes of South African Law* vol III 8e uitg deur CG Hall 1970 110; GA Mulligan „Damages for Breach: Measure (General Principles)” 1957 (74) *SALJ* 1 66; P van Warmelo „Die Uitleg van Kontrakte” 1960 (77) *SALJ* 69 75; a 51(3) van die Engelse *Sale of Goods Act* 1893.

⁴²*Oellerman v Natal Indian Traders Ltd* (1913) 34 NLR 337; *Jamal v Moola Dawood & Sons* (1916) 1 AC 195; AJ Kerr *The Principles of the Law of Contract* 1967 Appendix B 256.

⁴³Sien Kerr tap. Volgens *Celliers v Papenfus & Rooth* 1904 TS 73 en *Cooper v Kohn's Produce Agency* 1917 TPD 184 word die skadevergoeding bereken volgens die dag vir prestasie bepaal of volgens die dag waarop die koper uit die kontrak terugtree. Die koper sal binne 'n redelike tyd moet terugtree.

As die skuldenaar voor die dag vir prestasie bepaal te kenne gee dat hy nie sal presteer nie en aldus sy verpligtings repudieer, het die skuldeiser die keuse om die repudiëring te aanvaar en uit die ooreenkoms terug te tree of om die ooreenkoms in stand te hou en op prestasie aan te dring.⁴⁴ Aanvaar hy die repudiëring kan daar van hom verwag word, indien hy 'n koper is, om op die ope mark in te koop vir lewering aan hom op die bestemde tyd of, indien hy 'n verkoper is, om op die ope mark te verkoop vir lewering op die bestemde tyd. Doen hy dit, is die skade wat hy ly gewoonlik die verskil tussen die kontrakprys en die inkoopprys of herverkoopprys, na gelang van die geval. Omdat hy eers moet optree nadat hy die repudiëring aanvaar het, word daar soms geleer dat die skuldeiser se skadevergoeding bepaal moet word met verwysing na die tydstip van die aanvaarding van die repudiëring.⁴⁵ In *Novick v Benjamin*⁴⁶ beslis die Appèlhof dat die skadevergoeding bereken moet word met verwysing na die datum van prestasie onderworpe aan die beginsels insake die mitigasie van skade. As die skuldeiser nie na die aanvaarding van die repudiëring inkoop nie, word sy skadevergoeding bereken met verwysing na die datum waarop prestasie moes geskied het, want indien daar behoorlik gepresteer was sou hy op daardie datum goedere met 'n bepaalde waarde gehad het.⁴⁷ Indien die koper wel na die aanvaarding van die repudiëring maar voor die dag vir prestasie bepaal op die ope mark inkoop, kan daar twee moontlikhede voorkom: indien die markprys styg nadat die koper ingekoop het, kan die koper slegs die verskil tussen die kontrakprys en die inkoopprys verhaal omdat hy slegs sy werklike skade kan verhaal en hy hier sy skade beperk het; indien die markprys egter na die inkoop daal, sou dit onbillik wees dat die koper wat redelik opgetree het deur in te koop slegs die verskil tussen die koopprys en die markprys op die dag vir lewering bepaal, kan verhaal, terwyl sy werklike uitgawe veel hoër is.⁴⁸ Die toepassing van die algemene

⁴⁴*Stewart v Ryall* (1887) 5 SC 146 157.

⁴⁵*Stephanus v Liepner* 1938 WLD 95 97 (die kopskrif is misleidend); *Whitfield v Phillips* 1957 1 SA 318 (A) 324; Kerr a.w. 256; Maasdorp a.w. 110; GA Mulligan „Damages for Breach: Quantum, Remoteness & Causality” 1955 (72) *SALJ* 362 372; PM Nienaber „Enkele Beskouings oor Kontrakbreuk in *Anticipando*” 1963 *THRHR* 19 37. In sommige beslissings (*Cooper v Kohn's Produce Agency Ltd* 1917 TPD 184; *Joubert Bros v Abrahamson* 1921 CPD 103) word verwys na die datum van die „repudiëring” maar uit die verband is dit duidelik dat daarmee bedoel word die aanvaarding van die repudiëring (sien ook Kerr a.w. 358 n 2). Daar is wel diegene wat die standpunt huldig dat die datum van repudiëring gebruik moet word (sien *Markus & Co v Louw* 1930 CPD 123; De Wet & Yeats a.w. 154 n (d)) maar dit is onduidelik waarop dit berus behalwe dat De Wet & Yeats die aanvaarding 'n *ex tunc*-uitwerking toeken.

⁴⁶1972 2 SA 842 (A) 858.

⁴⁷Die uitspraak is veral gemotiveer met algemene beginsels.

⁴⁸Veronderstel die prys is 20; as die waarde by aanvaarding van die repudiëring 25 is en die waarde op die dag vir prestasie bepaal 30 is, kan die koper slegs 5 verhaal;

reëling wat die hof stel, moet gevolglik opnuut oorweeg word. Die voor die hand liggende antwoord is dat die markprysreël te doen het met die nie-ontvangs van 'n bate met 'n bepaalde waarde op 'n bepaalde tydstip en dat die inkoop 'n optrede is om te voorkom dat skade oploop as gevolg van die feit van nie-lewering. Die bykomstige uitgawes mag dus wel op grond van ander oorwegings verhaalbaar wees.

Besluit die skuldeiser om die repudiëring te negeer en die kontrak in stand te hou, is hy geregtig op nakoming van die kontrak op die bestemde tyd en as daar nie op daardie tyd gepresteer word nie, word sy skadevergoeding, soos by enige ander versuim om te presteer, in die praktyk bereken met verwysing na die dag vir prestasie bepaal.⁴⁹

Indien daar geen dag vir prestasie bepaal is nie en die skuldeiser besluit om die repudiëring te negeer, kan hy die skuldenaar aanmaan om te presteer en sodoende 'n dag vir prestasie bepaal. As daar nie op die aldus bepaalde dag gepresteer word nie, is die skuldeiser in dieselfde posisie asof daar aanvanklik by die kontraksluiting 'n dag vir prestasie bepaal is en die skuldenaar nagelaat het om op daardie dag te presteer.⁵⁰ As hy die repudiëring aanvaar, bestaan daar geen dag wat vir prestasie bepaal is nie en die enigste tydstip wat die hof voor hom het, is die tydstip waarop die repudiëring aanvaar is.⁵¹ Dit sou onsinnig wees om te verwag dat die skuldeiser na die aanvaarding van die repudiëring 'n denkbeeldige dag vir prestasie moet aanwys sodat hy 'n datum kan vasstel waarvolgens sy skadevergoeding bereken moet word.

Gestel egter dat die repudiëring eers plaasvind nadat die skuldenaar *in mora* verkeer. Dan is daar nie sprake van kontrakbreuk *in anticipando* nie, maar die skuldeiser wat geen reg van terugtrede gehad het nie, sou die repudiëring mag aanvaar en uit die ooreenkoms terugtree indien hy so verkies. Hy mag egter ook die ooreenkoms in stand hou en aandrang op prestasie. Die stelling dat sy skadevergoeding bereken word volgens die tydstip van repudiëring of die tydstip vir

as die waarde by aanvaarding van die repudiëring en inkoop 30 is en op die dag vir prestasie bepaal slegs 25, sou hy ook slegs 5 kon kry.

⁴⁹*Cotton v Arnold* (1907) 3 BAC 162 184; *Oellerman v Natal Indian Traders Ltd* (1913) 34 NLR 337; *Cooper v Kohn's Produce Agency Ltd supra*; *Amod Bayat v Doherty* (1919) 40 NLR 44; *Bremer v Ayob Mohamed & Co* 1920 TPD 303; *Broughton v Davis* 1921 TPD 409 411; *Kameel Tin Co (Pty) Ltd v Brollomar Tin Exploration Co Ltd* 1928 TPD 726 732; *Strachan & Co Ltd v Natal Milling Co (Pty) Ltd* 1936 NPD 327; GA Mulligan 1955 *SALJ* 362 371; PM Nienaber a w 38.

⁵⁰Dit is ontken in *Strachan & Co Ltd v Natal Milling Co (Pty) Ltd supra* met die onoortuigende argument dat die skuldenaar (verkoper) *in mora* verkeer sodra hy repudieer en dat die skuldeiser (koper) daarom nie verplig is om hom *in mora* te stel nie. Die aanmaning dien om 'n dag vir prestasie te bepaal; dit word nie ontken dat die skuldeiser mag terugtree nie. Sien De Wet & Yeats a w 153 vir verdere kritiek.

⁵¹*Stephens v Liepner supra*. In *Moyes & McKenzie v Frenkel & Co* (1912) 33 NLR 282 meen die hof, myns insiens verkeerdelik, dat die dag van repudiëring in plaas

lewering bepaal, welkeen die laatste is,⁵² mag die indruk wek dat indien hy nie slaag om daadwerklike prestasie te verkry nie, sy skadevergoeding bereken mag word volgens die tydstip van die repudiëring. Dit word uitdruklik deur regter Gregorowski in *Bremmer v Ayob Mahomed & Co*⁵³ ontken en daar word gesê dat die skadevergoeding bereken moet word volgens die dag vir lewering bepaal. Die ooglopende rede is dat die skuldeiser, volgens die algemene opvatting, alreeds geregtig is op skadevergoeding bereken met verwysing na daardie tydstip en dat 'n latere repudiëring dit nie kan verander nie. Hierdie laasgemelde standpunt word deur verskeie skrywers betwis,⁵⁴ en dit bring die werklike kernaspek ter sprake, naamlik of die skadevergoeding in die geval van 'n versuim om te presteer bereken moet word volgens die dag vir prestasie bepaal of volgens 'n ander latere tydstip.

Dit is miskien leersaam om te begin met 'n verwysing na die Romeinse reg. Daar was verskillende gevalle waar 'n eiser wat op 'n saak geregtig was die waarde van daardie saak kon verhaal. Waar hy *per formulam* ageer het, het die *condemnatio* die regter aangesê, in die geval van 'n aksie *in rem*, om die verweerder te veroordeel om die waarde van die saak aan die eiser te betaal as die saak in sy guns uitgewys word.⁵⁵ Daar was twee tydstippe waarop die waarde van die saak bereken kon word, naamlik by *litis contestatio* of wanneer die uitspraak gegee word,⁵⁶ en dit sou van die bepaalde geval afhang welkeen ter sprake kom. In die geval van *bonae fidei*-transaksies, soos die koopkontrak, is die regter nie aangesê om die waarde van die saak aan die eiser toe te ken nie maar slegs om die verweerder te beveel om soveel te betaal as wat die eiser toekom ooreenkomstig die vereistes van die goeie trou.⁵⁷ In 'n bepaalde geval sou dit kon beteken dat die eiser geregtig is op die waarde van 'n bepaalde saak (minus enige gedeelte van die teenprestasie nog deur hom verskuldig). Omdat dit gebruikeliker was om die waarde te bereken volgens die tydstip waarop die uitspraak gegee word, sou ons verwag dat dit die tydstip is wat gebruik word by sulke berekeninge.⁵⁸ 'n Teks in die *Digesta* steun ook

van die dag van die aanvaarding van die repudiëring die relevante tydstip is. Volgens a 50(3) en 51(3) van die Engelse *Sale of Goods Act 1893* is die tydstip van „refusal to accept” of „refusal to deliver” die relevante tydstip.

⁵²*Cooper v Kohn's Produce Agency supra* en *Amod Bayat v Doberty supra*.

⁵³*supra*, op 310.

⁵⁴De Wet & Yeats tap; Kerr a w 158 & 273.

⁵⁵G 4 51.

⁵⁶Dit word weergegee met die woorde *quanti ea res est* en *quanti ea res erit* respektiewelik. By die *condictio furtiva* was daar 'n derde metode gebruik, nl die hoogste waarde van die saak vanaf die tydstip waarop gelewer moes word totdat uitspraak volg. Sien Buckland *A Textbook of Roman Law* 3e uitg 658.

⁵⁷„Quidquid ob eam rem . . . dare facere oportet ex bonae fidei.”

⁵⁸Die feit dat daar geen *clausula arbitraria* was nie, sou geen verskil maak nie. Sien in die algemeen D 19 1 1; 19 1 3 3; 19 1 21 3.

hierdie afleiding.⁵⁹ Daar is wel ander tekste waarin die waarde bereken is volgens die dag vir prestasie bepaal (en indien geen dag vir prestasie bepaal is nie, volgens die dag waarop uitspraak gegee is), maar hierdie tekste het te doen met gevalle waar 'n eiser 'n bepaalde hoeveelheid *res fungibiles* eis met die *condictio triticaria* en nie met gevalle waar 'n besondere saak verkoop en nie gelewer is nie.⁶⁰

In die vroeë Suid-Afrikaanse regspraak het die Romeinse reg wel 'n weerklank gevind.⁶¹ In dié bepaalde geval het die posisie van 'n koper nie ter sprake gekom nie, en die maatstaaf daar aangewend kan nie op die geval van die koper van toepassing wees nie.⁶² Die maatstaaf wat op die geval van die koper van toepassing is, is die waarde van die koopsaak ten tye van die uitspraak. Dit sou goed inpas by die feit dat die koper geregtig is (onderworpe aan uitsonderings) op spesifieke nakoming. Die koper sou gevolglik spesifieke nakoming kon vorder en, indien die verkoper die gevorderde saak nie lewer nie, moet hy, as surrogaat van prestasie, die waarde van die saak ten tyde van die berigting van die geskil betaal.⁶³ Indien die koper terugtree uit die koop verval sy reg om daarna die saak self te vorder en sou sy skade bereken moes word met verwysing na die tydstip van terugtrede.⁶⁴ Dit sou myns insiens verkeerd wees om die posisie van 'n koper wat nie terugtree nie, te beoordeel asof hy wel terugtree het.

Die feit dat die koper nie altyd met 'n eis vir spesifieke nakoming sal slaag nie, behoort ook nie die verhouding tussen die partye te beïnvloed nie. Nadat die verkoper *in mora* verkeer, sou hy wel behoorlike prestasie kon aanbied. Dit sou dan verkeerd wees om hom toe te laat om skadevergoeding, bereken volgens die dag vir prestasie bepaal,

⁵⁹D 19 1 3 3: „Si per venditorem vini mora fuerit, quo minus traderet condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuerit, vel quo venit vel quo is in condemnationem deducitur.” Die glos hierop lui: „Temporis, inquam, rei venditae vel sententiae, vel intermedii.”

⁶⁰D 13 3 4: „. . . tanti litem aestimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die quo dari debuit: si de die nihil convenit: quanti tunc cum iudicium acciperetur.” Vgl D 12 1 22; Van Warmelo a w 75; en Buckland a w 683. Die maatstaaf is gebruik by *mutuum* en die opvordering van 'n *indebitum*.

⁶¹*Long & Co v Munnick & Van der Byl* (1853) 2 Searle 35. Vgl die opmerkings in *Stephen v Liepner* 1938 WLD 30 34 ten opsigte van die *spoliator* en die dief.

⁶²Rosyne is by iemand in bewaring gelaat en nie terugbesorg nie. Die hof ken aan die eiser die hoogste waarde van die goedere in die tydperk tussen die versuim en die betaling toe.

⁶³*MacKeurtan's Sale of Goods in South Africa* 4e uitg 1972 deur B O'Donovan 217. De Wet & Yeats a w 153 skryf: „As hy lewering van die meel teen die einde van Januarie kan eis, waarom sal hy, as die verkoper teen die einde van Januarie repudiër [*sic*], nie sy skadevergoeding soos op daardie datum mag bereken nie?” Ek meen dat terwyl die koper lewering kan eis, hy die waarde van die goed op die tydstip waarop hy eis, kan vorder.

⁶⁴*Sien Cilliers v Papenfus & Rooth* 1904 TS 73; *Cooper v Kohn's Produce Agency Ltd* 1917 TPD 184; Kerr a w 256-8.

te betaal waar die saak sedert daardie tyd in waarde gestyg het. Die koper, aan die ander kant, moet dan genoë daarmee neem dat die waarde van die saak ook volgens die tydstip waarop die uitspraak gegee word, bereken word, indien hy nie uit die kontrak teruggetree het nie en die saak sedert die dag vir prestasie bepaal in waarde verminder het.⁶⁵

Ten slotte moet ons ook verwys na die geval waar die koper *in mora creditoris* verkeer. Ook hier word die waarde van die saak, volgens die regspraak, bereken met verwysing na die waarde van die saak ten tyde van die kontrakbreuk van die koper.⁶⁶ Dit is verstaanbaar indien die verkoper op daardie tydstip uit die koop terugtree.⁶⁷ Die verkoper het die geleentheid om die saak weer te verkoop en indien hy besluit om dit later te verkoop wanneer die prys miskien gedaal het, moet hy die oorsaak van sy verlies by homself soek. Indien die verkoper die kontrak in stand hou en die saak vir die rekening van die koper verkoop, moet hy die werklike prys verantwoord. Ten opsigte van bederfbare goedere kan daar van hom verwag word om die goed so gou moontlik te verkoop⁶⁸ en indien hy dit nie doen nie, mag dit ter sprake kom of die prys inderdaad by die herverkoping behaal deur hom verantwoord moet word of 'n groter bedrag, soos die waarde van die goedere op die tydstip waarop 'n verkoper verwag kon word om te verkoop. Indien die verkoper nie uit die koop teruggetree het nie en ook nie die saak vir die rekening van die koper verkoop het nie, is hy op betaling van die prys geregtig. Daar sou egter geen beswaar daarteen bestaan dat hy met die koper sou ooreenkom om die saak ter gedeeltelike voldoening te hou en dan die waarde van die saak teen die bedrae aan hom verskuldig af te sit nie.⁶⁹

DIE VERLIES VAN WINSTE

'n Verlies van winste kan ontstaan uit die verbeuring van die besit van 'n saak sodat die koper dit nie kan aanwend om 'n inkomste

⁶⁵Volgens Maasdorp a w 110 is die koper in geval van *mora* geregtig op die verskil tussen die waarde van die saak op die datum van lewering en die datum vir prestasie bepaal. As dieselfde beginsel hier toegepas moet word, sou die koper die hoogste waarde van die saak kon eis. Dit is teen hierdie feit wat die regspraak in verset kom. Sien *Cooper v Kohn's Produce Agency Ltd supra*. Die punt is dat die koper die huidige waarde van die saak kry as skadevergoeding as surrogaat van prestasie en moontlik die verskil tussen die waardes (indien die waarde van die saak miskien gedaal het) vanweë die versuim om betyds te lewer. Die mitigasie-reël mag dalk laasgenoemde eis uitsluit.

⁶⁶*Sermon & Co v Brown* 1939 TPD 244; *Bester v Visser* 1957 1 SA 628 (T). Vgl a 50(3) van die *Sale of Goods Act* 1893.

⁶⁷Sien weer die opmerkings ivm inkoop na terugtrede deur die koper en *Wille & Millin* a w 181.

⁶⁸*Ullman Bros Ltd v Kroonstad Produce Co* 1923 AD 449 457.

⁶⁹Volgens *Bester v Visser supra* 629 kan die waarde van die goedere op die dag van die eis nie in aanmerking geneem word by 'n eis om skadevergoeding nie, maar dit gaan nie hier daaroor nie.

te verdien nie of sodat hy dit nie voordelig kan verkoop nie, of uit die feit dat die transaksie nie deurgaans nie, met die gevolg dat die verkoper sy wins uit die transaksie verbeur. Dié verliese moet in verband met die markprysreël ondersoek word.

Indien die verkoper 'n handelaar is en die koper weier om die koopsaak in ontvangs te neem en daarvoor te betaal, sou die berekening van die verkoper se skadevergoeding volgens die markprysreël hom niks in die sak bring nie, tensy die verkoopsprys sedert die kontraksluiting gedaal het, omdat die markprys in die reël dieselfde is as die kontrakprys. Tog is dit duidelik dat die handelaar die wins wat die transaksie hom sou bied, verloor bloot omdat die koop deur die mat geval het. Hierdie gevolg kan vermy word indien mens die kosprys van die saak as die waarde daarvan sou neem,⁷⁰ omdat die verkoper dan sy wins uit die bepaalde transaksie van die koper sou kan verhaal. Die regspraak het nie hierdie weg ingeslaan nie maar tog van die markprysreël afgewyk. Daar is tot die bevinding gekom dat die handelaar wat oor 'n onbeperkte voorraad beskik, geregtig is op die winste wat hy uit die transaksie sou maak omdat dit die skade is wat die koper moes voorsien het as die gevolg van sy versuim om die transaksie deur te voer.⁷¹ Die berekening van 'n verkoper se skadevergoeding as die verlies van sy winste uit die transaksie, word ook aangewend in ander gevalle, soos waar die verkoper die goedere moes vervaardig en vanweë die koper se repudiëring van sy verpligtings, uit die kontrak teruggetree het voordat die goedere vervaardig is.⁷²

Die verlies van inkomste wat 'n koper vanweë die verbeuring van die besit van 'n saak ly is nie 'n verlies wat met die markprysreël verband hou nie. Wat betref 'n verlies van winste gely omdat die koper die saak nie kon herverkoop nie, was dit die standpunt van die gemene reg dat die koper nie sulke verliese kon verhaal nie.⁷³ Hierdie houding word oor die algemeen nog deur ons regspraak gehandhaaf.⁷⁴ Die werking van die markprysreël bring egter mee dat dit nie die koper benadeel nie. Sy skade word bereken volgens die waarde wat die saak

⁷⁰*Sien Hope v Unterhalter (Pty) Ltd* 1934 TPD 392 396. Handelsvoorrade word gewoonlik teen kosprys gewaardeer.

⁷¹*Dennill v Atkins & Co* 1905 TS 282; *Moyes & McKenzie v Frenkel & Co* (1912) 33 NLR 282; *Kritzinger v Marchand* 1926 CPD 397; *Hope v Unterhalter (Pty) Ltd* 1934 TPD 392 (waar die bewering in die *Dennill*-saak dat dit anders mag wees as die goedere reeds geïndividualiseer is, uitdruklik verwerp is); *Wille & Millin* a w 99 182; *Cheshire & Fifoot* a w 552-3.

⁷²*Vianini Ferro Concrete Pipes (Pty) Ltd v Union Government* 1942 TPD 71.

⁷³*D* 19 1 21 3; *Voet* 19 1 20 en 45 1 9; *Vinnius Selectae Juris Quaestiones* 2 38. *Sien* egter die volgende vae tekste: *D* 18 6 19; 46 8 13; *C* 7 47 1.

⁷⁴*Philip v Metropolitan & Suburban Railway Co* (1893) 10 SC 52; *SAR v Theron* 1917 TPD 67 70; *Amod Bayat v Doberty* (1919) 40 NLR 44; *Joubert Bros v Abrahamson* 1921 CPD 103 107; *Slotar & Sons v De Jongh* 1922 TPD 327 329; *Desmond Isaacs Agencies (Pty) Contemporary Displays* 1971 3 SA 286 (T) 287.

op die ope mark kon behaal het en gee hom dus die winste wat hy sou verdien het indien hy die saak op die ope mark op die betrokke tydstip sou verkoop het. Winste wat hy sou kon maak deur die saak op 'n ander tyd en plek te verkoop, is egter nie verhaalbaar nie. Ter regverdiging daarvan kan daar aangevoer word dat die koper die kontrak moes gekanselleer het en ander voorrade op die ope mark ingekoop het, dat sodanige winste onvoorspelbaar is sodat 'n redelike verkoper nie hulle verlies sou voorsien het as 'n gevolg van sy versuim om te lewer nie, en dat die optrede van die koper 'n spekulasie dat die mark sal styg inhou en dat die verkoper nie daarvoor hoef in te staan nie.

Gestel egter dat die koper voor die versuim van die verkoper reeds die goedere teen 'n wins herverkoop het. As die koper die koop sou kanselleer en ander soortgelyke goedere op die ope mark kan koop vir lewering aan die tweede koper sou die markprysreël hom nie benadeel nie.⁷⁵ As soortgelyke goedere nie op die ope mark verkrygbaar is nie, is inkoop buite die kwessie. Die prys waarop die koper by die herverkoop ooreengekom het, kan miskien gebruik word as 'n aanduiding van die waarde van die goedere vir die berekening van sy skadevergoeding ooreenkomstig die markprysreël.⁷⁶ Kom die hof tot die bevinding dat die waarde op die relevante tydstip minder is as die herverkoopprys, sou die vraag ontstaan of die koper nie in elk geval daarop geregtig is om die winste wat hy uit die herverkoop sou maak as skadevergoeding van die verkoper te verhaal nie. Ooreenkomstig die vereiste dat slegs voorsiene en voorsienbare skade verhaal kan word, sou die hof tevrede gestel moet word dat hierdie verlies van winste voorsien of voorsienbaar was. As die verkoper geweet het dat die goedere vir herverkoop gekoop word, moet hy voorsien dat die koper dit teen 'n wins van die hand sal probeer sit.⁷⁷ Die koper se *skade* sal egter eers voorsienbaar wees indien dit voorsien of voorsienbaar was dat die koper dit vir meer as die waarde op die relevante tyd en plek sou kon verkoop.⁷⁸

⁷⁵*Desmond Isaacs Agencies v Contemporary Displays supra* 287; GA Mulligan „Damages for Breach” 1957 (74) *SALJ* 296 302. Die koper se onvermoë om in te koop is, volgens die regspraak, irrelevant (*Stephens v Liepner* 1938 WLD 30 34) maar die mening is al gelug dat dit slegs die geval sal wees as die verkoper nie van die finansiële onvermoë weet nie (GA Mulligan „Damages for Breach” 1956 (73) *SALJ* 261 277). Sy versuim om in te koop bring mee dat hy sy eie skade laat oploop en dat hy dit daarom nie kan verhaal nie indien hy daarvoor verantwoordelik gehou kan word.

⁷⁶*Stark v Union Stores* 1920 EDL 358; *Lazarus Bros v Davies & Kamann* 1922 OPD 88 92; *Pretoria Light Aircraft Co Ltd v Midland Aviation Co (Pty) Ltd* 1950 2 SA 656 (N). Sien *Patrick v Russo British Grain Export Co* (1927) 2 KB 535.

⁷⁷*Mills v Schmahmann Bros* 1909 TS 738 740; *Richter v Van Aardt* 1917 OPD 85; *Desmond Isaacs Agencies v Contemporary Displays supra*; GA Mulligan „Damages for Breach: Quantum, Remoteness and Causality: 'String Contracts' ” 1955 (72) *SALJ* 152 & 156; *Cheshire & Fifoot* aw 551; *Wille & Millin* a w 179.

⁷⁸Mulligan 1955 *SALJ* 165 sê dat die koper slegs sy winste op herverkoop kan

SUMMARY

The market price rule

The so-called market price rule is a practical formula for calculating damages arising from one particular source. A purchaser not obtaining delivery is entitled to the value of the goods not delivered; a seller is entitled to the difference between the price and the value of the goods refused by the purchaser. Because of the relationship between value and price, the price the goods could have obtained on the open market is used as the equivalent of value. The market price at the place of performance is normally used, but circumstances may justify a departure from this test. The time for delivery is used as the appropriate time for determining the market price, but it is suggested that the appropriate time is either that on which the sale is cancelled or the time when judgment follows.

The market price rule may be inappropriate, and in cases where the seller is a trader with an unlimited supply of goods to sell, the trader is allowed his loss of profits from the transaction as damages. In the case of a purchaser not being able to obtain delivery he is not entitled to a possible loss of profit from a further sale, but to an actual loss of profit resulting from a resale provided that the resale and the possibility of a sale for more than the value of the goods could be foreseen. □

As I appreciate my task here, I must declare the law as I see it to be in their part of Southern Africa today, and not as it was in the Netherlands 300 years ago; and I must declare it as it is and not as some may consider it ought to be.

Mr Beadle in *Smith NO and Lardner-Burke NO v Wonesayi*
1972 3 SA 289 (RA) 313 H

vorder as dit nie „exceptional or extra-ordinary” is nie want anders is die wins self onvoorsienbaar.

Aspects of the law governing contingencies for which the testator has not provided

(Continued)*

CJ Rowland

University of South Africa

The groups of cases previously mentioned do not cover all the cases in which our courts have formulated and given effect to the testator's putative intention.

Apart from the various groups of cases described above (on specific aspects of the courts' power to extend the words of the will before it to make provision for circumstances which have arisen and for which the testator has failed to provide) there are a great number of cases in which a wide variety of fundamentally analogous problems have arisen. Many of these cases are inconsistent with each other, some being extremely conservative and constructionist, while others, particularly some of the older cases, exhibit a questionable readiness to tamper with the terms of a perfectly clear will, merely to accommodate the wishes of the beneficiaries.

It is, however, possible to draw some principles from this large group of cases.

The primary principle is, of course, that if the terms of the will are clear and capable of enforcement, and appear in the context to reflect the testator's intention, then the terms must be carried out. In *Cuming v Cuming* 1945 AD 201 206 the following statement was approved:

"The wish of the testator, as clearly and fully expressed in the will, must be given effect to."

In *Ex parte Estate Rogers* 18 CTR 458 the following unexceptionable statement was made:

"I do not think the court ought to interfere with the carrying out of the express wish of a testator where it is practicable for such wish to be carried out, unless some very strong grounds are shown."

* See 1972 *THRHR* 315.

In *Ex parte Cohen* 1937 TPD 155 157 the general principle was stated thus:

“ . . . if the terms of the will are clear and capable of fulfilment, they must be enforced unless a departure has been specifically sanctioned by statute . . . There are, of course, well-recognised exceptions to the general rule.”¹⁹

It is submitted that the statement that there are well-recognised exceptions to the general rule is correct. Not only are there the exceptions which have been discussed in the earlier part of this article, but certain exceptions in principle have been established by the courts.

The first exception which has frequently been recognised arises where circumstances come into being or are found to exist which make it impossible in practice to carry out the wishes of the testator as they are stated in his will. Failure of a bequest usually follows as the inevitable result in these cases, unless the court is prepared to depart from the actual provisions of the will itself.

In such cases the courts have the power to vary or to depart from or to add to the provisions of the will to the minimum extent necessary to make it possible to give substantial effect to the underlying intention of the testator (often called his “true” intention in the cases).²⁰

¹⁹Cases in which the basic principle has been stated are *Ex parte Estate Le Roux* 16 CTR 928; *Ex parte Estate Rogers* 18 CTR 458; *Ex parte Dawson NO: In re Estate Dawson* 1922 SR 115; *In re Crosbie's Estate* 27 SC 50; *Ex parte Cohen* 1937 TPD 155; *Ex parte Administrators of Estate Grusd* 1937 WLD 94; *Ex parte Trustees Estate Loewenthal* 1939 TPD 250; *Jewish Colonial Trust Ltd v Estate Nathan* 1940 AD 163 182 183; *Ex parte Burnstein* 1941 CPD 87; *Ex parte Coetzer* 1942 CPD 205; *Ex parte Botha* 1943 OPD 171; *Ex parte Naude NO* 1945 OPD 1; *Ex parte Knight* 1946 CPD 800; *Estate Issroff v Issroff* 1948 2 SA 414 (E) 419; *Ex parte Stein* 1948 4 SA 763 (W) 767; *Ex parte Coetzee* 1949 2 SA 533 (O) 540; *De Wet v De Wet* 1951 4 SA 212 (C) 218; *Ex parte Insel* 1952 1 SA 71 (T) 73 74; *Ex parte Jewish Colonial Trust: In re Estate Nathan* 1969 4 SA 397 (M) 408 409.

²⁰In the following cases the courts expressly or impliedly approved the principle that they had an inherent power to vary the terms of a will to the extent necessary to prevent frustration of the testator's wishes through failure of his bequests because it is impossible to carry them out according to the letter of his will. In some of these cases the courts merely assumed, without deciding, that they had this power. In the cases marked with an asterisk the court granted an application to vary the terms of the will. *Ex parte Executors Estate David** 1909 TS 603; *Ex parte De Donallier** 24 SC 282; *In re Taylor** 26 SC 315; *Ex parte Trustees MH Adam* 1927 NPD 314; *Ex parte Administrators of Estate Grusd* 1937 WLD 94; *Ex parte Cohen* 1937 TPD 155; *In re Greathead's Estate** 1937 EDL 85; *Ex parte Trustees Estate Loewenthal* 1939 TPD 250; *Ex parte Scott-Brown NO** 1940 TPD 51; *Ex parte Watson's Heirs* 1941 WLD 100; *Ex parte Botha* 1943 OPD 171; *Ex parte Estate Hirshovitz* 1946 TPD 563; *Ex parte Knight* 1946 CPD 800 814; *Ex parte Rooth: In re Morarjee's Estate** 1948 3 SA 538 (T); *Ex parte Mackenzie* 1950 3 SA 507 (O); *Ex parte Insel** 1952 1 SA 71 (T); *Ex parte Dawoodji* 1961 2 SA 170 (SR); *Ex parte McDonald's Club* 1961 2 SA 728 (SR) (*Ex parte McDonald's Club* contains, with respect, a good exposition of the principles concerned - see 732E-733A); *Ex parte Estate Tomson** 1962 4 SA 763 (W); *Ex parte*

Instead of the bequest failing utterly, therefore, substantial effect is given to the testator's fundamental intention to give a benefit to the beneficiary, although not precisely in the manner which the testator envisaged. Exercise of this power by the court in a proper case has the effect of saving the underlying intention of the testator from frustration, since the underlying intention of the testator is normally that substantial effect should be given to his bequests, if giving exact effect is impossible.

It is submitted that there is very little room for doubting that the courts in general have this power to vary or add to the will of a testator in the circumstances stated.

In *Ex parte Adams* 1964 2 SA 135 (C) the court held that certain legacies which could not be literally carried out, failed; it would appear that a frustration of the testator's underlying intention, to benefit the legatees, consequently took place. In the light of the foregoing argument, it is respectfully submitted that the court in *Adams'* case should have given the value of the subject-matter of the legacies to the legatees concerned. A similar submission is made in regard to *Engelbrecht v Engelbrecht* 1968 1 SA 244 (C). Both *Adams* and *Engelbrecht* are criticised by JL van der Merwe in 1970 *THRHR* 297.

A second exception to the basic rule, that the courts cannot vary or add to the terms of a will, has frequently been recognised (although probably not as frequently as the first exception). The second exception arises where the will is *capable* of being literally carried out, but carrying it out to the letter will result in frustration of the testator's underlying intentions. It should be borne in mind that while *failure* of a bequest in the will (which often occurs when it is *impossible* to carry out the provisions in a will literally) normally involves frustration of the testator's underlying intention, circumstances which result in such frustration will not always involve failure of a bequest, and the two grounds for variation of a will are therefore distinguishable. Many of the cases indicate that there is an exception to the basic rule where it would be "utterly unreasonable" to carry out the will literally. It is submitted that these words refer to the second exception being put forward here.

It is clear that if it can be shown that the second exception exists in our law, and that the courts have the power to alter the terms of the will even though it is strictly speaking capable of being carried out, then, *a fortiori*, the first exception must also exist, and the courts have the power to alter the terms of a will where it is impossible to carry them out literally.

*Davenport** 1963 1 SA 728 (SR); *Ex parte Jewish Colonial Trust: In re Estate Nathan* 1967 4 SA 397 (N); *Ex parte Higgs: In re Estate Rangasami* 1969 1 SA 56 (D); *Ex parte Estate Marks* 1970 3 SA 539 (T).

Further discussion on this exception to the general rule may be found in Honoré *The South African Law of Trusts* 355 356.

The cases which are cited below support the submission that the courts have the power to vary a will where it *is possible* to carry it out literally, but the will as a whole in the context of the surrounding circumstances indicates that carrying out the terms of the will to the letter will result in anomalies or hardships which so seriously conflict with the testator's underlying intention that this underlying intention will be frustrated. Honoré *The South African Law of Trusts* 356 puts this exception thus:

“The sound view is perhaps that this head [namely change of circumstances unforeseen by the founder], like those of necessity and impossibility, is simply to be regarded as an example of the principle that the court has jurisdiction to vary a trust so as to give effect to the real intention of the founder. If, therefore, it is clear that in the changed circumstances the founder would have wished a change to be made, the court may authorise it, but if not, it has no power to do so.”

It may be remarked that Honoré must mean putative intention when he says “real intention” (the founder cannot have a “real intention” in relation to the unforeseen circumstances, not covered by the terms of the trust, and “underlying intention” does not go far enough to indicate the precise form which the proposed modification must take). Although Honoré's statement of the rule is perhaps rather wide, it does give support for the exception now being put forward.

Some cases in which this exception to the general rule has been more or less clearly recognised will now be referred to. Those cases in which the courts have *approved* applications to vary wills on this ground are marked with an asterisk.

*Ex parte Naude** 23 SC 7; *In re Taylor** 26 SC 315 (although this case purports to be based on impossibility, the facts seem to indicate that it was not *impossible* to carry out the will); *Ex parte Mattig** 1917 EDL 317 (although this case is criticised in *Burstein's* case 1941 CPD 87, it is submitted that *Mattig* was correctly decided); *Ex parte Administrators of Estate Grusd* 1937 WLD 94; *Ex parte Botha* 1943 OPD 171 (in which the court said (173 174):

“Generally speaking no departure from the rule requiring strict observance of the terms of the will will be permitted, unless the terms are such as to render performance impossible, or unless circumstances have arisen since the testator's death which could not have been foreseen by him and which render the enforcement of the will unreasonable or contrary to his intention . . .”

The court referred to *Loewenthal's* case 1939 TPD 250 and the judgment carries weight); *Ex parte Watson's Heirs* 1941 WLD 100; *Ex parte Estate Rose** 1944 WLD 29 (this case probably goes too far); *Ex parte Naude** 1945 OPD 1 (at p 4 this passage appears:

“In sekere gevalle is daar wel 'n afwyking van die stiptelike testamentêre voorsienings deur die howe goedgekeur, byvoorbeeld waar die noodsaaklikheid voorgeskryf het ten einde die verdeling van die uitdruklike begeerte van

die testateur te verhoed. . . Dit is moontlik dat hierdie grondslag die enigste is wat deur geregtelike gesag bevestig word. Maar die howe van Suid-Afrika het ongetwyfeld die diskresie van 'n regter op hierdie gebied aansienlik uitgebrei en dit wel op algemene gronde van billikheid. Wysiging van 'n testament is o a toegelaat weens veranderde ekonomiese toestande en waar die hof dan voorgee het om die testament also te wysig ooreenkomstig die veronderstelde begeerte van die testateur onder die veranderde omstandighede."

The case is a strong one, because the court was aware of, and took into account such conservative and authoritative decisions as those in *Jewish Colonial Trust Ltd v Estate Nathan* 1940 AD 163 and *Loewenthal's* case 1939 WLD 78); *Ex parte Insel** 1952 1 SA 71 (T). (This is an important case. Although the court based its decision on the view that it had become impossible in practice to carry out the will, in fact it was not impossible to continue to pay the widow no more than the allowance left to her by the testator. To continue to abide by the clear terms of the will would, however, have created a very substantial hardship which, as the court pointed out would have been contrary to the "wishes" (at 75) (the underlying intention) of the testator); *Ex parte Sampson** 1955 3 SA 228 (E); *Ex parte Estate Sahib** 1957 3 SA 289 (N); *Ex parte Adamson** 1960 3 SA 204 (N); *Ex parte Dawoodji* NO 1961 2 SA 170 (SR); *Ex parte McDonald's Club* 1961 2 SA 728 (SR) (this case contains at 732E-733A a good statement of the exceptions to the basic principle); *Ex parte Estate Tomson** 1962 4 SA 763 (W); *Ex parte Jewish Colonial Trust Ltd: In re Estate Nathan* 1967 4 SA 397 (N) (in this case the court considered a number of decisions dealing with the exceptions to the basic principle, and concluded (at 411):

"It seems to me that whenever relief is given by authorising administrators or trustees to depart from the provisions of the will, there is either a necessary implication to be read into the will or it has become impracticable or impossible to carry out the provisions . . ."

The court did not dissent from the decision in *Adamson's* case, but simply included it under the head of "impossibility." In the light of the facts in *Adamson's* case, this suggests that the court in *Jewish Colonial Trust* gave a very generous meaning to the word "impossibility." The quoted passage from *Jewish Colonial Trust* therefore does not deny that the courts have the power to alter or add to the words of a will where, although it is not strictly impossible to carry out to the letter the provisions of the will, to do so will, in the circumstances, substantially frustrate the underlying intention of the testator. The court's use of the word "impracticable" confirms this view). A more recent case on this point is *Ex parte Estate Marks* 1970 3 SA 539 (T) in which *Jewish Colonial Trust* 1967 4 SA 397 (N) was approved, although the court seems to have been prepared to go further, and apparently recognised the second exception to the basic principle (at p 542):

"The principle upon which applicant seeks relief is that a change of circumstances, from those existing when the testator died, justifies a departure from the provisions of the will in a manner in which it is proper to imply that the

testator intended a departure from his will in such circumstances, or alternatively that it has become impossible or impracticable to carry out the provisions of the will and that alternative provisions have to be sanctioned."

The court added a rider which suggests that "utter unreasonableness" is either a separate ground for departing from the terms of the will, or (more likely) that it is another name for the exceptions which it had stated earlier (at 545):

"If a testator elects to lay down long term provisions for the administration of his estate, which may redound to the enormous advantage of the heirs, the court will certainly not lightly intervene to find that those provisions are utterly unreasonable if certain provisions at a particular time become burdensome or unprofitable to the fiduciaries or fideicommissaries."

The decision in *Ex parte Hugo* 1960 1 SA 733 (T) might appear to militate against the second exception. The decision is by no means unequivocal: it is authority for the undoubtedly true proposition that the courts have no "general administrative jurisdiction of departing from the terms of the trust," and the decision does leave the way open for departing from the terms of the trust in certain circumstances:

"In the present case there is no emergency or state of necessity. There is no obstacle in the way of carrying out the terms of the wills" (at 776).²¹

It is submitted that the factors leading to failure of the bequest or frustration of the probable underlying intention of the testator must be circumstances which he did not foresee, although they need not have arisen after the will was executed. In most cases of this type, the cause of the problem will be supervening unforeseen circumstances, since pre-existing circumstances will usually be known to and provided for by the testator, and foreseen circumstances will also usually be provided for by the testator, and it is therefore understandable that some cases refer to supervening unforeseen circumstances either as if they were the only possible source of such problems, or as if the court had no power to vary the will unless the problem arose in this way.²²

There is, however, no theoretical reason why it should be necessary to insist that the will may only be departed from if the difficulties in its application are caused by *unforeseen* circumstances, and several cases seem to suggest that all that is necessary is that in the circumstances as they have come to exist, it is either impossible to carry out the terms of the will so that the bequest or provision will fail, or literal carrying out of the terms of the will, although possible, will result in the frustration of the testator's underlying intention.²³ Clearly, how-

²¹*Cf* the decision in the *McDonald's Club* case *supra*.

²²*Ex parte Administrators of Estate Grusd* 1937 WLD 94; *Ex parte Watson's Heirs* 1941 WLD 100; *Ex parte Botha* 1943 OPD 171; *Ex parte Jewish Colonial Trust: In re Estate Nathan* 1967 4 SA 397 (N); *Ex parte Estate Markes* 1970 3 SA 539 (T) 542.

²³*Heymann v Administrators Estate Heymann* 1932 WLD 45 47; *Ex parte Trustees*

ever, where the circumstances *were* foreseen by the testator but not effectively provided for by him, then the appropriate remedy is *rectification* of the will - a process which indeed offers tremendous possibilities - *cf Mouton v Hanekom* 1959 3 SA 59 (A) and *Ex parte Van der Spuy* 1966 3 SA 169 (T).

Certain other considerations have occasionally been recognised as being sufficient on their own to empower the courts to alter or add to the terms of a will, but none of these, it is submitted, is in fact sufficient on its own to ground such a departure. These are:

- (a) The mere fact that circumstances unforeseen by the testator have arisen.²⁴
- (b) The mere fact that altering or adding to the will would be of advantage to the beneficiaries, or would make its provisions less burdensome.²⁵
- (c) The mere consent of the beneficiaries to a departure from the terms of the will.²⁶

It is submitted that the factors mentioned in points (a), (b) and (c) as well as others (such as minority of the beneficiaries)²⁷ which have from time to time been recognised as grounds for varying or adding to the terms of a will can serve as *conjecturae* from which, in the light of the will in its context, the underlying intention of the testator may sometimes be deduced, and which can therefore help the court in a particular case to determine whether or not a definite frustration of the testator's underlying intention will follow if the terms of the will in question are literally enforced in the circumstances as they are found to exist.

(To be continued)

Estate Loewenthal 1939 TPD 250 255 256; *Ex parte Scott-Brown* 1940 TPD 51; *Ex parte Estate Rose* 1944 WLD 29; *Ex parte Mackenzie* 1950 3 SA 507 (O); *Ex parte McDonald's Club* 1961 2 SA 728 (SR); Steyn, *op cit* 85 86. It is significant that even where it is stated as a requirement that the circumstances arising must have been unforeseen by the testator, the courts do not then set out on an intensive inquiry into what should be the crucial question: Did the testator in *casu* subjectively think of the problem, and decide not to deal with it, or on the other hand, did he never think of it?

²⁴*Cf Jewish Colonial Trust Ltd v Estate Nathan* 1940 AD 163; *Ex parte Jewish Colonial Trust Ltd: In re Estate Nathan* 1967 4 SA 397 (N) and the cases there referred to.

²⁵*Ex parte Estate Marks* 1970 3 SA 539 (T) 542E 544G and the cases there cited. There is, it is submitted, no doubt about this statement, and it would therefore be pointless to cite a mass of authority for it - nor would any useful purpose be served by citing the cases in which a will has been altered for this reason alone.

²⁶*Ex parte Stein* 1948 4 SA 763 (W); *De Wet v De Wet* 1951 4 SA 212 (C); *Bydawell v Chapman* NO 1953 3 SA (A); *cf Bouwer Die Beredderingsproses van Bestorwe Boedels* 37.

²⁷See *eg Ex parte Dawoodji* 1961 2 SA 170 (SR), and *cf Ex parte McDonald's Club* 1961 2 SA 728 (SR) 732H.

Aantekeninge

DIE PRAKTISYN EN HOË REGSKOSTE

Van tyd tot tyd word die klag gehoor dat regs-koste buitensporig hoog is of minstens dan só hoog is dat die gewone litigant dit nie kan bekostig nie. Hierdie klag roep normaalweg onmiddellik die beeld voor oë van die prokureur of die advokaat wat te hoë honoraria vra. Daar word selde nagedink omtrent ander oorwegings wat die res en in bepaalde gevalle die belangrikste deel van die prentjie vorm. Dan word oplossings gesoek en in die openbaar voorgestel wat daartoe beperk is om professionele gelde uit te skakel of aan bande te lê sonder dat ander oplossings ondersoek word. So 'n vereenvoudigde benadering was moontlik 'n sterk faktor by verskeie debateerbare gedagterigtings, byvoorbeeld aanmoediging van die publiek om eise-adviseurs by derdeparty-eise te gebruik, al is dit tot nadeel van die eiser; die prokureur sy minimale aandeel by transportkoste te ontnem (waarmee hy eintlik sy hofwerk subsidieer); en selfs ook samesmelting van die professies.

Dit gaan hierin egter nie om sulke voorstelle nie. Die doel hiervan is bloot om die aandag te vestig op die mate van onnodige regs-koste en skade wat vir die gewone burger veroorsaak word deur die gebrek aan stroombelyning en die gebrek aan sistematiese poging om punte van onsekerheid uit te skakel waardeur onnodige energie-verkwisting veroorsaak word. Die saak is eintlik baie eenvoudig: die professionele man moet billik vergoed word vir die werk wat hy vir 'n bepaalde persoon doen, maar is daar nie 'n metode waarvolgens die betrokke stuk werk onnodig of makliker gemaak kan word nie?

Ter illustrasie van die vraagstelling word die geagte leser uitgenooi om, vóórdat hy verder lees (want die antwoord op die raaisel verskyn lateraan hierin), die eenvoudige eksperiment uit te voer om die beslissing te vind waarin 'n afdeling van die hooggeregshof onlangs die afdwingbaarheid moes bepaal van 'n kontrak waarvolgens geld geplaas is op die uitslag van 'n snoekerwedstryd.

Hoewel die praktisyn primêr geraak word deur die ondergenoemde kwessies, moet daar onthou word dat die praktisyn op individualistiese wyse werk verrig waarby die ekonomiese inslag van gebeure op sy kliënt eintlik op die voorgrond staan. Sy werk laat dikwels onvoldoende tyd en ewe dikwels weens die verskeidenheid van take wat hy moet

aanpak ook onvoldoende gespesialiseerde kennis om op breër vlak - in teenstelling met net die bevordering van die kliënt se saak - die positiewe bydrae te lewer wat 'n mens graag wil sien. Geeneen van dié faktore skep 'n klimaat vir die soort positiewe bydrae wat byvoorbeeld akademië of 'n voltydse professionele liggaam kan lewer nie, en boonop is die aspekte wat hieronder genoem word weens hul aard en omvang eintlik buite die terrein van 'n individuele praktisyn of selfs die verenigings wat deur die praktisyns gevorm is. Hierdie aspekte is werklik bestaande feite en word aangevoer nie as blote verskonings nie maar as agtergrond vir die toespitsing van verdere aandag op die aspekte buite die praktisyn om wat wel in die breë publiek se belang is.

Aandag sal dan vervolgens gegee word aan die howe, die hofverslae, die regs wetenskaplikes en die wetgewer.

DIE HOWE

In die saak *Regering van die Republiek van Suid-Afrika v Santam-Versekeringsmaatskappy Beperk* 1970 2 SA 41 (NK) het die vraag ter sprake gekom of 'n eis spruitende uit liggaamlike besering sedeerbaar is. Daarna is dié vraag deur die appèlafdeling oopgelaat en is die appèl op ander gronde afgehandel. In die proses is 'n gulde geleentheid verloor om finaliteit te verkry op 'n vraag wat noodwendig een of ander tyd finaliseer sou moes word. Die bepaalde vraag is sedertdien wel tot finaliteit gebring omdat daar 'n kapitaalkragtige litigant was vir wie die vraag van soveel belang was dat hy dit eenvoudig opnuut in geskil gestel het en weer tot in die appèlhof gevoer het. *Government of RSA v Ngubane* 1972 2 SA 601 (A). Dit is egter selde dat litigante behalwe die staat sulke positiewe bydraes tot die reg kan lewer. Die normale is eerder dat so 'n onbesliste regspunt dan weer jare daarna 'n bron van onsekerheid bly. Enige praktisyn sal kan getuig hoe dikwels litigasie aangepak word of 'n eis weerstaan word wat nie die geval sou wees nie indien regsekerheid bestaan het. Die indrukwekkendheid van koste van sulke litigasie wat vermy kon gewees het en van al die voorafgaande opinie-werk en konsultasies is maklik in te sien, afgesien nog van die basiese onreg aan die party wat by skikkingsonderhandelinge eerder van sy regte laat vaar as om te dobbel om uit te vind wat die reg wel is.

Soos in die genoemde voorbeeld, word in ander gevalle voldoende geregtigheid tussen die partye seker wel bereik, of die appèl ook al om die een of ander rede afgewys word. Wat 'n geval soos die voorgaande betref kan derhalwe slegs die kommentaar geregverdig word dat dit jammer sou wees as op grond van die feite beslis word en die regspunt weens drukte van werk nie afgehandel word nie. Verder bly dit objektief gesien uit die oogpunt van sowel die regs wetenskap as toekomstige litigante 'n ongelukkig verlore geleentheid om regsekerheid te probeer bevorder.

Met die huidige werkdrukke van die appèlhof (soos deur 'n buite-stander beoordeel) sou 'n mens skaars kan verwag dat die appèlregters uit hul pad moet gaan om 'n moeilike regspunt te beslis terwyl 'n eenvoudige feitebeslissing reeds tot dieselfde resultaat in die geskil lei. 'n Mens staan trouens verbaas dat mense wat die 70-jaar-ouderdomskerf nader hul huidige program so deeglik en doeltreffend afhandel. Alle billikheidsoorwegings teenoor die appèlregters verg reeds dat die regbank van die appèlafdeling vergroot word om die werkdrukke te verlig. Is drie dae van sitting per week nie reeds die maksimum wenslike drag vir enige appèlregter nie?

Sou die getal appèlregters vermeerder word, sou 'n mens miskien kan verwag dat geleenthede vir beslissing van onsekere regspunte benut behoort te word ten voordele van alle latere litigante. Ewe belangrik egter: dan word gestelde sake in die siviele reg, weliswaar waarskynlik op koste van die staat, waarskynlik ook prakties.

In die strafreg kan wel op koste van die staat regsekerheid verkry word. (Ongelukkig meestal net as die vervolgingsarm van die Departement van Justisie daar voldoende belang by het.) So is die vooruitsigte skraal dat die appèlafdeling ooit sal hoef te beslis wat die korrekte benadering aan die einde van die staat se saak is waar ontslag gevra word en die argument aangevoer word dat die staatsaak moontlik deur die verdediging versterk kan word. Daaglik word ontslag aan die einde van die staatsaak miskien verkeerdlik geweier, wat aldus verdedigingskoste en die koste om die hof aan die gang te hou onnodig opstoot. Terselfdertyd ontstaan die neiging om „verkeerde” beslissings ten gunste van die staat deur herhaling en deur die beginsel van *stare decisis* te bestendig, terwyl „verkeerde” beslissings ten gunste van die beskuldigde onmiddellik op staatskoste by wyse van appèl of 'n gestelde saak getoets en reggestel word. In die siviele reg bestaan die moontlikheid prakties egter nie eers nie.

Die huidige posisie in die siviele reg is dat selfs 'n omstrede regsposisie wat van die grootste belang is, slegs tot finaliteit kom met behulp van 'n litigant wat dit kan bekostig, vir wie daar genoeg op die spel is en wat sterk genoeg oor die saak voel om dit „tot by die hoogste hof” te dryf - met allerlei voorbehoude soos dat sy opponent nie 'n „man of straw” is nie; mits dit nie 'n interlokutêre kwessie is nie; mits verlot om te appelleer nie geweier is nie, ens. Om so 'n litigant te kry is nie maklik nie, en 'n geskikte saak duur soms jare, en intussen word opinie na opinie op dieselfde vraag geskryf en in saak na saak dieselfde punt beredeneer en soms links en dan weer regs beslis. So moes 'n landdros na my kennis reeds in 1961 (en daar kon vroeër al sulke sake gewees het) beslis of die huurkoop-koper geregtig is om skade aan die koopgoed veroorsaak, te verhaal. Sedertdien is dieselfde punt herhaaldelik geopper sodat in 1972 die posisie bereik is dat die

Vrystaatse hof een standpunt het (*Lean v Van der Mescht* 1972 2 SA 100 (O)), wat verskil van die standpunt van die Noord-Kaapse afdeling (*Kruger v Strydom* 1969 4 SA 304 (NK)), terwyl die Natalse hof skynbaar êrens tussen-in staan (*Moodley v Bondcrete (Pty) Limited* 1969 2 SA 37 (N)) en litigante in die ander afdelings nog hul geldjies sal moet spandeer om uit te vind wat dáár aangaan. Dit verg nie 'n profetie nie om te sien dat alleen die appèlhof finaliteit sal bewerkstellig. Voorbeelde is egter volop. Hoeveel jare is nie gewag en hoeveel litigasie is nie gevoer en hoeveel opinies is nie geskryf nie voordat beslis is of nalatigheid 'n vereiste is by estoppel of nie; of owerspel in 'n bestrede saak gekondoneer kan word of nie; of daar 'n algemene verrykingsaksie in ons reg bestaan of nie, ens. Wat besonder jammer is, is dat vrae soms nie uit die abstrakte reg nie maar juis uit die regspraak ontstaan. En die beslissing in *Hackett v G & G Radio & Refrigerator Corporation* 1949 3 SA 664 (A) waar ná herroeping van die 1943-Verjaringswet eers in 1971 'n mate van hulp verkry is in die beslissing in *Minister van Landbou- tegniese Dienste v Scholtz* 1971 3 SA 188 (A) is nie die enigste voorbeeld nie. 'n Mens het nie verbeelding nodig nie om te voorsien hoe litigant na litigant gaan betaal en litigeer totdat duidelikheid verkry is na aanleiding van ander opmerkings, byvoorbeeld in *Hamman v Moolman* 1968 4 SA 430 (A) op bl 348 en *Venter v Burcholtz* 1972 1 SA 276 (A) op bl 287C-D, om maar twee onlangse voorbeelde te noem.

Daar word nie bepleit dat die appèlhof 'n bron vir algemene opinies moet wees nie. Wat wél vasstaan is dat daar regs vrae is wat so by herhaling ontstaan en die oplossing waarvan van sulke algemene belang vir sowel kliënte as praktisyns en die beter funksionering van ander howe is, dat dit tyd geword het om die moontlikheid van gestelde sake minstens deeglik te ondersoek.

By ander howe is daar ook aspekte waaraan aandag gegee kan word maar omdat dit meestal nie sulke prinsipiële kwessies is nie, word slegs een voorbeeld ter illustrasie genoem. Waarom word vorm 17A tot die Hofreëls nie in alle gevalle van bevel tot herstel van huweliks-regte gebruik nie? Dit is in vorm en inhoud duideliker vir die respondent as die „normale” formulering en sou die soort van verwarring verhoed wat onlangs daartoe gelei het dat betekening opnuut moes geskied omdat per abuis nie die voorgeskrewe vorm nie maar die „normale” vorm van bevel gebruik is.

DIE HOFVERSLAE EN DIE AKADEMICI

Gelukkig is daar 'n neiging te bespeur waarvolgens al meer kennis geneem word van die positiewe bydraes en billike kritiek van akademici. Nie net in belang van die formulering van 'n korrekte en gebalanseerde weergawe van die reg nie maar ook ter besparing van die werk wat vir die praktisyn nodig is en derhalwe die koste wat die kliënt

moet betaal, is uitskakeling nodig van die steeds voortdurende leemte aan 'n *sistematiese* en *gekoördineerde* bydrae wat die gebreke van die gepubliseerde hofverslae kan balanseer. Dit is miskien noodwendig inherent aanwesig in die taak om 'n sortering te doen uit die massa van beslissings wat beskikbaar is dat onwenslike onakkuraathede ontstaan, byvoorbeeld dat 'n beslissing waarin baie gesag aangehaal word eerder gerapporteer word as een wat dieselfde beginsel effens anders toepas sonder aanhaal van gesag; dat 'n beslissing wat skynbaar afwykend is of skynbaar „nuwe reg” skep, eerder die paal haal as die 20 ander wat die afwyking nie toon nie. Een rede vir die gebreke wat aanwesig is, mag wees dat die uitgewers met die een oog op die finansies moet werk en derhalwe nie die voordeel van 'n breë span spesialiste kan hê nie. Maar wat die rede ook al is, blyk dit dat 'n positiewe aanvulling van die vonnisverslae en die indeks daartoe prakties en wenslik is.

Dit sal vir die praktisyn van onskatbare waarde wees indien vonnisbesprekings deur 'n span met deskundige lede op *sistematiese* grondslag benader word eerder as bespreking slegs van onlangse beslissings en slegs ooreenkomstig die ongekoördineerde inspirasie van individue. So sou 'n blote nota dat *Von Broembsen v Von Broembsen* 1948 1 SA 1194 (O) nie in die Vrystaat gevolg word ten aansien van die beslissing dat 'n bydrae tot proseskosse nie uit toekomstige verdienste beveel kan word nie, reeds jare gelede opgeneem kan gewees het, wat daarna miskien vir die praktisyns en die howe van hulp sou gewees het. Dan sou die beslissing nie weer in oorweging geneem hoef te geword het soos byvoorbeeld in *Zadich v Zadich* 1966 1 SA 78 (SR) nie. Eweneens word *Bouwer v Bouwer* 1967 3 SA 614 (O) reeds lankal nie gevolg nie, maar geen navorser in die regte sou dit ooit uit die hofverslae wil sien nie. Die noodsaak van 'n omvattende kritiese behandeling blyk uit die bedenkinge wat 'n mens, afgesien van die bestaan van die bostaande neigings, kry omtrent die betroubaarheid van die hofverslae as 'n korrekte weergawe van die reg, naamlik uit 'n steekproef gebaseer op die eerste bande van die 1970- en 1971-jaargange van die Suid-Afrikaanse Hofverslae met verwysing na beslissings van die Oranje-Vrystaatse provinsiale afdeling. (Die 1972-jaargang se eerste aflewering is nog te vars vir sulke tipe kommentaar.) Van die elf bestrede beslissings lyk die statistiek soos volg: *Kleynhans v Van der Westhuizen* 1970 1 SA 565 (O) is by appèl bekragtig; *Cornelissen v Universal Caravan Sales (Pty) Limited* 1971 1 SA 132 (O) is by appèl omvergewerp; in *De Lange v Deeb* 1970 1 SA 561 (O) het die provinsiale afdeling verlof tot appèl toegestaan maar die (met respek, verkeerde) beslissing is nie verder gevoer nie omdat die appellant nie fondse gehad het om sekerheid vir koste van appèl te stel nie; in *Searle v Naude* 1970 1 SA 388 (O) het die respondent van die vonnis afstand gedoen, waardeur die genoteerde appèl tot 'n einde gebring is. Van die ander sewe beslissings was vier nie sonder verlof van die hof appelleerbaar nie.

'n Sistematiese studie van nie-appelleerbare beslissings is veral van belang omdat 'n baie groot deel van die reg geskep word juis op interlokutêre vlak waar die appèlafdeling slegs in hoogs uitsonderlike gevalle uiteindelik finaliteit sal gee en die risiko wesentlik is dat in die afwesigheid van behulp same kritiek 'n verkeerde beslissing deur tydsverloop en die beginsel van *stare decisis* sal neig om bestendig te word. Op soortgelyke wyse sou sistematiese kommentaar waarskynlik van aansienlike waarde wees in onbestrede sake, byvoorbeeld oor die korrektheid van die beslissing in *Ex parte Foley* 1954 3 SA 1 (O), waardeur baie onnodige koste veroorsaak is en sal word indien byvoorbeeld *Ex parte Hetzler* 1969 3 SA 90 (T) inderdaad korrek is; oor die werklik korrekte benadering tot 'n strafbeding wat val onder die Wet op Strafbedinge 1965, wanneer aansoek gedoen word om vonnis by verstek; ens.

En terwyl die betroubaarheid van vonnisverslae geopper is, kan miskien met reg gevra word of selfs praktisyns die elementêre voorsorg neem om korreksies aan te bring. Verlede jaar het byvoorbeeld korreksies ter sprake gekom, een waardeur die gewig van 'n beslissing aansienlik verminder is deurdat dit nie 'n volbank-beslissing was nie (sien 1971 1 SA 234 (K)); 'n wysiging van 'n kopskrif (1971 3 SA 238 (SR)); en selfs die algehele vervanging van 'n uitspraak (1971 2 SA 470 (T) en 1971 3 SA 798 (T)). Ook hierdie versuim kan kliënte onnodige geld kos.

Terwyl dit moontlik te vroeg is vir 'n „restatement” is 'n behoorlike indeks tot die hofverslae en ander publikasies al hoe meer noodsaaklik. Die meeste praktisyns sal geredelik betaal vir 'n indeks wat onder bepaalde opskrifte nie net die regsverslae dek nie maar ook byvoorbeeld die *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, *The South African Law Journal*, die *Annual Survey of South African Law* en desnoods ook tesisse en verhandelinge, minstens onder die hoof-opskrifte. Daarnaas is dit 'n nodige eienskap van die indeks dat 'n beslissing onder elke toepaslike indeks-titel, en natuurlik die korrekte een, verskyn. Terloops, die geval van die snoekerspel verskyn onder die opskrif „Provisieonele Vonnis,” sub-opskrif „tjeks” en die verwysing is 1971 3 SA 339 (T). Van die allergrootste belang is egter werklike detail. 'n Mens sou graag onder 'n indeks-titel op die spoor kom van 'n beslissing wat aandui of die brevet van 'n advokaat waardeur hy natuurlik gemagtig is om 'n skikking aan te gaan, voldoende skriftelike magtiging is om 'n koopkontrak ten opsigte van onroerende goed te sluit. Met die aanmelding van *Brink v Stadler* 1963 2 SA 427 (K) in die beskikbare indeks kan 'n mens skaars gelukkig voel. En uiteindelik is 'n aanpassing by moderne behoeftes van die uiterste belang. So is die regsposisie van 'n kontraksparty wat slegs 'n ongeldige rede vir kansellasië aanvoer terwyl hy inderdaad 'n goeie maar ongenoemde rede daartoe het, iets wat tuishoort onder 'n algemene opskrif van kansellasië van kon-

trakte - dit is nie slegs by huurkontrakte van belang is nie. Vergelyk egter die indeks ten aansien van *Matador Buildings (Pty) Limited v Harman* 1971 2 SA 21 (K) op 820A. 'n Indeks-sisteen wat die kansellasië van kontrakte hanteer onder andere onder die opskrifte „kontrak,” „donasie,” „huurkoop,” „versekering,” „huurder en verhuurder,” afgesien nog van byvoorbeeld provisionele vonnis, insolvensie en dergelike oorkoppellende titels, is nie baie behulpsaam om vinnig of met akkuraatheid die toepaslike gesag te vind nie.

DIE WETGEWER

Enige praktisyn sal kan getuig hoe maklik dit is om 'n woordomskrywing in 'n wet mis te kyk ongeag of dit in 'n afsonderlike artikel voorkom of in 'n artikel wat 'n gedefinieerde begrip skep vir doeleindes van 'n bepaalde hoofstuk of artikel. Terwyl regspraktisyns betreklik vroeg leer om teen hierdie fout te waak, is daar ook andere wat soms na wette moet verwys en die genoemde bron van misverstand nie so geredelik opmerk nie - byvoorbeeld argitekte, versekeraars, assessors, eiendomsagente, ens. Daar word aan die hand gedoen dat foute en gevolglike koste in hierdie verband grootliks uitgeskakel kan word deur eenvoudig alle gedefinieerde woorde kursief te druk.

'n Klein aspek waaraan die staat aandag kan gee is die wyse waarop wette soms in werking gestel word. Dit is dikwels nie duidelik waarom so lank gewag word om 'n wet in werking te stel nie en nog minder is dit duidelik waarom dit dan op sulke kort kennisgewing in werking gestel word. So is die inwerkingtrede van wet 44 van 1964 5 jaar later op 31 Desember geproklameer om die volgende dag in werking te tree. Ander gevalle is nie skaars nie, byvoorbeeld wet 41 van 1965 wat in werking getree het op 4 Desember 1970; deel van wet 80 van 1964 wat in werking getree het op 1 November 1970 en die Boedelwet, 1965 en die Wet op Bewysleer in Siviele Sake 1965 wat ook eers goed ryp geword het voor uiteindelijke inwerkingtrede. Wette wat op die wetboek staan maar nog nie in werking is nie, is alleen 'n bron van gevaar en fout omdat dit 'n menslike neiging is om te veronderstel dat 'n wet binne 'n redelike tyd daarna in werking getree het. Eweneens is kort kennisgewing van inwerkingtrede slegs in uitsonderlike gevalle nodig of tot voordeel van enigiemand.

Ons wetgewing skep egter soms ernstiger gronde vir kritiek. Daar is aspekte wat 'n te omvangryke bespreking sal verg vir die doeleindes hiervan, alhoewel dit ook dikwels 'n bron van onnodige kommer en regswerk vir individue is; byvoorbeeld die neiging om wette te maak wat wyer is as wat werklik nodig is en dit dan aan die administratiewe diskresie van die vervolgingsarm te laat om slegs in die regte gevalle te vervolg, soos onlangs geïllustreer is deur die voorskrifte omtrent die voorkoms van nommerplate van motorvoertuie, die ge-

bruikmaking van summiere verhore, ens. Hierin wil ek egter veral klem lê op die aspek van vermyding van bronne van onsekerheid wat so opsigtelik is dat 'n mens slegs kan *aflei* dat die wetgewer só wou gehad het. Ter illustrasie kan die onlangse Wet op Verkoop van Grond op Afbetaling, 1971, gebruik word. Vir beskerming van die koper teen die verkoper se insolvensie sou hoogstens magtiging nodig wees vir die passeer van 'n verband vir terugbetaling van die betaalde gedeelte van die koopprys in geval van kansellasië van die kontrak. As dit dan gaan om uitskakeling van wanpraktyke by verkopers en die bereiking van 'n wensliker toestand, is daar skynbaar geen logiese rede vir die onnodige differensiasie waarvolgens die koper van 'n plaas nie die beskerming kry nie maar die koper van 'n erf wel; waarom 'n vereniging van individue met regs persoonlikheid nie die beskerming verkry nie maar 'n natuurlike persoon wel. Onnodige differensiasies kan slegs skadelik wees vir die konsekwente toepassing van die wet en vir foutering in die alledaagse regsverkeer, wat maar weer die inroep van die regspraktisyn nodig maak. Weens die bepalings van a 17 van die wet moet die praktisyn wat die koper adviseer die onmoontlike doen, naamlik om uit te maak eerstens wanneer nie „weselik” aan die voorgeskrewe vormvereistes voldoen is nie en vervolgens wat 'n landdros (nie 'n hooggeregshof nie?) in sy *oordeel* sal bevind as „weselike benadeling.” Die verkoper se adviseur is in 'n nog moeiliker posisie omdat hulle nie eers weet op welke benadeling die koper gaan steun nie en selfs met behulp van pleitstukke selde werklik 'n indruk kan vorm oor hoe wesenlik dit was. Welke advies moet die verkoper se prokureur aan hom gee? Word onnodige inroep van regshulp en onnodige litigasie nie eintlik uitgenooi nie?

Ek sal veronderstel dat dit maar my persoonlike mening is dat heelwat ander aspekte van die wet òf onnodig is òf beter geformuleer kon gewees het. Die vraag ontstaan tóg wel of die wet nie *dalk* 'n beter wet sou gewees het as daar beter oorlegpleging bepaaldelik met die regspraktisyns was nie. Laat ons erken dat memoranda wel uitgenooi is, maar die geleentheid daarvoor was so kort dat nie veel deurdagte positiewe hulp aangebied kon word nie en boonop is 'n nuwe konsep na die sluitingsdatum geformuleer vir die ontvangs van memoranda wat heelwat afwyk van die bepalings van die gepubliseerde konsep; en hierby was daar geen geleentheid vir verdere opbouende kritiek nie. Weer eens om misverstand te verhoed, word beklemtoon dat nie verwys word na kritiek van eiendomsontwikkelaars en andere wat finansiële belang het nie, maar na die regspraktisyn wat môre en oormôre en vir jare daarna met sulke soort wetgewing moet werk - en gelde daarvoor vra.

'n Verbetering van die kommunikasie tussen die wetgewer en die praktisyn en selfs die akademikus kan slegs tot voordeel van al die betrokkenes wees. Maar tans weet die meeste regspraktisyns nie eers hoe

om selfs die beste voorstel oor veranderings van wetgewing voor te lê nie. Die bestaan en opdrag van die regshersieningskommissie is aan sommige praktisyns vaagweg bekend maar daar bestaan geen gesistematiseerde werkswyse om die normale alledaagse wette wat inslag op die alledaagse praktyk het en waaraan die parlement skynbaar min aandag gee, by wyse van gewigdraende voorstelle te help verbeter nie. As die staat erkenning aan so 'n komitee sou verleen, mag die antwoord wees dat die professionele liggame van prokureurs en van advokate in groter mate aandag hieraan sal gee en desnoods 'n gesamentlike komitee miskien in oorleg met die akademici tot stand sal bring wat as liggaam kan dien wat voorstelle kan ontvang, oorweeg en voorlê.

Bloot ter illustrasie van die ruimte vir positiewe voorstelle, afgesien van blote kritiek op wetgewing, kan verwys word na die volgende voorbeelde wat gekies is om steeds klem te lê op die koste-aspek:

- (a) Veronderstel 'n jong vakleerling trou met 'n welgestelde verdienende dame in omstandighede waar die onderhoudspelig van die vrou teenoor die man ontstaan. Wat is dan die inslag van artikel 3 van die Wet op Huweliksaangeleenthede, 1953? Kan die wetgewer nie genader word om 'n duidelike antwoord te gee dat die vrou in sulke omstandighede nie 'n verhaalsreg het ten aansien van die koste van huishoudelike benodigdhede nie of dat sy dit wel het?
- (b) Artikel 9 van die Hooggeregshofwet, 1959, is meermale uitgelê om te beteken dat die hof nie 'n oorpasing van die verrigtinge na 'n ander afdeling van die hooggeregshof kan gelas waar eersgenoemde hof vind dat hy nie jurisdiksie het nie. Is 'n wysiging van die wet om in sulke gevalle oorpasing moontlik te maak nie wenslik nie sodat die arme onsuksesvolle eiser minstens duplikasie van koste tot op verhoorstadium bespaar bly?
- (c) Meermale is in die landdroshof beslis en waarskynlik korrek beslis dat die innovasie wat in die hooggeregshof ingevoer is om 'n derde party te voeg op grond van 'n potensiële verhaalsreg, nie in die landdroshof bestaan nie. Kan 'n gepaste wysiging van die Landdroshofreëls nie hieroor finaliteit gee nie?
- (d) Kon iets nie lankal gedoen gewees het aan die wetgewing wat volgens ons howe inhou dat 'n kennisgewing van appèl fataal gebreklik is as nie gesê word na welke afdeling geappelleer word nie?

Die bestaan van die komitees met betrekking tot Hooggeregshofreëls en Landdroshofreëls is miskien die eerste tekens van erkenning van die behoefte aan 'n liggaam uit die praktyk om deel te hê aan die taak wat aan die wetopstellers toevertrou is. Veral waar parlementêre wette tans neig om bloot die raamwerk te verskaf waarvolgens gedelegeerdes dan eintlik die regsvoorskrifte tot stand bring en selfs die wet self wysig (sien byvoorbeeld Proklamasie R141, 1972, in Regulasie-

Koerant 1640 van 16 Junie 1972), het die tyd nou miskien aangebreek vir 'n gekoördineerde liggaam wat belas is met alle wetgewing, proklamasies, regulasies en reëls, welke liggaam met die wetsopstellers in positiewe sin saamwerk en voldoende soepelheid het om ook die reg-bank (in wye sin) en deskundiges soos akademici en in ander gevalle amptenare van die betrokke staatsdepartemente te betrek in oorwoë besprekings op basies professionele grondslag.

En as alles gesê en gedaan is, strek die voordele van doelgerigte verkryging van regsekerheid en regsverbetering waarskynlik verder as slegs die uitskakeling van onnodige werk en vermindering van koste vir die gewone burger.

HCJ FLEMMING

Lid van die Bloemfonteinse Balie

PROBLEME MET VORMVEREISTES

Die oogmerk om litigasie te voorkom en bedrog te verminder het die wetgewer daartoe beweeg om formaliteite vir die verkoop van vaste goed by ons in te voer (aldus hr Watermeyer in *Van Wyk v Rottchers Saw Mills (Pty) Ltd* 1948 1 SA 983 (A) en hr Steyn in *Wendywood Development (Pty) Ltd v Rieger* 1971 3 SA 28 (A)). Die groot getal gerapporteerde gewysdes wat oor hierdie bepalings handel getuig nie noodwendig daarvan dat die wetgewer nie daarin geslaag het om sy oogmerke te verwesenlik nie, maar is wel 'n *prima facie*-aanduiding dat die wetgewer daarin geslaag het om 'n nuwe grond vir litigasie in te voer en - wie weet? - die geleentheid geskep het vir optredes strydig met wat baie sal beskou as goeie trou.

Sekere van die probleme wat uit hierdie formaliteite kan ontstaan, hou verband met die wyse waarop die kontrak in die praktyk tot stand kom. Dit kan gebeur dat die kontraksluiting skriftelik geskied, soos waar A 'n skriftelike aanbod aan B maak en B die aanbod skriftelik aanneem (*Malk v Pergiondakis* 1916 WLD 40). Dit kan egter ook gebeur dat die partye eers mondelings of skriftelik onderhandel, daarna 'n ooreenkoms bereik (oor ten minste die basiese bedinge van die kontrak) en dan 'n geskrewe kontrak opstel of laat opstel en dit onderteken. Agterna mag dit blyk dat:

- 1 sekere bedinge waarop hulle ooreengekom het nie in die skrif opgeneem is nie; of
- 2 sekere bedinge waaroor daar nie onderhandel of ooreengekom is nie hulle verskyning in die skrif gemaak het sonder dat dit deur een of albei van die partye opgemerk is; of
- 3 sekere bedinge in die geskrewe kontrak nie ooreenstem met die voorafgaande mondelinge ooreenkoms nie.

Die partye sou nie noodwendig gebonde wees aan die skriftelike kontrak soos dit onderteken is nie. As die geskrewe stuk as gevolg van 'n gemeenskaplike fout nie die ware ooreenkoms weergee nie, soos in geval 3, sou enigeen van hulle aansoek kan doen om die verbetering van die kontrak, of rektifikasie, sodat dit hulle ware ooreenkoms juis weergee. Hulle sou selfs bedinge wat uitgelaat is kon laat inskrywe (*Mouton v Hanekom* 1959 3 SA 35 (A)). Die voornemende litigant moet egter daarop bedag wees dat hy die korrekte regs middels aanwend. As hy byvoorbeeld die geldigheid van die kontrak wil aanveg op grond van 'n beweerde wanvoorstelling dat hy die koopprys oor 'n vasgestelde termyn mag afbetaal terwyl hy eintlik die rektifikasie van die kontrak moes aangevra het, om die beweerde kredietbeding in die kontrak in te voeg, loop hy die gevaar dat sy eis of verweer sal misluk en dat hy uiteindelik aan die kontrak soos dit by ondertekening daar uitsien gebonde gehou sal word (sien die sake *Buckley v Vosloo* 1970 4 SA 159 (OK) en *Gerber v Naude* 1971 3 SA 55 (T)).

In die tweede geval hierbo gemeld is die reg minder tegemoetkomend, want die ondertekenaar sal gebonde gehou word aan dit wat hy onderteken het al het hy die geskrewe kontrak nie gelees nie (of gelees maar nie verstaan nie), tensy daar bedrog aan die kant van die ander kontraksparty was (*Shepherd v Farrell's Estate Agency* 1921 TPD 62).

Die party wat die skriftelike kontrak voorberei kan homself probeer beskerm deur gepaste bedinge in die geskrif op te neem. Daar kan geskryf word dat die geskrewe stuk die enigste en volledige ooreenkoms tussen die partye bevat en dat daar niks bykomstigs beding is wat nie in die geskrewe kontrak vervat is nie. By die ondertekening van die geskrewe kontrak vervang die partye enige mondelinge ooreenkoms waartoe hulle geraak het deur die skriftelike kontrak. Gevolglik kan die partye nie aanvoer dat die skrif hulle mondelinge ooreenkoms verkeerd weergee of dat iets waarop hulle voorheen mondelings ooreengekom het tans uit die kontrak weggelaat is nie, behalwe in die geval van bedrog. As dit later blyk dat sekere bewerings wat 'n verkoper ten aansien van die koopsaak gemaak het onjuis is, sou die ongelukkige koper nie kan aanvoer dat die verkoper die juistheid van die bewerings gewaarborg het nie en sal hy hom daarop moet beroep dat die verkoper hom met wanvoorstellings mislei het. Die verkoper sou hom ook teen aanspreeklikheid vir wanvoorstellings kon probeer vrywaar deur 'n gepaste beding met die strekking dat die koper erken dat daar geen voorstellings aan hom gemaak is wat hom tot die kontraksluiting ooreed het nie of miskien selfs dat daar hoegenaamd geen voorstelling in verband met die koopsaak aan die koper gemaak is nie (sien *Trollip v Jordaan* 1962 1 SA 238 (A) en die interessante artikel „Caveat Emptor” deur K in 1961 *THRHR* 202).

'n Ander probleem wat hom kan voordoen is dat die koopsaak soos in die skriftelike kontrak beskrywe nie ooreenstem met die eiendom van die verkoper wat hy wou verkoop nie. Blyk dit dat die eiendom in die kontrak beskrywe die eiendom is wat die partye wou verkoop en koop, is die verkoper kontraktueel gebonde om die beskrywe eiendom te lewer en te transporteer in ruil vir die prys; is hy nie daartoe in staat nie, kan die koper hom mettertyd aanspreek op grond van die kontrakbreuk wat onvermydelik sal volg. Blyk dit dat die partye beide bedoel het dat die eiendom van die verkoper gekoop en verkoop gaan word, het ons weer eens 'n geval waar die geskrewe kontrak die ware ooreenkoms tussen die partye onjuis weergee en kom die moontlikheid van rektifikasie ter sprake. Hierop kan daar twee menings nagehou word, naamlik:

- 1 dat dit voldoende is vir die geldigheid van die kontrak as dit 'n behoorlike beskrywing van 'n saak bevat, voldoende om dit op die grond te identifiseer, en dat daardie beskrywing later vervang kan word met die beskrywing van die saak wat die partye bedoel het om te verkoop; en
- 2 dat die geskrewe kontrak 'n voldoende beskrywing van die koopsaak wat inderdaad verkoop is moet bevat en dat 'n verkeerde beskrywing nie later reggestel kan word nie.

Steun vir eersgemelde opvatting kan miskien gevind word in *Coetzee v Magoere* 1959 3 SA 557 (O). Dit gaan oor die uitleg van artikel 5(1) van die Huurkoopwet van 1942 wat bepaal dat 'n huurkoopkontrak onder andere 'n „genoegsame beskrywing” van die goedere verkoop of ingeruil moet bevat ten einde hulle te kan aanwys. Die motor- kar wat verkoop is, is beskrywe volgens fabrikaat, model en jaar van eerste registrasie en met die byvoeging van 'n verkeerde masjiennommer. Die hof meen dat dit *prima facie* moontlik is om verbetering van die foutiewe masjiennommer aan te vra. Alhoewel die uitspraak nie gaan oor 'n voorskrif insake formaliteite nie, kan daar afgelei word dat as daar net op die oog af voldoen is aan die vereistes van die voorskrifte wat betrokke is, die partye later die wanbeskrywing kan korrigeer. As die wanbeskrywing nie aan die vereistes van die voorskrif voldoen nie, kan nie later daarop verbeter word nie omdat die gevolge van die nie-voldoening reeds ingetree het (sien *Dowdle's Estate v Dowdle & Others* 1947 3 SA 340 (W) op 354).

Hierdie aangeleentheid moes miskien ter sprake gebring gewees het in *Regenstein v Babro Investments (Pty) Ltd* 1959 2 SA 121 (SR). Die kontrak bevat 'n beskrywing van grond met verwysing na 'n diagram en daar is verder bygevoeg dat dit omtrent 18 860 acre groot is. By 'n ontleding van die diagram blyk dit dat die grond daarin aangedui slegs 17 220 acre behels en verder dat die een grens op die diagram nie ooreenstem met die werklike grens van die verkoper se grond nie. As die

werklike grens en die vaste punte op die ander grense verbind word, sal die grond daardeur ingesluit ongeveer 3 000 acre meer wees as die getal in die dokument genoem en sou dit meebring dat een van die grenshoeke (wat op die diagram aangedui is as 'n hoek van 90°) met ongeveer vier grade vergroot moet word. Die hof sê dan:

„And when one finds that the land depicted in the sale plan varies from the defendant's land as it actually exists to the extent that it does in the present case, it is impossible to say that the land so depicted is precisely depicted or described.”

Dit blyk nie duidelik of die grond wat in die koopkontrak beskrywe is op die grond uitgeken kon word of nie, maar as dit wel die geval was dan kan die regter se standpunt vertolk word as 'n aanduiding dat dit nie voldoende is as die kontrak slegs 'n identifiseerbare koopsaak aandui nie en moet dit die ware koopsaak aandui.

Bogenoemde gevalle het gegaan oor geskrewe kontrakte wat afgewyk het van die voorafgaande mondelinge ooreenkomste. Dit kan natuurlik gebeur dat die een party meen dat hy geregtig is op die saak soos in die kontrak beskrywe terwyl die ander party meen dat hy alleen verplig is om sy eiendom soos dit in sy naam geregistreer is te lewer. In so 'n geval is daar dwaling voor hande en in werklikheid geen wils-ooreenstemming tussen die partye nie. Volgens die praktyk sal die partye gebonde wees aan die geskrewe kontrak tensy die party wat meen dat hy tot iets anders as in die kontrak vervat, verplig of geregtig is, kan aantoon dat sy misgissing redelik en verskoonbaar is (sien daarvoor De Wet & Yeats *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* (3e druk) 11-27). Oor die algemeen wil dit voorkom asof dit vir hom moeilik is om hom van hierdie bewyslas te kwyd waar die partye 'n geskrewe kontrak geteken het.

Soortgelyke moeilikhede word ook soms in verband met die prys ondervind.

Dit kan gebeur dat die geskrewe kontrak 'n kleiner prys aandui as dié waarop mondelings ooreengekom is. In *Parow Lands (Pty) Ltd v Schneider* 1951 3 SA 183 (K) het die koper beweer dat die partye afgespreek het op 'n prys van R9 600 en dat hulle daarna 'n skriftelike kontrak geteken het waarin die prys as R7 200 aangegee word. Volgens die verslag van die saak (184D-E) het die koper die verkoper onder die indruk gebring dat hy vir die mindere bedrag wou koop en is die ooreenkoms so opgeteken. Maar indien die koper wel gemeen het dat hy vir die groter bedrag gekoop het en die verkoper gemeen het dat hy vir die kleiner bedrag verkoop het, sou die koper nogtans gebonde gewees het om die kleiner bedrag te betaal. Volgens die gemene reg was daar 'n koop vir die mindere bedrag as die verkoper meen dat hy vir 10 verkoop en die koper meen dat hy vir 5 koop (sien bv Voet 18 1 15).

Na aanleiding hiervan kom verskeie vrae ter sprake. Gestel dat die partye werklik op die groter prys afgespreek het en dat daar nou sonder wysiging van daardie afspraak 'n kleiner prys in die skrif sy opwagting maak. Die verkoper sou nie mondelinge getuienis kan bring om die skrif te wysig nie (sien *Du Plessis v Nel* 1952 1 SA 513 (A) op 534G-H). Of die verkoper rektifikasie sou kan aanvra, sal afhang van die standpunt wat ingeneem word ten aansien van die moontlikheid om een van die essensiële bedinge van die afspraak te wysig. Dieselfde geld waar die partye mondelings op 'n groter prys afgespreek het as wat in die geskrewe kontrak opgeteken staan.

'n Verdere vraag wat kan ontstaan, is of die hof bereid sou wees om die gemeenregtelike oplossing dat daar 'n koop vir die mindere bedrag gesluit is te handhaaf waar die verkoper meen dat hy vir 10 verkoop en die koper meen dat hy vir 5 koop en die groter bedrag in die geskrewe kontrak opgeteken staan.

'n Belofte wat aanleiding gee tot die kontraksluiting het ook al ter sprake gekom. In *Veenstra v Collins* 1938 TPD 458 op 461 sê die hof dat 'n belofte van 'n bykomstige prestasie nie deur mondelinge getuienis bewys kan word nie (sien ook *Du Plessis v Nel* 1952 1 SA 513 (A)) maar:

„Where, however, the oral agreement, though in a broad sense affecting the consideration of the main contract, takes the form of a promise inducing one of the parties to enter into the main contract it may be proved, whether or not the latter is required by law to be in writing.”

Sien ook *Louw v Central Motors Vivgrey (Pty) Ltd* 1951 3 SA 461 (T) op 465. Die presiese strekking van hierdie uitsondering op die reël dat mondelinge getuienis ontoelaatbaar is om die geskrewe kontrak aan te vul of te wysig, is nie meteens duidelik nie. Dit spreek vanself dat as 'n party A en B belowe en slegs prestasie B in die geskrewe kontrak vervat is, die werking van hierdie reël hom sal belet om mondelinge bewys van prestasie A aan te bied. In *Gerber v Naude* 1971 3 SA 55 (T) op 60 stel die regter die vraag of dit nie dalk betrekking kan hê op 'n valse voorstelling dat hy van plan is om 'n ereverpligting, 'n morele skuld wat nie regtens afdwingbaar is nie, na te kom. Ons moet veronderstel dat die voorstelling die geaardheid van die skuld onveranderd laat, want as dit omskep sou word in 'n regsverpligting het ons onwillekeurig te doen met 'n geval waar twee prestasies belowe is en slegs een in die skrif opgeteken is. Ons moet verder veronderstel dat die valse voorstelling van 'n voorneme wat regtens straffeloos verander kan word aanleiding sou gee tot die gewone regsmiddels van toepassing by opsetlike wanvoorstelling.

In die *Veenstra*-saak het die hof 'n belofte om sekere herstelwerk aan 'n huis te doen beskou as 'n belofte wat aanleiding gegee het tot die kontraksluiting. Aangesien die toestand waarin die saak gelewer moes word deur die reëlende reg bepaal is in die afwesigheid van enige

geskrewe beding daaromtrent, lyk dit al of die toelating van mondelinge getuienis aangaande die ongeskrewe belofte teenstrydig is met die reëls insake die uitsluiting van mondelinge getuienis. Dit wil verder voorkom asof die skuldenaar belowe het om twee prestasies te lewer, naamlik die huis en sekere herstelwerk daaraan. Bewys van die ongeskrewe belofte moes derhalwe geweier gewees het.

'n Mondelinge ooreenkoms om die prys of wyse van betaling te wysig, kan ook ter sprake kom. Dit is 'n gevestigde reël dat enige wesenlike wysiging, waaronder die genoemdes getel moet word, ook aan die bepaalde formaliteite moet voldoen ten einde bindend te wees (*Du Plessis v Van Deventer* 1960 2 SA 544 (A)). Hierdie regsreëling het sy oorsprong gehad in 'n onkritiese beroep op sekere Engelse gewysdes (sien D Zeffert 1964 *SALJ* 394-5 en *Van der Walt v Minnaar* 1954 3 SA 932 (O) daaroor), maar is onlangs geregverdig met 'n beroep op die openbare beleid (*Da Mata v Otto* 1971 1 SA 763 (T)). Dit beteken eenvoudig dat die latere ooreenkoms eers regsbetekenis het wanneer dit op skrif gestel en deur die partye onderteken is: die blote mondelinge ooreenkoms is nie bindend nie en dit is nie bedrieglik om jou te beroep op die skriftelike kontrak in sy ongewysigde gedaante nie omdat dit nie regsgeldig gewysig is nie. Iedereen wat van hierdie reëling weet, kan sy sake daarna inrig en sorg dra dat die wysiging aan die vereiste formaliteite voldoen, ofskoon hy nie die ander party kan dwing om die mondelinge wysigingsooreenkoms te onderteken nadat dit op skrif gestel is nie (sien *Royker v Medicine* 1962 4 SA 281 (K)).

'n Belangrike vraag wat al heelwat aandag geniet het, is die posisie van die partye indien hulle deur ooreenkoms, waaronder val skuldvernuwing, skikking en kwytskelding, die verpligting van die koper met betrekking tot die betaling van die prys uitwis, hetsy dit vervang word deur 'n nuwe skuld hetsy nie. Aangesien elke skuld wysigende ooreenkoms die oorspronklike skuld deur 'n nuwe skuld vervang, moet sodanige ooreenkomste ook aan die vereiste formaliteite voldoen ten einde regsgeldig te wees (sien *Venter v Birchholtz* 1972 1 SA 276 (A) op 285-6). 'n Ooreenkoms wat die omvang van die prestasie verskuldig of die aard daarvan of die tydstip of die wyse van voldoening verander, sal gevolglik alleen geldig wees as die nodige vormvereistes nagekom is (sien *Da Mata v Otto supra* op 773). Volgens die gewysdes (*Neethling v Klopper* 1967 4 SA 459 (A) op 465 en *Venter v Birchholtz supra*) bestaan daar in beginsel ruimte vir 'n beperkende uitleg van enige vormvereistes ten einde mondelinge bewys toe te laat van ooreenkomste wat nie die oorspronklike ooreenkoms wysig nie maar bloot 'n uitstel verleen. 'n Sodanige beperkende uitleg is al gegee ten opsigte van ander statutêre voorskrifte (*Lombard v Van der Westhuizen* 1953 4 SA 84 (K) op 91 e v) en onlangs ook ten opsigte van die vormvereistes vir die verkoping van vaste goed (*Sinclair v Viljoen* 1972 3 SA 579 (W)). Dit beteken eenvoudig dat, ofskoon 'n afspraak wat die tyd vir prestasie

verleng of waarin die skuldeiser afstand doen van enige besondere remedies in die kontrak beding ten opsigte van 'n versuim om stiptelik te presteer (soos 'n reg van terugtrede), normaalweg aan die vormverestes moet voldoen ten einde effektief te wees, daar wel mondelinge getuienis van sulke ooreenkomste gebring kan word as die ware uitleg van die voorskrif insake die formaliteite dit toelaat. Dit wil voorkom asof die *ratio* vir hierdie welkome uitleg die billikheid is.

'n Blote skulddelgende ooreenkoms, soos kwytskelding, hoef nie aan die bepaalde formaliteite te voldoen nie. Eweneens sal die aanvaarding van 'n *datio in solutum*, of 'n surrogaat vir prestasie, die skuld uitwis, al voldoen die handeling nie aan die formaliteite vir die geldigheid van die oorspronklike kontrak gestel nie (*Van der Walt v Minnaar* 1954 3 SA 933 (O)).

DJ JOUBERT

Universiteit van Wes-Kaapland

To the layman law is a secret art, concerned mainly with the doings of the wicked. There cannot be many who by the time they reach man's estate have not met the doctor, the pharmacist, the builder, the plumber and the electrician in action, but there is nothing unusual in never having seen a lawyer at work. Most of the knowledge the man in the street has of law derives from newspaper reports of sensational criminal and divorce trials, detective stories and the films. No wonder then if he thinks that law is of concern only to those unfortunate enough to have a motor-car accident, or a matrimonial dispute, or to become embroiled in the meshes of a criminal trial, and that otherwise law does not play a large role in everyday affairs.

The truth, of course, is otherwise. Law is of the warp and woof of social life, and so far from being concerned with a narrowly circumscribed area, is all pervasive. It is not only concerned with the pathology of society, but with its physiology as well.

Hahlo & Kahn *The South African Legal System
and its Backgrounds*

Vonnisse

CALEDON & SUID-WESTELIKE DISTRIKTE EKSEKUTEURSKAMER v WENTZEL 1972 1 SA 270 (A)

Traditio - „Attornment” - Nuwe vorm van lewering

Op 15 April 1969 verkoop en „lewer” ’n motorhandelaar ingevolge ’n huurkoopkontrak waarin eiendomsreg voorbehou is sewe motorvoertuie aan ene Mayoss. Ingevolge ’n bepaling van die huurkoopkontrak willig Mayoss in om die voertuie namens die appellant te hou wanneer die motorhandelaar in die nabye toekoms sy regte ingevolge die huurkoopkontrak aan die appellant sedeer. Kort na sluiting van die huurkoopooorenkoms sedeer die motorhandelaar sy regte aan die appellant. Teen die einde van April stel die appellant Mayoss in kennis van die sessie en versoek hy hom om ’n skriftelike erkenning te teken dat hy voortaan namens die appellant die voertuie hou. Mayoss teken die erkenning en stuur dit aan die appellant terug. Op hierdie tydstip het Mayoss egter reeds een van die voertuie aan die *National Industrial Credit Corporation* verkoop wat op hulle beurt weer die voertuig aan die respondent op huurkoop verkoop. Die appellant stel nou sy *rei vindicatio* teen die respondent in ten einde die voertuig terug te kry.

Die kernvraag vir beslissing was of die appellant eiendomsreg in hierdie omstandighede verkry het. In die Transvaalse Provinsiale Afdeling van die hooggeregshof (*Caledon & Suid-Westelike Distrikte Eksekuteurskamer v Wentzel* 1971 2 SA 466 (T)) word aangeneem dat eiendomsreg deur sg „attornment” kon oorgaan indien daar ’n driedelige ooreenkoms met hierdie strekking tussen die motorhandelaar, Mayoss en die appellant was. Volgens die hof was die vereistes vir „attornment” nie in die onderhawige geval aanwesig nie omdat Mayoss vooruit toegestem het om namens die appellant te hou op ’n tydstip toe sessie nog nie plaasgevind het nie en moontlik nooit sou plaasgevind het nie en omdat Mayoss op die oomblik toe hy sy bedoeling duidelik laat blyk het om namens die appellant te hou deur ondertekening van die erkenning, nòg daadwerklike beheer oor die voertuig gehad het nòg in die vermoë was om daadwerklike beheer daaroor uit te oefen. Sy skriftelike erkenning was dus van alle regs krag ontbloot. Die provinsiale hof beslis dus dat eiendomsreg nie na die appellant oorgegaan het nie en wys dus sy *rei vindicatio* van die hand.

Die appèlhof verwerp hierdie beslissing en beslis dat eiendomsreg wel oorgegaan het op die appellant. Die redenasie van die hof is soos volg: Die feit dat Mayoss reeds op die oomblik van die sluiting van die huurkoopooorenkoms onderneem het om namens die appellant te hou wanneer sessie ook al plaasvind is voldoende vir eiendomsdrag. Mayoss se kennis van die datum van sessie was nie juridies relevant vir eiendomsdrag nie, maar wel sy wilsverklaring ten tyde van die sluiting van die huurkoopkontrak om namens 'n toekomstige sessionaris te hou (op 274 van die verslag).

Die effek van hierdie beslissing is dat die appèlhof 'n nuwe vorm van fiktiewe lewering, naas die erkende vorme, *traditio brevi manu*, *traditio longa manu*, *constitutum possessorium*, en die Engelsregtelike „attornment”, erken. Die appèlhof beslis naamlik dat blote wilsverklaring aan die kant van die houer om in die toekoms namens 'n nuwe verkryger te hou eiendom laat oorgaan op die datum wanneer die oordraer sy regte aan die verkryger seeder, ongeag die feit of die houer daadwerklike beheer oor die saak ten tyde van oordrag uitoefen.

Die doel van hierdie bespreking is om vas te stel of hierdie nuwe vorm van fiktiewe lewering by die bestaande vorme ingepas kan word, die gesag waarop die regter vir hierdie vorm van lewering steun te ontleed en om ten slotte te besin of hierdie nuwe vorm van lewering genoodsaak word deur die eise van die handelsverkeer.

Skygbaar is die Romeinse en Romeins-Hollandse reg nooit gekonfronteer met 'n situasie soos die onderhawige nie. Ons kon niks in die bronne vind waarin die geval waar 'n persoon sy saak oordra wat in fisiese beheer van 'n derde is, bespreek word nie.

Hierdie nuwe vorm van lewering toon egter ooreenkomste met al die reeds bestaande vorme van fiktiewe lewering. Dit stem ooreen met *traditio brevi manu* in dié opsig dat die persoon wat fisiese beheer oor die saak uitoefen steeds in fisiese beheer van die saak na eiendomsdrag is. By *traditio brevi manu* word die houer egter eienaar na lewering terwyl die houer in die geval van die nuwe vorm van eiendomsdrag steeds houer bly, maar namens 'n nuwe eienaar.

In hierdie opsig is die nuwe vorm van lewering nader aan *constitutum possessorium*. In laasgenoemde geval bly die vorige eienaar na oordrag steeds in fisiese beheer maar nou hou hy die saak ingevolge 'n duidelike regsgrond (*causa detentionis*) waarop oordraer en verkryger vantevore ooreengekom het. (Sien Gordon *Constitutum Possessorium* in *Studi Biondo Biondo* I 303; *Woodhouse v Odendaal* 1914 OPD 48; *Visagie v Muntz* 1921 CPD 582.) Indien mens *constitutum possessorium* beskou as 'n vorm van eiendomsverkryging deur middel van 'n verteenwoordiger, is die naby verwantskap tussen *constitutum possessorium* en hierdie nuwe vorm van lewering voor die hand liggend. Net soos die houer in laasgenoemde geval eiendom namens die nuwe eienaar ver-

kry, verkry die vorige eienaar by *constitutum possessorium* die saak namens die nuwe eienaar. In die lig van die noue verwantskap tussen *constitutum possessorium* en hierdie nuwe vorm van lewering behoort ons daarop te wys dat ons howe geneë is om die leerstuk van *constitutum possessorium* sover as moontlik te beperk, omdat skuldeisers van die vorige eienaar maklik bedrieg kan word (*Goldinger's Trustee v Whitelaw & Son* 1917 AD 66; *Groenewald v Van der Merwe* 1917 AD 233). Dieselfde beperking hoef egter nie noodwendig by die nuwe vorm van lewering te geld nie aangesien die houer steeds houer bly. Daar is dus nie 'n groter kans vir misleiding na sessie as wat voor sessie die geval was nie.

Die nuwe vorm van lewering toon ook ooreenkomste met sekere spesiale gevalle van lewering wat gewoonlik onder *traditio longa manu* tuisgebring word. Dit is die gevalle waar oordrag geskied deur die oorhandiging van 'n bewysstuk vir goedere wat in 'n pakhuis gestoor word of deur die oorhandiging van ladingsbriewe vir 'n skeepsvrag (*Standard Bank of SA Ltd v Efroiken and Newman* 1924 AD 171; *Garavelli and Figli v Gollach and Gomperts (Pty) Ltd* 1959 1 SA 816 (W)). Net soos by die nuwe vorm van lewering is daar in hierdie gevalle 'n wilsverklaring aan die kant van die opsigter van die stoorkamer en die skeepskaptein om die goedere te hou aan wie ook al die bewysstukke of ladingsbriewe oorgedra word. Die enigste verskil is skynbaar dat in die geval van die nuwe vorm van lewering 'n wilsverklaring van die houer gekoppel aan 'n sessie voldoende is terwyl in die ander geval nie die wilsverklaring van die opsigter of skeepsagent nie, maar wel die fisiese oorhandiging van die dokument wat as simbool van die goedere daarin beskryf dien, deurslaggewend is (*Garavelli*-saak, *supra* 821).

Die voor die hand liggende vorm van fiktiewe lewering in gevalle soos die onderhawige is die Engelsregtelike instelling van „attornment.” Hierdie instelling is reeds in die Suid-Afrikaanse reg erken (*Mackeurtan Law of Sale of Goods in South Africa* 4e uitg 181; sien ook *Hearn and Co (Pty) Ltd v Bleiman* 1950 3 SA 617 (K)). Daarvolgens gee die oordraer opdrag aan die houer om voortaan namens die verkryger te hou en indien die houer toestem gaan eiendomsreg oor. Al drie partye stem dus tot die transaksie toe. Appèlregter Rumpff weier egter om soos die Transvaalse hof te aanvaar dat „attornment” die enigste manier is waarop 'n saak wat in die hande van 'n houer is aan 'n nuwe eienaar oorgedra kan word.

Aangesien appèlregter Rumpff nie hierdie nuwe vorm van lewering as analoog aan *traditio brevi manu* beskou nie en aangesien hy nie „attornment” as die enigste vorm van oordrag in die onderhawige situasie erken nie, soek hy gesag vir 'n nuwe vorm van lewering in die Nederlandse reg wat volgens hom 'n kristallisering van die Romeinse en Romeins-Hollandse reg is. Hierdie regsvergeljkende metode wat al hoe meer in ons appèlhof toegepas word (sien o.a. *Government of SA v Ngubane* 1972 2 SA 601 (A)), is onses insiens van onskatbare waarde in

gevalle waar ons eie regsbronne geen oplossing bied nie. Hy steun op 'n beslissing van die *Hoge Raad* van 1 November 1929 wat 'n soortgelyke nuwe vorm van lewering erken en veral op 'n passasie in 'n artikel van die Nederlandse skrywer Drion (73 (1942) *Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-Ambt en Registratie* nr 3771) wat lewering in die onderhawige geval gelyk stel aan lewering van bewysstukke van goedere wat gestoor is en skeepsbriewe. Onses insiens is hierdie voorbeelde nie heeltemal ooreenstemmend met die onderhawige situasie nie, omdat soos reeds gesê formele dokumente by bogenoemde voorbeelde oorhandig moet word en veral ook omdat die opsigter en skeepskaptein in fisiese beheer van die goedere moet wees wanneer eiendomsreg op die verkryger oorgaan, wat nie die posisie in die onderhawige geval was nie.

Op hierdie stadium is dit wenslik om te probeer vasstel watter vereiste die regter stel vir hierdie nuwe vorm van lewering. Hy verklaar soos volg (op 274): „Weselik gaan dit nie hier om 'n kontrak tussen die besitter en die sessionaris nie, maar om 'n feit. Omdat in 'n geval soos die onderhawige by 'n sessie van eiendomsreg, daar geen verandering in die feitlike toestand beoog word nie deur werklike oor en terughandiging van die voertuig, en die voertuig in die besit van die koper bly, word in plaas van werklike oordrag 'n wilsverklaring van die besitter verwag dat hy namens die toekomstige sessionaris sal besit. Wanneer die koper geen nadeel ondervind deur 'n sessie nie kan selfs met reg gevra word of die besitter kan weier om sy wil te wysig en of kennisgewing van die sessie aan die koper nie voldoende behoort te wees om lewering te laat plaasvind nie. Deur sessie en so 'n kennisgewing sou die sessionaris tog in staat gestel word om die mag uit te oefen oor die saak wat die sedent as eienaar gehad het. Dit is immers hierdie instaatstelling om daardie mag uit te oefen wat „lewering” is. Dis egter nie nodig om hieroor verder te bespiegel nie want in die onderhawige geval is daar wel 'n wilsverklaring om namens die sessionaris te hou wanneer die sessionaris sessie ontvang van die reg van eiendom.”

Uit hierdie aanhaling blyk dat die regter nog nie vas besluit het oor wat die vereiste vir die nuwe vorm van lewering moet wees nie. Die *ratio* waarop die beslissings gebaseer is, is dat 'n wilsverklaring om namens 'n toekomstige sessionaris te hou voldoende is om eiendomsreg op die datum van sessie te laat oorgaan, selfs al is die houer nie meer in feitlike beheer van die saak op daardie tydstip nie. Die regter gaan egter verder en verklaar *obiter* dat in gevalle waar die agent geen nadeel ondervind deur die eiendomsorgang nie die blote sessie van eiendomsreg en kennisgewing daarvan aan die agent voldoende blyk te wees vir „lewering.” Hierdie laaste standpunt impliseer dat die agent, indien hy nie voor sessie toegestem het om namens die sessionaris te hou nie, nie kan weier om na sessie namens hom te hou nie. Die verdere implikasie is dat die wilsverklaring van die agent juridies irrelevant by oor-

drag is. Nie die wil van die houer nie maar die regstoestand teweegbring deur die sessie naamlik eiendomsdrag is belangrik. Om op te som, ingevolge die *ratio* van die beslissing wat 'n wilsverklaring aan die kant van die houer vir eiendomsorgang vereis, sal eiendom nie oorgaan indien die agent weier om namens die verkryger te hou nie terwyl eiendomsreg wel sal oorgaan in sodanige omstandighede indien sessie en kennisgewing soos in die *obiter* vereis, voldoende is vir eiendomsorgang.

Die beginsel soos beliggaam in die *obiter* blyk duidelik uit die beslissing van die *Hoge Raad* van 1 November 1929 waarop die regter steun. Die geval waaroor die *Hoge Raad* moes beslis, was die volgende: A verkoop en lewer aandele aan B wat in pand aan C gegee is. C weier om B as die nuwe eienaar van die aandele te erken. Die hof beslis dat die feit dat feitlike oorgawe van die sertifikate nie moontlik was nie, nie die oordrag in die weg staan nie en dat eiendomsreg deur die ooreenkoms tussen A en B oorgegaan het. Volgens die *Hoge Raad* is dit in stryd met die eise van handelsverkeer om die medewerking van C te vereis.

Anders as in die Nederlandse reg is „sessie van eiendomsreg” streng dogmaties nie moontlik in die Suid-Afrikaanse reg nie. Tradisioneel word slegs sessie van vorderingsregte erken. Eiendomsreg kan nie deur blote ooreenkoms soos in die Engelse reg oorgaan nie (*Hearn*-saak, *supra* 625). Ingevolge die publiseitsbeginsel wat in sakeregtelike verhoudings op die voorgrond staan word altyd iets meer as 'n blote ooreenkoms vereis. In die geval van onroerende goed word registrasie vereis terwyl in die geval van roerende goed 'n uiterlik waarneembare oorgang vereis word. Slegs in uitsonderingsgevalle word hierdie vereiste verslap soos by *constitutum possessorium* en „attornment” waar nuwe beperkings soos 'n duidelike *causa detentionis* of 'n ooreenkoms tussen al drie die betrokke partye opgelê word. Die regter probeer egter die dogmatiese beginsel dat daar geen oordrag van eiendomsreg deur sessie kan wees nie omseil deur 'n sirkelredenasië. Hy beweer naamlik dat indien 'n sessie van eiendomsreg plaasvind en die houer daarvan in kennis gestel is, die sessionaris in staat gestel word om daardie feitlike mag oor die saak uit te oefen wat die sedent as eienaar gehad het. Hierdie instaatstelling om die fisiese mag uit te oefen kom dan neer op „lewering.” Hy beskou dus sessie en kennisgewing as plaasvervangend vir fisiese lewering.

Indien mens die regter se standpunt aanvaar dat eiendomsreg deur sessie gepaard met kennisgewing kan oorgaan, blyk dit verder onnodig te wees om kennisgewing aan die houer as vereiste vir eiendomsorgang te stel. In die onderhawige geval was kennisgewing slegs nodig om die houer te laat weet aan wie hy in die toekoms moet voldoen. Indien geen kennis gegee word nie kan die sessionaris nie kla indien die houer (skuldenaar) aan die sedent voldoen nie (*Brook v Jones* 1964 1 SA 765 (N); *Katz v Katzenellenbogen and Others* 1955 3 SA 188 (T)).

So beskou, negeer die appèlhof die standpunt van die Suid-Afrikaanse reg dat die wilsverklaring van die houer veral by oordrag van besit van groot belang is. Die bedoeling van die houer behoort te wees om namens die nuwe eienaar te hou en indien hy weier om so te hou kan eiendomsreg nie oorgaan nie. Daarbenewens kan hy ook nooit sodanige bedoeling vorm indien hy nie op die oomblik van oordrag fisiese beheer oor die saak het nie.

Afgesien van die dogmatiese besware wat teen hierdie nuwe vorm van eiendoms-oordrag aangevoer kan word, moet 'n mens tot die slot kom dat hierdie nuwe vorm van lewering in ooreenstemming is met die eise van die handelsverkeer. Indien eiendomsreg in die onderhawige geval nie deur verdiskontering van die kontrak op die finansieringsmaatskappy oorgegaan het nie sou laasgenoemde nie gretig wees om transaksies soos die onderhawige te finansier nie. Die gevolg hiervan sal wees dat verkoopsmoontlikhede van motorhandelaars aansienlik ingeperk kan word en ekonomiese groei in hierdie sektor aan bande gelê kan word. Sodanige transaksie kan ook nooit tot nadeel van die agent of buitestaanders wees nie. Die verpligtinge van die huurkoopverkoper ingevolge die huurkoopkontrak gaan nie op die nuwe eienaar oor deur sessie nie (*Van Zyl v Credit Corp of SA Ltd* 1960 4 SA 582 (A) en *Mader v Mallin Diamond Mines Ltd* 1964 1 SA 572 (T)). Die verkoper bly dus nog steeds gebonde. Buitestaanders kan ook nie deur die agent mislei word nie want reeds voor die sessie het die agent namens iemand anders die saak beheer. Daar is dus nie 'n groter kans vir misleiding na sessie as wat voor sessie die geval was nie. Die enigste wanpraktyk waarteen die howe sal moet waak is dat skuldeisers van die verkoper-sedent nie deur 'n gesimuleerde transaksie tussen die sedent en sessionaris bedrieg word nie. Dit behoort egter nie moeilik te wees vir die hof om van omringende omstandighede af te lei of dit wel die ernstige bedoeling van die partye was om 'n sessie van eiendomsreg te bewerkstellig nie.

Sessie van eiendomsreg behoort in gevalle soos die onderhawige waar 'n agent fisiese beheer oor die saak namens die oordraer uitoefen, toegepas te word veral in die lig van die feit dat aangesien die agent in fisiese beheer van die saak na oordrag bly kanse op bedrog teenoor buitestaanders gering is. Dit is ook onprakties om die medewerking van die agent in sodanige gevalle te vereis. Neem byvoorbeeld die geval waar 'n biblioteek aan 'n nuwe eienaar verkoop word. Om te vereis dat alle leners van uitstaande boeke eers moet toestem om namens die nuwe eienaar te hou voordat eiendomsreg oorgaan, is geheel en al in stryd met die eise van die handelsverkeer. Sessie van eiendomsreg behoort egter nie ligtelik na ander situasies uitgebrei te word nie.

CG VAN DER MERWE
J NEETHLING
Universiteit van Suid-Afrika

S v NDUNENI 1972 3 SA 799 (K)

Betekenis van „gevaarlike wapen” ingevolge wet 71 van 1968

Die feite in hierdie saak is die volgende: Die beskuldigde dood sy niggie onopsetlik deur haar op 'n speelse wyse met 'n dolk in die maag te steek. In die daaropvolgende moordverhoor pleit hy skuldig aan strafbare manslag en word hy ook weens die misdryf veroordeel.

By straftoemeting ontstaan die vraag of die beskuldigde onderhewig is aan oplegging van die minimumstraf soos voorgeskryf in artikel vier van die Wet op Gevaarlike Wapens 71 van 1968. Die gevolgtrekking van die hof is dat die betrokke artikel nie toepaslik is nie omdat die dolk waarmee die oorledene gedood is, in die onderhawige geval nie as 'n „aanvalswapen” gebruik is nie.

Regter Van Zijl wys daarop (op 802B) dat die betrokke wet slegs die term „gevaarlike wapen,” en nie ook die term „wapen” nie, omskrywe. Gevolglik redeneer die regter dat die hof met betrekking tot die betekenis van „wapen” op woordeboeke aangewese is. Nadat die hof verskeie woordeboeke geraadpleeg het volg die volgende slotsom (op 802F - 803A):

„Om te voldoen aan hierdie woordomskrywings van wapen moes die oortreder die dolk gebruik het om die oorledene mee aan te val. Dit is die gebruik van die ‚middel’ vir aanval of verdediging wat dit 'n wapen maak. Die woord ‚wapen’ is nie verniet in die artikel gebruik nie want dit is aanvalle met gevaarlike voorwerpe wat die Wetgewer met hierdie swaar strafbedreiging wou ontmoedig, dws doodslag en aanranding met die opset om ernstig te beseer. Die Wetgewer wou ook die persoon wat noodweer oorskrei [*sic*] met dieselfde straf afdreig, en vandaar die gebruik van die woord ‚wapen.’ Die Wet is ook nie bedoel om alle aanrandings af te dreig nie. Dit is net gemik teen die veglustige; vandaar die gebruik van die woord ‚wapen,’ en dan ook nie teen alle veglustiges nie. Dit is gemik alleen teen dié wat 'n gevaarlike wapen gebruik en 'n ‚middel’ is 'n ‚gevaarlike’ wapen alleenlik as dit waarskynlik ernstige liggaamlike letsels sou veroorsaak wanneer dit as 'n wapen gebruik word om 'n aanranding mee te pleeg. As die ‚middel’ bv, as foltering gebruik word is die Wet nie op dié oortreder van toepassing nie.

In die onderhawige geval is die dolk nie as wapen gebruik nie; daar was geen bedoeling om die oorledene aan te val of af te weer nie. Die dolk is as grampmakerstuig gebruik en as gevolg val die beskuldigde in die onderhawige saak nie in die groep oortreders teen wie hierdie Wet gemik is nie, en is die Hof se hande wat straf betref nie gebind nie.”

Met respek word ter oorweging gegee dat hierdie beslissing vatbaar is vir kritiek. Die relevante gedeelte van artikel vier wat hier in die gedrang is, lui soos volg:

„Wanneer iemand bo die ouderdom van agtien jaar skuldig bevind word aan 'n misdryf waarby geweld teenoor 'n ander persoon betrokke is en bewys is dat hy sodanige ander persoon *deur gebruikmaking van 'n gevaarlike wapen* . . .

gedood of beseer het, word hy gevangenisstraf vir 'n tydperk van minstens twee jaar . . . opgelê . . ." (my kursivering).

Die wetgewer vereis m i nêrens in hierdie artikel dat die beskuldigde 'n gevaarlike wapen as „aanvalswapen” moes gebruik het nie - al wat vereis word is dat die beskuldigde 'n „gevaarlike wapen” moes gebruik het. Dat die dolk in die saak onder bespreking na luid van die omskrywing van „gevaarlike wapen” in artikel een wel 'n gevaarlike wapen is, behoef seker geen betoog nie. En dat die beskuldigde wel die gevaarlike wapen gebruik het (al was dit dan op speelse wyse), is 'n onbetwisbare feit. Die hof se benadering dat die dolk in die onderhawige feitekompleks nie gebruik is as 'n wapen om mee aan te val nie, is gevolglik m i irrelevant. Die dolk is wel deur die beskuldigde gebruik en dit is al wat artikel vier vereis en gevolglik is slegs hierdie aspek ter sake. Die regter het m i, met respek, deur sy vertolking van artikel vier die wetgewer woorde in die mond gelê wat nooit gebruik is nie.

Indien my uitleg van artikel vier egter verkeerd is, word verder ter oorweging gegee dat die hof se benadering op 'n ander grond vatbaar is vir kritiek. Dit is wel so dat die term „wapen” nie in die wet omskrywe word nie - maar die term „gevaarlike wapen” word wel deeglik omskrywe. En „gevaarlike wapen” in artikel een omvat tog seker ook „wapen”! Gevolglik is ek van mening dat 'n hof by die uitleg van „gevaarlike wapen” in artikel vier uitsluitlik op die bepaling van artikel een aangewys is, en nie sy toevlug tot woordeboeke hoef te neem nie.

'n Analoë situasie het in *S v Diedericks* 1969 3 SA 270 (K) ontstaan. Die advokaat van die verdediging het in daardie saak betoog dat „nie enige voorwerp wat waarskynlik ernstige liggaamlike letsel sal veroorsaak 'n gevaarlike wapen is nie, maar slegs 'n voorwerp wat in die aard van 'n wapen is en wat in alledaagse taalgebruik deur die gewone redelike man as 'n wapen beskou sou word” (op 274A). Op 274D-H verwerp regter Van Winsen hierdie argument en wys daarop dat daar geen rede bestaan waarom die betekenis van die term „gevaarlike wapen” beperk moet word nie. Ek kan ook geen rede sien waarom die trefwydte van „gevaarlike wapen” in artikel vier enigsins beperk moet word tot daardie voorwerpe wat as aanvalswapens gebruik word nie. As die wetgewer dit so bedoel het, sou hy dit so gesê het.

Ek meen dus dat artikel vier wel in hierdie saak toegepas moes gewees het, maar dat daar omstandighede was wat die oplê van 'n ligter straf regverdig het. 'n Hof se dilemma in so 'n situasie is natuurlik dat indien artikel vier wel van toepassing is, die hof, ten spyte van die „versagende omstandighede”, nie die hele vonnis sal kan opskort, soos die regter hier gedoen het nie - vgl *S v Diedericks supra* op 279G en die bepaling van artikel 4(2) van die wet en die opmerkings van regter Steyn in 1972 *SALJ* 317.

Dat die standpunt van die hof tot inkonsekwente gevolge lei, blyk duidelik op 803C van die verslag waar die regter hom soos volg uitlaat:

„Jy is gelukkig, want indien jy aangekla was van in besit wees van ’n gevaarlike wapen op straat dan was die kwessie ’n heel ander een want dan is die definisie van ‚wapen‘ hier iets heel anders, en dan sou jy in die moeilikheid gewees het. Maar ek kan jou nie straf vir ’n misdaad waarvan jy nie aangekla is nie, ek moet jou straf vir die misdaad waarvan jy aangekla is.”

Die gevolgtrekking is dus: vir die mindere misdryf van blote besit van ’n gevaarlike wapen, hoef die wapen (of voorwerp) nie geskik te wees vir aanval of afweer nie. Vir die meer ernstige misdaad van gebruik van daardie wapen ondergaan die wapen nou juridies ’n gedaanteverwisseling: nou moet dit gebruik word òf vir aanval òf vir verdediging. Na my mening lei so ’n standpunt tot absurde gevolge en daarom kon die wetgewer dit nie so bedoel het nie.

CF KLOPPER
Justisie-opleiding

Criminal justice is concerned with the pathology of the body politic . . . A criminal trial, it has been well said, should have the atmosphere of an operating room.

Frankfurter J dissenting in
Sacher v United States 343 US 1 37–38 (1952)

Experience should teach us to be most on our guard to protect liberty when the government's purposes are beneficent . . . The greatest dangers to liberty lurk in insidious encroachment by men of zeal, well-meaning but without understanding.

Brandeis J dissenting in
Olmstead v US 277 US 438 (1928)

Boeke

BEWYSREG

deur CWH SCHMIDT

1972 *Butterworths Durban; 1xi en 480; hardeband R17,50, sagteband R13,75*

Die blote deurlees van professor Schmidt se werk oor die bewysreg toon waarom so lank daarop gewag moes word: 'n werk van hierdie gehalte kan sekerlik nie oornag voorberei word nie. En dat dit 'n gehaltewerk is, val nie te weerspreek nie. Vir die eerste maal is nou 'n Suid-Afrikaanse handboek oor die bewysreg beskikbaar gestel wat werklik voldoen aan die vooropgestelde doel om van waarde te wees vir praktisyns sowel as vir studente. Die besige praktisyn wat sy hand vinnig op 'n besondere aspek van die vak wil lê, sal nie teleurgestel word nie: onder onderwerpsbeskrywings wat op *elke* bladsy verskyn (hierdie prosedure kan sterk aanbeveel word) sal hy 'n bondige maar tog deeglike bespreking van die betrokke aspek vind. Studente sal ook nie teleurgestel wees nie. Die magdom reëls van die bewysreg val nie maklik te klassifiseer om 'n logiese of enige ander verband hoegenaamd met mekaar te toon nie. Dit is miskien die rede waarom studente dit dikwels moeilik vind om meer as 'n oppervlakkige kennis van die vak op te doen. Hierdie skrywer het uitmuntend daarin geslaag om die materiaal só in te deel dat die mate van verband wat wel tussen die verskeie reëls bestaan, duidelik blyk: elkeen kry sy plek in die geheel en die student word stap vir stap in die geheimenisse van die vak ingelei, met net genoeg besonderhede om verwarring te vermy. Daarby kom die welkome verskynsel dat weggebreek word van die ou bedeling waarin krampagtig vasgeklou is aan die leerstellings van die ou Amerikaanse en Engelse skrywers. Ou bekendes soos Stephen, Phipson, Thayer en Wigmore behou natuurlik hulle plek, maar die boek bevat talryke verwysings na die varser gedagtes van „nuwelinge” soos Morgan en Maguire. Boonop openbaar die verwysings na Vastelandse skrywers in watter mate soms leiding by hulle gevind kan word. Ons regters kan gerus kennis neem van die feit dat die probleme van die bewysreg nie altyd bevredigend opgelos kan word aan die hand van Anglo-Amerikaanse skrywers nie. Hoewel die Vastelandse regsprosedure totaal van ons eie mag verskil, is daar 'n gemeenskaplike veld waarop die sienswyse van skrywers oor daardie stelsels met vrug nagespoor kan word.

Sonder vrees van teenspraak kan gesê word dat sommige hoofstukke van *Bewysreg* die beste is wat tot nog toe in Suid-Afrikaanse literatuur oor die bewysreg verskyn het. Hoofstukke 14 (soortgelyke feite) en 19 (hoorsê-getuienis) verdien spesiale vermelding in hierdie verband. Die toelaatbaarheid van getuienis oor sg soortgelyke feite het skrywers nog altyd met 'n redelike mate van wanhoop vervul, maar Schmidt se behandeling daarvan spreek van deeglike kennis en navorsing en van rype oorweging wat die leser op bondige wyse so 'n duidelike beeld gee as wat menslikerwys moontlik is van 'n gebied waarop enige skrywer hom slegs met huiwering durf waag.

Ongelukkig is daar ander hoofstukke wat nie in dieselfde mate oortuig nie. In hierdie verband wil ek slegs hoofstuk 15 noem waarin karaktergetuienis ietwat afgeskeep is, en 'n gedeelte van hoofstuk 13 (veral p 272-3) waarin die skrywer die toelaatbaarheid van klagtes in geslagsmisdade nie op sy gewone weldeurdagte en heldere wyse behandel het nie. (Soos hy self opmerk (p 274) is hierdie soort verklarings 'n „blote historiese opdrifsel;” mens sou verwag dat die skrywer meer sou gemaak het van die feit dat ons howe so 'n opdrifsel nog verder uitgebou het en vër buite sy historiese grense geneem het.)

'n Ander stukkie kritiek wat ek genoop is om uit te spreek, slaan op die feit dat die skrywer se beleid van bondigheid, waarvan die eerste paragraaf van sy voorwoord spreek, soms te vër gevoer is ten koste van duidelikheid. Ek wil net na een voorbeeld verwys: op p 4 word die onderskeid tussen direkte en omstandighedsgetuienis afgemaak deur (behalwe 'n voorbeeld) slegs op te merk: direkte getuienis „is getuienis van 'n feit wat in geskil is” terwyl omstandighedsgetuienis „getuienis [is] van 'n feit waaruit 'n afleiding omtrent 'n feit in geskil gemaak kan word,” en: „[e]ersgenoemde verskaf dus onmiddellike bewys, laasgenoemde middellike bewys” (sien ook p 261). Iemand wat vir die eerste maal met hierdie onderskeid te doen kry, sal nie uit die skrywer se weergawe bewus word van die feit dat omstandighedsgetuienis inderdaad ook (indirekte) getuienis van 'n feit in geskil is, sodat die beskrywing van direkte getuienis soos dit hier verskyn, niksseggend is nie. Dit sou nie te pedanties wees om iets beter te verwag het nie. 'n Bietjie meer beskrywendheid sonder om te verval in 'n lang dissertasie oor 'n redelik onbelangrike maar tog basiese onderskeid, sou tot groter duidelikheid gelei het.

In die voorwoord het die skrywer ook diegene voorsien wat „verras of selfs geskok” mag wees met sy „grammatiese styl.” Teen die styl as sodanig is daar hoegenaamd niks in te bring nie, maar hier en daar hinder die taalgebruik werklik. Uitdrukings soos „Daar is eensgesindheid oor dat 'n betoog aan die hof nie getuienis is nie” (p 3) en „Duidelik is dat die probleem 'n relevantsheidsprobleem is” (p 279) kon sekerlik deur eleganter woorde vervang gewees het. Daarby sou beter taalversorging seker ook die glipse wat op p 163 en

392 by die gebruik van die negatiewe vorm ingesluit het, voorkom het. Deur te sê (op p 163) dat in *Vilbro* se saak beslis is dat slegs dié deel van die getuienis wat nie deur die beskuldigde betwis is nie, verwerp moet word, word presies die teenoorgestelde gesê van wat werklik beslis is. Die ongerymdheid (op p 392) in die sin „daar word dus aanvaar dat 'n erkenning (of bekenenis) nie toelaatbaar sal wees slegs omrede die regtersreëls nie nagekom is nie” spreek vir sigself.

Origens kan daar egter min kritiek teen 'n werklik goeie boek wees. Dié kritiek wat ek wel uitgespreek het, doen weinig afbreuk aan Schmidt se werk. Hy verdien gelukwense met die vrug van sy lang en harde werk. Sy artikels in die *Tydskrif* is welbekend maar sy handboek span ongetwyfeld die kroon.

Ten slotte verdien die drukkers en die uitgewers ook 'n woordjie van gelukwense met die gehalte van die boek. Ek het nie na druk- of verwysingsfoute gesoek nie. Slegs op p 464 verskyn die woordjie „moes” in plaas van „moet” en op p 466 die verkeerde voetnootnommer (78) as opsigtelike errata.

JJF HEFER SC

Lid van die Bloemfonteinse Balie

DE ELEMENTAIRE GRONDBEGRIPPEN DER RECHTSWETENSCHAP:

een juridiese methodologie

deur HJ VAN EIKEMA HOMMES

NV Uitgeversmaatschappij AE E Kluwer, Deventer 1972; 583 en xvi bl

Die skrywer van hierdie werk behoort geen onbekende in Suid-Afrika te wees nie. Ons ken hom reeds uit sy proefskrif, *Een Nieuwe Herleving van het Natuurrecht*, 1961, sy inaugurele rede, getitel *De Methodische Betekenis van het Rechtsbegrip*, 1965, en 'n verskeidenheid tydskrif-artikels waaronder 'n voortrefflike Kant-studie onder die opskrif „Enige Beschouwingen over Kant's Metafysische Rechtsleer” in *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* afl 5/6 1963 441. Die verskyning van *De Elementaire Grondbegrippen* het min of meer saamgeval met professor Hommes se besoek aan Suid-Afrika gedurende die tweede helfte van 1972. Diegene wat hom ontmoet en/of aangehoor het, sal weet dat 'n mens in hierdie werk pitkos kan verwag.

Hommies staan in die omgang bekend as die „opvolger van Dooyeweerd” aan die Vrije Universiteit van Amsterdam. Hierdie betiteling is méér as net die weergawe van 'n historiese feit. Dit beteken in werklikheid (onder meer) dat Hommes geroepe is om die riglyne van die Wysgeerte van die Wetsidee, waarvoor Dooyeweerd vader staan, toe

te pas en uit te bou. In daardie lig moet *De Elementaire Grondbegrippen* gelees en waardeer word.

Hommes se verbondenheid aan die Wysbegeerte van die Wetsidee blykuit *De Elementaire Grondbegrippen* in tweeërlei opsig: Eerstens skemer die invloed van sy leermeester Dooyeweerd onmiskenbaar deur vir sover dit die materie van sy standpunte in hierdie werk betref; en tweedens is die hele opset van die werk metodologies ingebed in die sisteem van die Wetsidee. Ter wille van 'n behoorlike begrip van Hommes se werk, verg veral hierdie opset van die boek verduideliking.

Met sy Wysbegeerte van die Wetsidee onderskei Dooyeweerd in die aardse werklikheid (kosmos) tussen konkrete dinge (stof, plant, dier en mens), gebeurtenisse (wo menslike handelinge) en samelewingskringe (wo kerk, staat, gesin, universiteit, ens), elk waarvan toegerus is met (die draer is van) vyftien aspekte of modaliteite. Die kosmos word georden deur (onder meer) vyftien modale wette, elk waarvan korrespondeer met 'n bepaalde modaliteit. 'n Bepaalde soort wet, in samehang met daardie aspek van die konkrete dinge, gebeurtenisse en samelewingskringe wat korrelaat is aan die bedoelde wet, vorm sáám 'n wetskring. Aldus onderskei Dooyeweerd vyftien wetskringe, wat hy in volgorde van gekompliseerdheid soos volg tabuleer: die aritmetiese, ruimtelike, kinematiese, energetiese, biotiese, psigiese, analitiese, historiese, linguale, sosiale, ekonomiese, estetiese, juridiese, etiese en pistiese wetskring.

Elke wetskring huisves in homself 'n onherleibare element, die sinkern, wat meebring dat die een wetskring nie tot 'n ander wetskring herlei kan word nie en dientengevolge soewerein is in sy eie kring. Maar Dooyeweerd laat die wetskringe met die oog hierop nie in kompartemente geïsoleerd van mekaar eksisteer nie. Die wetskringe hou die een met die ander rekening en werk op mekaar in, latere wetskringe voorveronderstel die vroeëre wetskringe en is op die vroeëre wetskringe gefundeer. Elke wetskring is aldus as 't ware 'n spieëlbeeld van die *hele* tydelike werklikheid, hoewel elke wetskring die tydelike werklikheid uit hoofde van die beginsel van soewereiniteit in eie kring op 'n eiesoortige, tipiese wyse reflekteer. Hierdie samehang van die wetskringe word uitgebeeld met die sogenaamde beginsel van universaliteit in eie kring.

Uit hoofde van die beginsel van universaliteit in eie kring steek die wetskringe dus voelers na mekaar uit en ontleen 'n wetskring beginsels aan ander wetskringe, welke beginsels dan aan die sinkern van die bedoelde wetskring georiënteer en in die georiënteerde vorm in daardie wetskring aangewend word. Wys 'n wetskring aldus terug (word 'n beginsel ontleen aan) 'n vroeëre wetskring, het 'n mens met *retrosipasie* of *analogie* te doen; en wys 'n wetskring vooruit na 'n latere wetskring, het jy met *antisipasie* te doen.

Die elementêre grondbegrippe waarom dit in die onderhawige werk gaan is vir 'n groot deel juridiese retrosipasies en antisipasies.

Hommes wy die eerste vier hoofstukke van die werk inderwaarheid aan die kwessie van metode. Met skerp insigte en indringende kritiek stel hy verskeie benaderingswyses vir die vasstelling van elementêre regsbegrippe aan die kaak, byvoorbeeld die empiries-induktiewe metode van die sogenaamde algemene regsleer, die transendentale kenniskritiek van Kant en die Neo-Kantiane en die transendentale fenomenologie van Edmund Husserl. In die vierde hoofstuk skets hy die betekenis van Dooyeweerd se transendentale denkkritiek vir die regswetenskap.

Die orige van die werk wy Hommes aan elementêre grondbegrippe van die regswetenskap wat (in een of meer hoofstukke) 'n retrosipiasie of antisipiasie vanuit die juridiese wetskring na elke ander wetskring, buiten die pistiese wetskring, verteenwoordig. Sy hoofstuk oor juridiese eenheid en veelheid vergestalt die getsalsanalogie, die probleem aangaande die juridiese geldingsgebied beeld die ruimtelike analogie uit, die kinematiese retrosipiasie kom tot uitdrukking in 'n hoofstuk oor die dinamiese en statiese aspekte van die reg en die retrosipiasie vanuit die juridiese na die energetiese wetskring word verteenwoordig deur twee hoofstukke wat afsonderlik handel oor die begrip regsrag of juridiese gelding en die probleem van juridiese kousaliteit. Ooreenkomstig dieselfde patroon is daar hoofstukke oor die regslewe ('n biotiese analogie), die juridiese wilsfunksie ('n psigiese analogie), juridiese toerekening en onregmatigheid - twee hoofstukke (logiese analogieë), regsrag en regsvorming ('n historiese analogie), die uitlegprobleem ('n linguale analogie), die juridiese verkeer of omgang van subjekte ('n sosiale analogie), die regsbelang en aanverwante begrippe (ekonomiese analogieë) en die juridiese eweredigheid of harmonie ('n estetiese analogie). Die slothoofstuk handel oor juridiese antisipasies, maar bepaald na die etiese wetskring. Daarby kom onder meer die skuldvrage ter sprake.

Wat hierdie indeling van die geselekteerde grondbegrippe betref, moet miskien net beklemtoon word dat Dooyeweerd (vgl sy *De Modale Structuur van het Juridisch Oorzakelijkheidsverband* 1952 35), en op sy voetspoor nou ook Hommes, die probleem van juridiese toerekening nie met die skuldvrage vereenselwig nie, maar dit konstrueer as 'n retrosipiasie vanuit die juridiese na die logiese of analitiese wetskring.

Hommes openbaar hom in hierdie werk as 'n *selfstandige uitbouer* van die Wysbegeerte van die Wetsidee. Hy is nie 'n blote naper van Dooyeweerd nie. Diegene wat al, met of sonder sukses, geworstel het om die dikwels moeilike gedagtegoed van die Wysbegeerte van die Wetsidee te ontsyfer en te verstaan, sal by Hommes soms verrassende eenvoud van gedagtegang en formulering ontdek. Miskien is

dit te danke aan 'n opvallende verskil in die wyse waarop Dooyeweerd enersyds en Hommes (in die onderhawige werk) andersyds grondbegrippe van die reg analiseer.

Wanneer Dooyeweerd begrippe soos juridiese skuld of kousaliteit analiseer, hou hy hom in hoofsaak met 'n struktuuranalise van die bedoelde begrip besig. Dit hoort tot die essensie van so 'n analise dat hy eerstens die eiesoortigheid van byvoorbeeld juridiese kousaliteit as 'n aan die sinkern van die juridiese wetskring georiënteerde begrip beklemtoon en tweedens die analogieë en antisipasies van juridiese kousaliteit in die a-juridiese wetskringe uitwys. Wanneer 'n mens aldus sy analise van byvoorbeeld juridiese kousaliteit deurvors het, weet jy dat juridiese kousaliteit van byvoorbeeld fisiese kousaliteit verskil en dat die *conditio sine qua non*- en adekwate kousaliteitsteorieë daarom onhoudbaar is, dat die juridiese oorsaaklikheidsverband in 'n gegewe geval deur die toepasbare *regsnorme* bepaal word en dat juridiese kousaliteit met 'n veelheid grondliggende retrosipasies en verdiepende antisipasies midde in die volle tydelike werklikheid fungeer (vgl *De Modale Structuur van het Juridisch Oorzakelijkheidsverband*, *supra*). Die onnadenkende leser sou daarna nog kon vra: Maar wát is juridiese kousaliteit dan tog en watter teorie hang die man per slot van sake aan?

Hommes skets juridiese kousaliteit as toonbeeld van 'n retrosipiasie vanuit die juridiese na die fisies-energetiese wetskring, sonder om die analoë en antisiperende momente van die juridies gekwalifiseerde oorsaaklikheidsverband in die ander (a-juridiese) wetskringe prominent op die voorgrond te stel. Uit die toepasbare hoofstuk IX van die onderhawige werk kom 'n mens (soos óók by Dooyeweerd) veel van die vernaamste kousaliteitsteorieë, met hulle aanwendingsmoontlikhede en gebreke, te wete; en jy hou die gedagte daarop na dat die voorsienbaarheidsteorie, waarop die eties-gefundeerde skuldbegrip verdiepend inwerk, by hom ten minste 'n simpatieke aanklank vind. Hommes illustreer die voorsienbaarheidsteorie, terloops, met verfrissende insigte. Hy skiet egter na my mening die insig tekort dat die voorsienbaarheidskriterium nie staande kan bly as toets om juridies relevante kousaliteit adekwaat in te perk byvoorbeeld in die geval van misdade en onregmatige dade waarby opset 'n vereiste vir aanspreeklikheid is nie.

Hierdie oorsig en enkele greep uit Hommes se werk is hopelik voldoende om te laat sien dat die elementêre grondbegrippe waarom dit gaan nie net vir die regsfilosofie van betekenis is nie. Die werk is so eenvoudig en verstaanbaar geskryf as wat wetenskaplike suiwerheid toelaat, maar daarby kan in gedagte gehou word (soos Hommes self in 'n gesprek gesê het) dat dit nie die werk is wat elementêr is nie, maar die grondbegrippe waarom dit gaan. En daardie grondbegrippe word deur elke regswetenskaplike hanteer en behoort deur alle regsgeleerdes aan

'n vaste en prinsipiële verantwoordbare betekenismoment verbind te word. Hommes se werk bied hiervoor 'n uitmuntende grondslag en leidraad.

Ten slotte kan daarop gewys word dat die werk tegnies keurig versorg is met 'n bruikbare persone- en sakeregister en 'n aantreklike omslag wat deur mevrou Hommes ontwerp is.

JD VAN DER VYVER
Potchefstroomse Universiteit vir CHO

TOETSING IN HET PUBLIEKRECHT

deur L PRAKKE

Van Gorcum & comp Assen 1972; 175 bl

Hierdie goedversorgde sagtebandboekie bevat 'n versameling van vyf opstelle aangaande judisiële kontrole oor wetgewing. Dit wil voorkom of die hoofdoel van die versameling is om 'n voorgestelde wysiging van die Nederlandse Grondwet in perspektief te plaas. Daar word naamlik in die *Proeve van een Nieuwe Grondwet* (1966) voorgestel dat die grondregte saamgevat word in hoofstuk I van die nuwe Grondwet en dat die bevoegdheid om wette aan dié hoofstuk te toets aan die houe verleen word. Dit sou dus beteken dat die bestaande beginsel van die „onschendbaarheid van de wet” in dié mate versaak word. Daar moet egter onmiddellik bygevoeg word dat die opstelle nie eng op die beoogde wysiging toegespits is nie, maar, soos hierna sal blyk, in die geheel gesien 'n breë regsvergelijkende uiteensetting van toetsing aan wetgewing bied.

Die eerste hoofstuk is die enigste wat die administratiefregtelike vlak betree. Dit gaan hoofsaaklik om die begrip „marginale toetsing,” wat 'n uitvloeisel van die „objectiveringsbeginsel” is. Soos ook in Suid-Afrika, word in Nederland uitgegaan van die standpunt dat die regter nie bevoeg is om 'n subjektiewe oordeel oor die uitoefening van ondergeskikte owerheidsgesag te vel nie. Daar word slegs „marginaal” volgens objektiewe maatstawwe getoets. Die skrywer waarsku egter dat die waarde van hierdie begrip nie oorskakel moet word nie en dat „er met name niet het onderscheidend en preciserend vermogen aan kan worden toegekend dat er blijkbaar dikwijls van wordt verwacht.”

Die tweede opstel is met die voorgestelde wysiging gemoeid. Die wenslikheid van die wysiging word ondersoek aan die hand van 'n bespreking van die posisie in die VSA. Die skrywer kom tot die slotsom dat daar geen saak voor uit te maak is nie.

Die derde opstel (in Engels) val in twee dele. Die eerste plaas regtelike toetsing teen die agtergrond van verskeie vrae van algemene

staatsleer (die verband met geskrewe en ongeskrewe konstitusies, buigsaamheid en onbuigsaamheid, federale en eenheidstruktuur, skeiding van magte ens); die tweede behandel weer, breedvoeriger as voorheen, die posisie in die VSA.

In die vierde opstel word die samehang van toetsingsbevoegdheid en grondwetwysing verder uitgewerk en word die wenslikheid beklemtoon om eersgenoemde teen die agtergrond van laasgenoemde te beoordeel.

In die vyfde opstel word 'n omvattende regsvergelijkende studie onderneem, met 'n gedetailleerde bespreking van dié instelling in die VSA (weer eens), Frankryk en Duitsland.

Om hierdie opstelle (wat almal voorheen gepubliseer is) af te rond, word 'n slotbeskouing (wat nie voorheen verskyn het nie) ingevoeg, waarin die plek van die regter in die staatsbestel en die normatiewe krag van die grondwet kortliks behandel word.

Dit is onvermydelik dat 'n versameling van verskeie publikasies in 'n mate onsamehangend en herhalend sal wees. 'n Kort samevatting aan die einde van die boek, om die leser te oriënteer, was dus onontbeerlik. Dié verskyn in Engels.

Die toetsingsprobleme wat die Suid-Afrikaanse juris veral interesseer, word nie in die werk gedek nie. Die kort hoofstuk oor marginale toetsing op administratiefregtelike vlak het weinig by te dra tot 'n begrip van ons eie administratiefreg; die besondere probleme wat deur ons verskanste bepalings geskep is, word nie behandel nie; en die onlangse Rhodesiese krisis, waarin die toetsing van die rewolusionêre regering se maatreëls te berde gekom het, word insgelyks nie genoem nie. Nogtans is daar heelwat pitkos vir die Suid-Afrikaanse staatsregseleerde. Dit is veral insiggewend om die analitiese en regswetenskaplike benaderingswyse van die Vastelandse juris teë te kom by 'n bespreking van die Amerikaanse stelsel. Soos miskien verwag kon word, is die buitestaander se indrukke varser en sy kommentaar in die algemeen deurdringender as dié van diegene wat binne die stelsel leef. Nuttig is ook die kort uiteensettings van judisiële kontrole in Nederland, Frankryk en Duitsland.

Dit is interessant dat 'n deskundige soos Prakke, wat klaarblyklik diep in die ervaring van ander state gedelf het, negatief reageer op die voorgestelde wysiging in die *Proeve*. Hy plaas die bewyslas op die persone wat die verandering bepleit. Die feit dat a 66 van die Grondwet reeds 'n toetsing aan die bepalings van 'n verdrag wat deur Nederland gesluit is, en dus ook van die Verdrag van Rome 1950, ingestel het, is vir hom onvoldoende om die beoogde wysing te regverdig. Aangesien geen ander rede daarvoor aangevoer is nie, en hyself geen voordeel in die instelling van regterlike kontrole oor wetgewing kan vind nie, meen hy dat die voorstanders van die wysiging hulle nie van hul las gekwyt het nie.

Indien die wysiging wel aangebring sou word, sou hy verkies dat die regters wat kontrole uitoefen, toegelaat word om individuele instemmende of afwykende uitsprake te lewer; en dat die taak toevertrou word aan 'n spesiale hof buite die gewone hiërargie.

Toetsing het, net soos jazz, in Amerika ontstaan en in Europa mode geword. Die belangrikste konklusie van die skrywer is dat dit nie noodwendig 'n mode is wat verryk nie.

CWH SCHMIDT

Universiteit van Suid-Afrika

Kroniek

DIE VERENIGING VAN UNIVERSITEITSDOSENTE IN DIE REGTE VIERDE AGTIENMAANDELIKSE KONGRES KAAPSTAD JAN-FEB 1973

By bogenoemde week-lange kongres, wat in die altyd aangename atmosfeer van Kaapstad plaasgevind en van uitstekende en aktuele referate sowel as aangename sosiale omgang geskitter het (nagenoeg 100 lede het deelgeneem), is die volgende nuwe raad gekies:

<i>President</i> Prof WM van der Westhuizen (Stell)	Prof SJ du Plessis (Potch)
<i>Vise-president</i> Prof RC Beuthin (Rhodes)	Prof L Gering (D/Westville)
<i>Uittredende president</i> Prof E Kahn (Wits)	Prof WA Joubert (SA)
Prof B Beinart (Kaap)	Prof AS Mathews (Natal)
Prof ML Benade (SA)	Prof PD Oelofsen (Zoeloeland)
Prof MA Boehmke (Wes-Kaap)	Prof CWH Schmidt (SA)
Prof AC Cilliers (PE)	Prof SWJ van der Merwe (RA)
Dr WHB Dean (Rhodes)	Prof JNR van Rhyn (OVS)
Prof AB de Villiers (Stell)	Prof JCW van Rooyen (Pret)
Prof FA de Villiers (Fort Hare)	Prof R verLoren van Themaat (Noorde)
Prof W de Vos (Kaap)	<i>Sekr/penningmeester</i> Prof CG van der Merwe (SA)
Prof CJH Dugard (Wits)	<i>Ass/sekr.</i> Mnr J Neethling (SA) □

REDAKSIE

Professor CWH Schmidt het by die Januarie-vergadering van die bestuur van die *Vereniging Hugo de Groot* aangekondig dat hy uittree as assistent-redakteur van die *Tydskrif*. Hy wil daarmee die noue verband wat hy sedert November 1966 met die *Tydskrif* gehad het, nie verbreek nie.

Ondergetekende is gevra om voort te gaan met die behartiging van die redaksionele werk. Hy gebruik graag die geleentheid om te sê dat samewerking met sy kollega in die uitvoerende redaksie altyd stimulerend en 'n plesier was, en dat Chris Schmidt met sy bydrae in ons wye leserkring groot waardering verdien het.

WA JOUBERT

BUTTERWORTH-PRYS

Dit doen die redaksie genoë om aan te kondig dat die Butterworth-prys vir die beste eerstelingbydrae van 1972 toegeken is aan

F VENTER

op grond van sy bydrae *Die Staatspresident se Posisie in die Bantoe-staatsreg*.

Die Butterworth-prys - regsboeke ter waarde van R60 - word deur die uitgewers 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 Suid-Afrikaanse reg handel. Die manuskrip moet getik en in alle opsigte persklaar wees. Die redaksiekomitee behartig die beoordeling aan die einde van elke kalenderjaar. Die redaksiekomitee 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 bydraes van 'n besondere outeur kan gesamentlik in aanmerking geneem word. □

Die *actio de pastu*

CG van der Merwe

Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

The *actio de pastu* is one of the remedies available for damage caused by the grazing of animals. The *actio* is apparently derived from the Twelve Tables. Roman-Dutch writers recognised the *actio* and in 1961 the Transvaal Supreme Court confirmed, after it had been doubted earlier, that the *actio* was part of South African law. The Rhodesian Appeal Court confirmed this view in 1971. There has been no consensus regarding the basis of the *actio*. Was it a form of vicarious liability based on ownership of the animals or was it a remedy that required fault on the part of the owner? The writer discusses Roman law and Roman-Dutch law authorities in support of the former view. The requirements of the *actio* are then adduced. In South African law the action lies for all damage caused by the grazing of such animals as can cause damage by grazing, which must have taken place on the property of another. It seems that the actual patrimonial loss suffered can be recovered. Any person who has a real or personal right in respect of the land grazed upon can institute the action. No concrete authorities exist on what defences are valid against the *actio*. The writer provides tentative suggestions. The relationship of the *actio de pastu* to the pound laws is then discussed.

INLEIDING

Een van die remedies vir skade veroorsaak deur diere is die *actio de pastu*,¹ wat vir skade veroorsaak deur afweiding ingestel kan word. Anders as in die geval van die bekende *actio de pauperie* bestaan daar weinig besonderhede omtrent die *actio de pastu*. Die doel van hierdie artikel is om die karige besonderhede omtrent hierdie remedie sover as moontlik te sistematiseer.

Heel waarskynlik is die *actio de pastu* afkomstig uit die Twaalf Tafels. Die teks van Ulpianus² waarop in hierdie verband gewoonlik 'n beroep gedoen word, is nie op sigself deurslaggewend vir so 'n standpunt nie. Sowel die feit dat die vroeë Romeine ongetwyfeld op landbou aangewese was³ as die feit dat verskeie ander antieke reg-

¹Die ander remedies vir skade veroorsaak deur diere is die *actio de pauperie* vir skade veroorsaak deur huisdiere en die aedilisiëse edik (*edictum de feris*) vir skade veroorsaak deur wilde diere. Daarbenewens kan die *actio legis Aquiliae* ingestel word vir skade veroorsaak deur die skuldige optrede van die eienaar of beheerder van die dier.

²D 19 5 14 3.

³Glötz *Le Travail dans la Grèce ancienne* (1920) 43; Voigt *Die römischen Privataltertümer* (1893) 296 e v; Sien verder M Porcius Cato *De agri cultura passim*; M Terentius Varro *Rerum rusticarum* III; M Junius Moderatus Columella *De re rustica*; Juvenalis *Saturnalia* 14 145.

stelsels wel bepalings met betrekking tot afweiding gehad het,⁴ maak dit egter baie waarskynlik dat die Twaalf Tafels wel sodanige bepalings bevat het.⁵

Die *actio de pastu* is in die klassieke en na-klassieke Romeinse reg⁶ erken en ook deur ons Romeins-Hollandse skrywers⁷ as remedie vir skade veroorsaak deur diere aanvaar. Ook in die Suid-Afrikaanse regspraak het die *actio de pastu* die basis van die beslissings in *Thompson v Schietekat*⁸ en *Crous v Jaffe Bros*⁹ gevorm en die gelding daarvan is in verskeie *dicta*¹⁰ bevestig. Voor 1961 was dit egter onseker of die aksie wel deel van die Suid-Afrikaanse reg gevorm het. Die redes hiervoor is tweërlei. Ten eerste is in vroeë hofsake keer op keer skadevergoeding weens afweiding toegestaan sonder dat uitdruklik vermeld is of dit ingevolge die *actio de pastu* of die Engelsregtelike „cattle-trespass”¹¹ gedoen is. Ten tweede het die uitvaardiging van die skutwette¹² ingevolge waarvan ook skadevergoeding vir afweiding geëis kon word, die *actio de pastu* op die agtergrond geskuif. In 1961 beslis regterpresident De Wet van die Transvaalse Hooggeregshof egter onomwonde in *Van Zyl v Kotze*¹³ dat die *actio de pastu* deel van die Suid-Afrikaanse reg vorm. Hierdie standpunt is in 1971 deur die Rhodesiese Appèlhof in *Heron v Skinner*¹⁴ bevestig.

DIE GRONDSLAG VAN DIE *ACTIO DE PASTU*

Oor die grondslag van die *actio de pastu* het altyd meningsverskil bestaan. Die kernvraag is of die *actio de pastu* ’n vorm van skuldlose aanspreeklikheid is wat op eienaarskap van die dier gebaseer word en of dit ’n remedie is wat skuld aan die kant van die eenaar vereis. Die mees resente standpunt in hierdie verband is dié van regterpresident

⁴*Babiloniese Kode van Hammurabi* par 57 en 58; Plato *Leges* 8 9 843.

⁵Vir rekonstruksie van die bepaling van die Twaalf Tafels sien Fliniaux „Actio de pastu” *Mélanges Cornil* I 247 op 248 vn 4 en 249 vn 1.

⁶*D* 19 5 14 3; *PS* 1 15 1; *C* 3 35 6.

⁷Van Leeuwen *Cens For* 31 3; Boeckelmann *ad D* 9 1 par 3; Voet 9 1 1 *Rechtsgeleerd Woordenboek, sub verbo damnum ab animalibus datum* 293.

⁸10 SC 46. Dit is nie duidelik of die regter dalk die aksie ingevolge „cattle-trespass” in gedagte gehad het nie.

⁹1921 OPD 2 (aksie in rekonvensie).

¹⁰*Le Roux v Fick* 1879 Buch 29 37; *Mason v Dibning* 20 SC 338 340; *Murray v Behr* 19 EDC 207 212; *Constant v Louw* 1951 4 SA 143(K) 148; *Coetzee and Sons v Smit* 1955 2 SA 553(A) 558.

¹¹*De Blanche v Zietsman* 1880 NLR 185(SC); *Westhuysen v Lotter* 1898 NLR 162. Laasgenoemde beslissing is definitief op die Engelsregtelike “cattle-trespass” gebaseer. Die feite waarna op bl 164 van die hofverslag verwys word, is dié van *Ellis v Loftus Iron Co* 1874 LR 10 CP 10.

¹²Sien *infra*.

¹³1961 4 SA 214 (T).

¹⁴1971 1 SA 399 (RA).

Macdonald in die Rhodesiese appèlhofbeslissing *Heron v Skinner*.¹⁵ In hierdie saak word beslis dat die eienaar slegs ingevolge die *actio de pastu* aanspreeklik is indien hy self of sy agent sy diere op 'n ander se grond gejaag het. Hoewel gesag vir sodanige standpunt in ons regsbronne gevind kan word, meen ek dat gesag vir die teenoorgestelde standpunt baie sterker is.

Die wortel van die onsekerheid omtrent die grondslag van die *actio de pastu* is in die skrale gegewens aangaande die aksie in die Romeinse reg geleë. Moderne Romaniste se houding teenoor die drie tekste wat na die aksie verwys, is dat een die standpunt steun dat skuld van die eienaar vir aanspreeklikheid vereis word terwyl die ander twee ten gunste van 'n vorm van skuldlose aanspreeklikheid uitgelê kan word. *D* 19 5 14 3 word as steun vir eersgenoemde standpunt aangehaal. Hierdie teks bepaal dat indien 'n persoon sy vee injaag om vrugte wat van sy buurman se bome op sy eie grond afgeval het, op te vreet, die buurman nie ingevolge die *actio de pastu* kan ageer nie omdat die vee nie op die buurman se grond oortree het nie, maar wel ingevolge 'n *actio in factum*.¹⁶ Van hierdie beslissing lei moderne Romaniste¹⁷ af dat indien die vee wel opsetlik in die buurman se weiveld gejaag is met die *actio de pastu* ageer kan word. Die tekste wat die standpunt steun dat die *actio de pastu* 'n vorm van skuldlose aanspreeklikheid is, is *Pauli Sententiae* 1 15 1 en *Codex* 3 35 6. In die teks van Paulus word die *actio de pastu* net soos die *actio de pauperie* as 'n noksale aksie beskou.¹⁸ Die kenmerk van 'n noksale aksie was dat die dier oorspronklik self as skadeveroorsaker gestraf is. Deur die Twaalf Tafels is hierdie

¹⁵1971 1 SA 399 (RA).

¹⁶In beginsel word die eienaar van die grond waarop die boom is ook eienaar van die akkers as dit afval. Omdat hy eienaar van die hoofsaak is, word hy ook eienaar van die bysaak. Daarom word die *actio in factum* in hierdie geval aan hom verleen. Die persoon wat eienaar van die grond is waarop die akkers geval het, kan slegs eienaar word indien hy 'n reg op die akkers gehad het soos byvoorbeeld wanneer hy mede-eienaar is van 'n boom wat op die grens groei. (Sien *D* 41 1 7 13 en *D* 41 1 8 *pr.*) In sodanige geval kan geen *actio in factum* teen hom ingestel word nie.

¹⁷Sien o a Lenel *Das edictum perpetuum* (1956) 193; Fliniaux a w 281.

¹⁸Die teks lui soos volg:

Si quadrupes pauperiem fecerit damnumve dederit quidve depasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni destinationem subeat aut quadrupendem dedat . . .

Verskeie bedenkinge word egter teen die klassieke egtheid van hierdie teks geopper. Eerstens word gesê dat die *Pauli Sententiae* 'n klassieke werk is wat baie deur die Visigote bearbei is. Hierdie argument is nie op sigself voldoende om die onegtheid van hierdie spesifieke passasie te bewys nie. Tweedens word beweer dat Paulus nooit sowel *pauperiem fecerit* as *damnumve dederit* sou geskryf het nie. Beide beteken dieselfde. Omdat *damnumve dederit* dus verdag is, kan dieselfde van *quidve depasta sit* gesê word. Waarom die Visigote so 'n groot verandering aan die oorspronklike teks sou aangebring het, word egter nie verklaar nie. 'n Mens kan ook nie as absolute dogma aanvaar dat 'n klassieke juris soos Paulus noodwendig altyd bondig geskryf het nie (sien bv die teks van Paulus in *D* 21 1 11).

wraakpraktyk gereduseer tot 'n aanspreeklikheid van die eienaar om òf die dier te oorhandig òf skadevergoeding te betaal. Aangesien skade deur afweiding in die algemeen so gering is, kan mens aanneem dat die opsie van die eienaar om die dier te oorhandig selde uitgeoefen is en mettertyd (dalk al in die klassieke Romeinse reg) in onbruik verval het. Sodoende het 'n vorm van skuldlose aanspreeklikheid gebaseer op eienaarskap uitgekristalliseer. Die *Codex*-teks waarna verwys is, bevat 'n *rescriptum*¹⁹ van keisers Diocletianus en Maximianus. Hierin herbevestig bogenoemde keisers dat in die geval van *depasta per iniuriam* (dws afweiding te wyte aan die skuld van die eienaar) die benadeelde nie belet moet word om met die *actio legis Aquiliae* te ageer nie. Implisiet in hierdie bepaling is dat met die *actio de pastu* in sodanige gevalle sowel as in gevalle waar geen skuld aan die kant van die eienaar was nie, ageer kan word.

Myns insiens kan die Romeinsregtelike posisie aangaande skade veroorsaak deur afweiding soos volg gerekonstrueer word. Die *actio de pastu* was die oudste remedie wat reeds vanaf die tyd van die Twaalf Tafels bestaan het. Hierdie remedie is primêr ingestel in gevalle waar 'n persoon sy vee op 'n ander se grond gejaag het en die vee skade deur afweiding veroorsaak het, maar het ook gegeld in gevalle waar die vee sonder medewerking van die eienaar op andermansgrond beland het. Hoewel die aksie oorspronklik suiwer noksaal was, het die opsie om die dier te oorhandig mettertyd in onbruik verval en kon met die aksie slegs skadevergoeding van die eienaar geëis word. Sedert 287 v C met die afkondiging van die *lex Aquilia* het die moontlikheid bestaan dat skadevergoeding vir afweiding ingevolge die *actio legis Aquiliae* geëis kon word mits skuld aan die kant van die eienaar bewys kon word. Aangesien skade veroorsaak deur afweiding *non corpore datum* (di nie deur direkte inwerking van die deliktspleger nie) geskied het, is hierdie soort skade nie deur die oorspronklike bepalings van die *lex Aquilia* gedek nie. Namate die *lex Aquilia* en sy analoë aksies egter uitgebrei is na meer indirekte gevalle van skadeveroorsoeking, het dit ook in geval van afweiding aanwending gevind. Dat hierdie stadium eers in die na-klassieke Romeinse reg bereik is, blyk uit die *rescriptum* van die keisers Diocletianus en Maximianus wat gebruikmaking van die *actio legis Aquiliae* in gepaste gevalle aanmoedig. Gesien in die lig van die voordele²⁰ wat 'n *actio utilis ex lege Aquilia* inhou, moes die *actio de pastu* spoedig hierna in onbruik verval het in gevalle waar afweiding as gevolg van die skuldige medewerking van die eienaar geskied het. In gevalle waar afweiding sonder enige skuld aan

¹⁹van 294 nC. Die teks lui: *De his, quae per iniuriam depasta contendis, ex sententia legis Aquiliae agere minime prohiberis.*

²⁰Die eiser was byvoorbeeld in geval van ontkenning op dubbele skadevergoeding geregtig.

die kant van die eienaar geskied, het die *actio de pastu* egter nog onverminderd gegeld.

In die Europese Romanistiese reg is eienaarskap eers na die rekonstruksie van die *Pauli Sententiae* deur Cuiacius²¹ in die sewentiende eeu as grondslag van die *actio de pastu* erken. Voor die 17e eeu het glossatore²² en ou Duitse skrywers²³ gemeen dat die *actio de pastu* slegs ingestel kon word indien die afweiding na die opsetlike gedraging van die eienaar (die doelbewuste injaag van vee) herlei kon word. Nadat die rekonstruksie van die *Pauli Sententiae* bekend geword het, stem sowel humaniste²⁴ as eksponente van die *usus modernus pandectarum*²⁵ en Nederlandse skrywers,²⁶ onder wie Romeins-Hollandse skrywers,²⁷ saam dat noksaliteit net soos in die geval van die *actio de pauperie* die grondslag van die *actio de pastu* vorm. Indien die dier dus sonder die medewerking van sy eienaar 'n ander se gras of gesaaides afwei, was die eienaar noksaal aanspreeklik om óf die dier te oorhandig óf skadevergoeding te betaal. Indien die eienaar egter skuld aan die afweiding gehad het, was hy ten volle aanspreeklik vir skade ingevolge die *actio legis Aquiliae utilis*. Waar die eienaar opsetlik die vee in die gesaaides van 'n ander gejaag het, was hy in sommige Duitse,²⁸ Franse²⁹ en Nederlandse³⁰ gebiede ook strafregtelik aanspreeklik vir sy misstap.

Met uitsondering van *Heron v Skinner*³¹ word *culpa* in geeneen van die Suid-Afrikaanse beslissings of *dicta* omtrent die *actio de pastu* as

²¹Sien Ankm *De Geschiedenis der „Actio Pauliana“* (1962) 190 vn 3.

²²Philius *Libellus de Preparatoriis Litium et Earum Preambulis* par 45; Anselmus de Orto *Iuris Civilis Instrumentum* par 64.

²³Oldendorp *Act* 19 par 4 Harprechtus *ad I 4 9* par 5.

²⁴Balduinus *cap* 15; Cuiacius *ad D 19 5 14 3 sub verbo in factum itaque*; Cuiacius *ad I 4 9 sub verbo pauperiem fecisse*; Rittershusius *cap* 38 *sub verbo de pastu pecoris*; Donellus 15 45.

²⁵Treutlerus *Disp* 18 *th* 2; Lauterbach *ad D 9 1* par 5; Struvius *ad D 9 1 ex* 14 par 3; Hoppius *ad I 4 9 pr sub verbo noxalis actio* 917; Boehmer *ad D 9 1* par 3; Leyser *ad D 9 1 Spec* 61 par 13. Sien ook Hellfeld *ad D 9 1* par 695. Strijkus *ad D 9 1* par 11 redeneer dat die grondslag van die aksie 'n skuldige gedraging is, maar Leyser *ibid* wys daarop dat dieselfde beginsel, naamlik dat die eienaar nie bo die waarde van sy dier belas behoort te word nie, ook ten opsigte van die *actio de pastu* geld. Daarom het die *actio de pastu* 'n noksale karakter.

²⁶Sien o a Zoesius *ad D 9 1* par 7.

²⁷Van Leeuwen *Cens For* 5 31 3; Boeckelmann *ad D 9 1* par 3; Voet *ad D 9 1 1*; *Rechtsgeleerd Woordenboek, sub verbo damnum ab animalibus datum* 293. Hierdie skrywers sê uitdruklik dat die aksie 'n noksale aksie is.

²⁸Sien Struvius *ad D 9 1 ex* 14 par 3.

²⁹Sien Domat 2 8 2.

³⁰Boeckelmann *ad D 9 1* par 3; Voet *ad D 9 1*; *Rechtsgeleerd Woordenboek, sub verbo damnum ab animalibus datum* 293.

³¹*supra*. In *Sephton v Benson* 1911 CPD 502 is wel *culpa* vereis. Hierdie saak het egter nie oor 'n geval van afweiding gegaan nie. Die Engelsregtelike remedie van „cattle-trespass” is met die *actio de pastu* verwar.

vereiste vir die aksie gestel nie. In 'n *obiter dictum* in *Constant v Louw*³² verklaar regter Ogilvie Thompson: „ . . . for, so far as I am aware, the absolute liability of the *actio de pastu pecoris* . . . was restricted to damage done by grazing.” Deur die selfstandige bestaan van die *actio de pastu* in *Van Zyl v Kotze*³³ te erken, veronderstel die Transvaalse hof ook dat skuld nie 'n vereiste vir die *actio de pastu* is nie.

In die lig van voorgaande kan die standpunt ingeneem in *Heron v Skinner* aangaande die grondslag van die *actio de pastu* nie as geldende Suid-Afrikaanse reg aanvaar word nie. Dat aanspreeklikheid ingevolge die *actio de pastu* 'n vorm van skuldlose aanspreeklikheid is, word ook deur ons moderne Suid-Afrikaanse skrywers erken.³⁴

VEREISTES VIR DIE *ACTIO DE PASTU*

Uit die skrale gegewens wat daar omtrent die *actio de pastu* bestaan, kan die volgende vereistes³⁵ vir die aksie afgelei word.

Ten eerste het die aksie slegs vir 'n sekere tipe skade gegeld, naamlik in gevalle van *pastus* of afweiding. Aangesien die afweiding van gesaaides wanneer dit in die nag geskied het met die doodstraf bestraf is en wanneer dit in die dag geskied het as *furtum* (diefstal) beskou is, het die *actio de pastu* oorspronklik slegs gegeld waar natuurlike gras, struik en vrugte afgevrete is. Namate die doodstraf egter as straf vir nagtelike afweiding van gesaaides verval het en namate die *lex Aquilia* gaandeweg na die beskadiging van alle sake uitgebrei is,³⁶ het die verskille tussen gesaaides en natuurlike produkte, ook wat die *actio de pastu* betref, reeds in die klassieke Romeinse reg vervaag. Die *actio de pastu* kon toe reeds ook in die geval van afweiding van gesaaides ingestel word.³⁷ In die Romeins-Hollandse reg is 'n *actio de pastu utilis* ook verleen in gevalle waar diere graan opvreet wat reeds afgeoes is.³⁸ Die skoolvoorbeeld is die geval waar 'n duif graan uit 'n stoor oppik.³⁹ Ook in die Suid-Afrikaanse reg kan ingevolge die *actio de pastu* vir alle skade veroorsaak deur vreet, geëis word⁴⁰ ongeag of dit gesaaides, struik,⁴¹ bome of gras is. Selfs skade gely deur die vreet van afge-

³²1951 4 SA 143 148.

³³*supra*.

³⁴Sien o.a. McKerron *The Law of Delict* 7e uitg (1971) 255; Macintosh and Scoble *Negligence in Delict* 5e uitg (1970) 166.

³⁵Vir die posisie in die Romeinse Reg sien Fliniaux *aw* 280 ev.

³⁶Sien byvoorbeeld *D* 9 2 27 25.

³⁷Fliniaux *aw* 284.

³⁸Voet *ad D* 9 1 2; *Rechtsgeleerd Woordenboek, sub verbo damnum ab animalibus datum* 293.

³⁹Sien o.a. Struvius *ad D* 9 1 *ex* 14 par 3.

⁴⁰*Thomson v Schietekat* 10 SC 46; *Van Zyl v Kotze* 1961 4 SA 214 (T). Verdere *dicta* in *Constant v Louw* 1951 4 SA 143 (K) 148 en *Coetzee v Smit* 1955 2 SA 553 (A) 558.

⁴¹*Van Zyl v Kotze* 1961 4 SA 214 (T).

oeste graan⁴² soos waar beeste 'n hoop lusern of sakke mielies opvreet, kan ingevolge die *actio de pastu* verhaal word.

Uit die feit dat die *actio de pastu* slegs in gevalle van afweiding geld, volg dit dat die aksie slegs op diere wat skade deur afweiding kan aanrig, toegepas word. Alle grasvretende diere word dus onder hierdie aksie betrek. Nie slegs viervoetige diere soos beeste, skape, perde, muile, bokke en varke word ingesluit nie, maar ook tweevoetige diere soos hoenders en voëls.

'n Verdere vereiste is dat die weiding op 'n ander persoon se grond moet geskied. Hiervolgens kan geen skadevergoeding geëis word indien die beeste byvoorbeeld 'n ander se sakke mielies op hul eienaar se eie grond opvreet nie.

Wat die omvang van die skadevergoeding betref, meen die ouere Europese Romanistiese skrywers⁴³ dat slegs die waarde van gesaaides op die tydstip van afweiding ingevolge die aksie geëis kan word. Die rede hiervoor is dat dit nie seker was of die plantjies ooit volle wasdom sou bereik nie. Ten minste twee Romeins-Hollandse skrywers,⁴⁴ onder wie Voet, aanvaar egter die standpunt van jongere skrywers dat die waarde van die toekomstige oes die werklike verlies is wat gely is en dat dit die skade is wat geëis kan word. So 'n standpunt sal heel waarskynlik ook deur die Suid-Afrikaanse reg aanvaar word.

Oorspronklik kon slegs die eienaar van die struik of gesaaides die *actio de pastu* instel. Dit was die posisie in die Romeinse reg en ook volgens Voet⁴⁵ in die Romeins-Hollandse reg. Dit behoort egter aanvaar te word dat die *actio de pastu* nie slegs aan die eienaar nie, maar aan enige persoon wat 'n saaklike of persoonlike reg ten aansien van die gesaaides het, toekom. In die lig hiervan behoort onder andere 'n serwituuthouer, 'n vruggebruiker en 'n huurder met die *actio de pastu* te kan ageer.⁴⁶

VERWERE TEEN DIE *ACTIO DE PASTU*

Daar bestaan geen konkrete gesag in die Romeinse, Romeins-Hollandse of Suid-Afrikaanse reg oor watter verwere teen die *actio de pastu* geldig is nie. Wat hier volg, is dus hoogstens bespiegeling.

'n Eerste verweer wat teen die *actio de pastu* opgewerp kan word, is oormag of sogenaamde „act of God.” Voorbeelde van 'n sodanige gebeurtenis is waar 'n buitengewone stormwind 'n hek omwaai, die

⁴²*Crous v Jaffe Bros* 1921 OPD 2.

⁴³Oldendorp Act 19 par 6; Mynsingieria *ad I* 4 9 *sub verbo contra naturam*; Zoësius *ad D* 9 1 par 7; Brunneman *ad D* 9 1 4.

⁴⁴Voet 9 1 1; *Rechtsgeleerd Woordenboek, sub verbo damnum ab animalibus datum* 293.

⁴⁵Voet 9 1 1.

⁴⁶*Heron v Skinner supra* 400. Vergelyk die analoë geval van „cattle-trespass” in die Engelse reg, veral *Wellaway v Courtier* 1918 1 KB 200.

vee ontsnap en die buurman se land afwei, of waar 'n weerligstraal so 'n terreur onder diere veroorsaak dat hulle 'n heining vertrap.⁴⁷

'n Verdere verweer teen die *actio de pastu* is skuld aan die kant van die benadeelde.⁴⁸ Aangesien daar geen gemeenregtelike verpligting op die eienaar van grond rus om sy grond te omhein nie, kan skuld aan die kant van die benadeelde in die vorm van 'n late om te omhein slegs opgewerp word indien 'n sodanige verpligting hom ingevolge statuut, verjaring of ooreenkoms opgelê is. Dit is egter te betwyfel of elke nalate om toe te sien dat die omheining diere sal uithou as skuld aan die kant van die benadeelde beskou sal word. Myns insiens behoort skuld aan die kant van die benadeelde in sodanige omstandighede slegs as verweer aanvaar te word indien die eienaar bewus was van die swak plek in die heining en ongeag die moontlikheid van skade deur afweiding geen stappe geneem het om die heining te herstel nie. Die blote feit dat grond nie omhein is nie of dat heinings verval het, is nie op sigself voldoende om skuld aan die kant van die benadeelde te bewerkstellig nie.⁴⁹

Skuld aan die kant van 'n derde kan ook as verweer teen die *actio de pastu* opgewerp word.⁵⁰ In sodanige omstandighede is die derde natuurlik ingevolge die *actio legis Aquiliae* aanspreeklik omdat hy die skade skuldiglik veroorsaak het. Die eienaar van die dier behoort egter nog steeds subsidiêr ingevolge die *actio de pastu* aanspreeklik te wees behalwe in gevalle waar die benadeelde bewus was van die gedraging van die derde of dit redelikerwys behoort te voorsien het.

VERHOUDING VAN DIE *ACTIO DE PASTU* TOT DIE SKUTWETTE

Die bevoegdheid van 'n eienaar van grond om diere wat op sy grond oortree, te skut, is 'n Germaansregtelike verskynsel wat afgelei is van die oorspronklike bevoegdheid om sodanige diere te dood.⁵¹ Hierdie Germaansregtelike instelling is reeds vanaf die tyd van Baldus⁵² erken en Europese Romanistiese skrywers van die twaalfde tot die agtiende eeu, onder wie talle Romeins-Hollandse skrywers,⁵³ erken

⁴⁷Sien ook Macintosh and Scoble a w 167; Williams *Liability for Animals* (1939) 184-185 waar hy die verwere teen die Engelsregtelike „cattle-trespass” bespreek.

⁴⁸Macintosh and Scoble a w 167.

⁴⁹*Bos v Whyte* 1906 EDL 313.

⁵⁰Sien die analoë verweer by „cattle-trespass;” *M'Gibbon v M'Curry* 1909 43 ITLR 132; *Smith v Stone* 164 7 Style 69. Sien egter Fleming *The Law of Torts* (1965) 3e uitg 323. Sien ook Carey Miller 1971 *SALJ* 179.

⁵¹Sien o a Brunner *Deutsche Rechtsgeschichte* II 2e uitg (1928) 699; Graff und Dietherr *Rechtsprichwörter* 304.

⁵²*ad D* 9 1 *additio* 2.

⁵³o a Van Leeuwen *Cens For* 5 31 4; Voet 9 1 3; Van der Linden *Notae ad Voet* 9 1 3.

die bevoegdheid van die benadeelde om oortredende vee ingevolge Germaansregtelike en plaaslike praktyke te skut.

Sedert die „Ordinance for the better Regulation of Pounds and Prevention of Trespasses”⁵⁴ in 1847 aan die Kaap uitgevaardig is, bestaan die praktyk om vee wat op anderman se grond oortree, te skut ook in Suid-Afrika. Sedertdien is skutwette wat op Engelsregtelike sowel as Romeins-Hollandsregtelike beginsels geskoei is in al vier die provinsies afgekondig.⁵⁵ Ingevolge die moderne Suid-Afrikaanse reg het die eienaar van grond waarop diere oortree dus ’n drieërlei⁵⁶ keuse: hy kan die diere van sy grond afjaag;⁵⁷ hy kan hulle na die naaste skut jaag en skadevergoeding ingevolge die skutwette eis; of hy kan ’n gewone skadevergoedingsaksie (die *actio de pastu*) instel.

Hoewel dit ook nie ingevolge die skutwette nodig is om skuld van die eienaar van die oortredende dier te bewys nie,⁵⁸ is dit tog in sommige opsigte voordeliger om ingevolge die skutwette as ingevolge die *actio de pastu* te ageer. Indien dit nie bekend is wie die eienaar van die oortredende vee is nie, is dit nie nodig om eers sy identiteit vas te stel voor die diere na die skut gejaag word nie.⁵⁹ Deur die vee te skut, verkry die benadeelde verder saaklike sekerheid dat die grootste gedeelte van, of al sy skade op ’n latere tydstip vergoed sal word. Die tipe skadevergoeding wat geëis kan word, is ook nie beperk tot skade deur afweiding nie.⁶⁰ Die skutwette bevat byvoorbeeld spesifieke bepalinge ten opsigte van skade gelyk as gevolg van die oordrag van aansteeklike siektes⁶¹ en die ongeleë dekking van merries, koeie en ooie.⁶² Die administratiewe prosedure ingevolge die skutwette is verder goedkoper en spoediger as die aksieprosedure ingevolge die *actio de pastu*. Slegs in

⁵⁴Ordonnansie 16.

⁵⁵Kaapprovinsie: Ord 18 van 1938; Ord 19 van 1955; Transvaal: Ord 7 van 1913; Oranje-Vrystaat: Ord 18 van 1952; Natal: Ord 32 van 1947. Vir ’n toepassing van die skutwette sien o.a. *Behr v Murray* 2 AC 302; *Stuurman v Van Rooyen* 10 SC 35; *R v Ntlonga* 19 SC 233; *Conradie v Gray* 21 SC 454; *Murray v Behr* 19 EDC 207; *Maquetuka v Maquetuka* 1913 CPD 71.

⁵⁶Soos deurgaans word die *actio legis Aquiliae* weer buite rekening gelaat.

⁵⁷Die eienaar het nie die reg om diere in ’n private kamp te skut nie: *Edwards v Hyde* 1903 TS 381; *Murray v Behr* 19 EDC 207; *Crous v Jaffe Bros* 1921 OPD 2; *Trystam v Knight* 1922 NPD 186; *Maasdorp Institutes of South African Law* IV (1963) 52.

⁵⁸Verskeie *dicta* noem die aanspreeklikheid ingevolge die skutwette ’n absolute aanspreeklikheid: *Kock v Klein* 1933 OPD 194 197; *Constant v Louw* 1951 4 SA 143 (C) 148 ev. Sien verder Kaapprovinsie: a 23 Ord 18 van 1938; Transvaal: a 24 (1) Ord 7 van 1913; Oranje-Vrystaat: a 18 (1) Ord 18 van 1952; Natal: a 16 (1) Ord 32 van 1947.

⁵⁹Sien *Murray v Behr* 19 EDC 207 212.

⁶⁰*Jordaan v Bowen* 1940 CPD 155 158; *Constant v Louw* 1951 4 SA 143 (C) 148.

⁶¹Kaapprovinsie: a 37 en 38 Ord 18 van 1938.

⁶²Kaapprovinsie: a 41 Ord 18 van 1938; Transvaal: a 4 Ord 7 van 1913; Oranje-Vrystaat: a 45 Ord 18 van 1952; Natal: a 28 Ord 32 van 1947.

die geval van skade veroorsaak deur varke, pluimvee en duiwe blyk dit voordeliger te wees om die *actio de pastu* in te stel. Ingevolge bepalings van die skutwette⁶³ mag die eienaar van grond hierdie diere doodmaak, maar niks word gerep van skadevergoeding wat geëis kan word nie.⁶⁴ Ingevolge die *actio de pastu* kan skade wat hierdie diere deur vreet veroorsaak wel opgeëis word.⁶⁵

Die skutwet van die Kaapprovinsie⁶⁶ sowel as dié van Natal⁶⁷ bevat bepalings wat daarop dui dat die *actio de pastu* en die aksie ingevolge die skutwette nie kumulatief is nie. Maasdorp⁶⁸ meen dat dit ook die posisie in die Transvaal en die Vrystaat is. □

*Wie het die wilde-esel so vry laat loop? En wie het die bande van die woestyn-esel losgemaak?
Vir hom het Ek die wildernis sy huis gemaak en die brak land sy woonplek.
Hy lag oor die gewoel van die stad; die geskreue van die drywer hoor hy nie.
Die omgewing van die berge is sy weiveld; en al wat groen is, soek hy uit.*

JOB 39 8-11

⁶³Kaapprovinsie: a 24 Ord 18 van 1938 (varke, pluimvee en duiwe); Transvaal: a 46 Ord 7 van 1913 (varke en pluimvee); Oranje-Vrystaat: a 48 Ord 18 van 1952 (varke of pluimvee); Natal: a 31 Ord 32 van 1947.

⁶⁴'n Uitsondering is a 48 Ord 18 van 1952 waarvolgens die eienaar 'n skadevergoedingseis behou.

⁶⁵*Crous v Jaffe Bros* 1921 OPD 2.

⁶⁶a 74 Ord 18 van 1938. Sien verder *Mason v Dibning* 20 SC 338; *Jordaan v Bowen* 1940 CPD 155.

⁶⁷a 44 Ord 32 van 1947.

⁶⁸Aw 52. Sien ook Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* 2e uitg (1970) 297.

Emotional shock - why the Cartesian distinction?

DJ McQuoid-Mason

*University of Natal, Durban**

*"The Cartesian distinction between mind and matter for a long time had an obdurate influence on man's thinking. The inter-relation of mind and body was little understood and often unacknowledged. But this position has given way in medicine and should, I think, give way in law."*¹

In *Bester v Commercial Union Versekeringsmaatskappy*² plaintiff sued *inter alia* for damages suffered by himself and his minor son as a result of the child witnessing the death of his younger brother due to the negligence of the driver insured by defendant. Plaintiff's two minor sons Deon (aged 10 years) and Werner (aged 6 years) ran across the road in front of the insured's motor-car with the result that Werner was run down and killed. Although Deon was unscathed by the accident he suffered a severe shock and required intensive psychiatric treatment. Whereas prior to the tragedy the boy had been a happy friendly extrovert who did well at school, he was transformed into a whining aggressive introvert who fell behind in his school work and suffered from sleeplessness and nightmares which culminated in screaming. Evidence was led that he would require intensive psychotherapy until he reached puberty - although the cost of such treatment would not be very high.

After dismissing the English authorities on nervous shock as being of little assistance³ and referring to several South African cases (without analysing them), Henning J stated that it was unnecessary to consider factors such as causal connection, foreseeability or remoteness, and that he was merely concerned with the nature of the damage and not the original cause of its existence.⁴ He went on to say:

*Cf discussion of *Bester's* case in *Vonnisse* below.

¹Windeyer J in *Mount Isa Mines Ltd v Pusey* (1971) 45 Aust LJR 88 at 96.

²1972 1 SA 68 (D).

³at 72.

⁴at 73.

“Dit kom my voor dat volgens die beginsels van die *lex Aquilia* soos vertolk en toegepas in ons howe, die regsposisie soos volg is:

- (a) Skadevergoeding vir skok of psigologiese steuring wat ontstaan uit nalatigheid of ’n onregmatige daad van ’n ander is nie verhaalbaar nie indien die skok of steuring nie ontstaan as gevolg van fisiese besering of indien dit nie ten gevolge het ’n belemmering van fisiese organisme nie, dit wil sê, fisiese onbekwaamheid of benadeling van liggaamlike gesondheid.
- (b) Hierdie beginsel geld ongeag of die skok en lyding te wyte is aan direkte bedreiging van ’n persoon se welsyn of aan die aanskouing van ’n ongeval waarin ’n ander beseer of beswyk, wat hulle verwantskap ook al mag wees.”⁵

The judgment gives expression to two contentious propositions:

- (a) the shock must result in *physical disability or deterioration in bodily health*;
- (b) The victim of the shock *need not fear for his or her own safety*.

This article is concerned with the first of these contentious issues and two aspects will be considered:

I Whether there is authority in our law for the proposition that damages for physical injury are alone recoverable;

II Whether “psychic injury” can be distinguished from “physical injury.”

I AUTHORITY

It is clear that in Roman-Dutch law there was no recognition of emotional shock as an actionable injury under the extended Aquilian action. In Roman law only patrimonial loss was recoverable, and although the same principle was applied in Roman-Dutch law, in the case of bodily injury (whether caused intentionally or negligently), a plaintiff was entitled to recover damages for pain and suffering.⁶ Any claims for sentimental damages or hurt to feelings which had been caused intentionally had to be brought under the *actio iniuriarum*. This *actio* provided a *solatium* for any mental suffering on the part of the plaintiff, where his feelings had been outraged or his honour insulted - but only if done intentionally.⁷ The probable reason for this was that until the dawn of the twentieth century there was insufficient medical or psychiatric evidence to distinguish pain and suffering and mere transient fright or even sentimental damages from nervous shock resulting in psychiatric illness. Any attempt to claim for nervous shock where physical injury resulted could be accommodated within the broad category of “pain and suffering” - but if no physical injury resulted

⁵at 73.

⁶*Pauw v African Guarantee & Indemnity Co Ltd* 1950 2 SA 132 (SWA) at 135.

⁷*Waring & Gillow Ltd v Sherborne* 1904 TS 340 at 348.

such shock would be regarded as sentimental damage which was not recoverable under the *lex Aquilia*. On the other hand if the nervous shock arose from an intentional wrong there was no difficulty as it was regarded as part of the *solatium* for hurt feelings, anxiety or fear which was recoverable under the *actio iniuriarum*.⁸

As there was no authority in our law for the treatment of emotional shock other than within the broad principles of the *lex Aquilia* and *actio iniuriarum*, and as many of the earlier South African judges had received legal training in England, it was perhaps to be expected that they would consult the English authorities when confronted with such problems. A further factor probably influencing them was that English law was one of the few familiar legal systems which had attempted any detailed analysis of the problem. Although extensive reference was often made to the English cases, our judges were always careful to point out that they were applying the principles of Roman-Dutch law.⁹ Nonetheless in *Mulder v South British Insurance Co Ltd*,¹⁰ which contains the most thorough analysis of the problem of emotional shock in South African case law to date, a major part of the judgment was concerned with developments in Anglo-American law.

Because of the importance of the English law influences (albeit often unacknowledged) the attitude of the English courts concerning the requirement of "physical injury" in emotional shock cases will be discussed before considering the approach of the South African courts.

A English law

In the beginning the English courts regarded damage resulting from emotional shock whether caused intentionally or negligently as too remote.¹¹ Later, however, where the nervous shock resulted in physical injury - whether caused intentionally¹² or negligently¹³ - if plaintiffs established that a duty was owed to them by the defendants they could recover. However, as early as 1901, when presumably psychiatry was still in its infancy, in *Dulieu v White*¹⁴ during a discussion of emotional shock resulting in physical injury, Kennedy J felt constrained to add:

"I should not like to assume it to be scientifically true that a nervous shock which causes serious bodily illness is not actually accompanied by physical injury, although it may be impossible, or at least difficult, to detect the injury

⁸*Els v Bruce* 1922 EDL 295 at 298.

⁹See below at 120 f.

¹⁰1957 2 SA 444 (W).

¹¹*Victoria Railway Commissioners v Coultas* (1888) 13 AC 222.

¹²*Wilkinson v Downtown* 1897 2 QB 57.

¹³*Dulieu v White* 1901 2 KB 669.

¹⁴*supra*.

at the time in the living subject. I should not be surprised if a surgeon or physiologist told us that *nervous shock is or may be in itself an injurious affection of the physical organism.*"¹⁵

By 1924 the English courts had begun to realize that it was not always possible to distinguish "physical" injury from "mental" injury. In *Hambrook v Stokes Bros*¹⁶ defendants had allowed their truck to career down a steep hill with its engine running. Plaintiff's wife who was pregnant at the time and who had just left her children round a corner, suffered a severe emotional shock arising from her fear for the safety of her children after she had heard that a child answering the description of one of hers had been knocked down. The shock caused serious haemorrhaging which eventually resulted in her death. Atkin LJ said *inter alia*:

"At one time the theory was held that damage at law could not be proved in respect of personal injuries, unless there was some injury which was variously called 'bodily' or 'physical,' but which necessarily excluded an injury which was only 'mental.' There can be no doubt that at the present day this theory is wrong. It is perhaps, irrelevant to discuss at length how it arose. It may be due . . . in part to *the law following a belated psychology which falsely removed mental phenomena from the world of physical phenomena.*"¹⁷

Similar sentiments were expressed in the classic case of *Bourhill v Young*¹⁸ where the plaintiff, a pregnant Glasgow fishwife, had suffered a miscarriage as a result of hearing the noise of a collision and afterwards seeing some blood, although she herself had neither witnessed the accident nor had been in any danger. Although it was held that there was no duty owed to her by the deceased, Lord Macmillan said:

"The distinction between mental shock and bodily injury was never a scientific one, for *mental shock is presumably in all cases the result of, or at least accompanied by, some physical disturbance in the sufferer's system.*"¹⁹

Since these cases there appears to have been a steady stream of judicial *dicta* which indicate that it is impossible to separate physical illness from mental illness and that physical injury should in fact include psychic injury.

In *Bebrens v Bertram Mills Circus Ltd*²⁰ the plaintiff, a midget, suffered a shock when the entertainment booth in which he was performing was knocked over and destroyed by a circus elephant. Devlin J (as he then was) is reported as saying:

"When the word 'shock' is used . . . it is not in the sense of mental reaction but in a medical sense as the equivalent of nervous shock . . . I appreciate that

¹⁵*supra* at 677. My italics.

¹⁶1924 All ER 110.

¹⁷at 114 f. My italics. Cf *Owens v Liverpool Corporation* 1938 4 All ER 727 at 730 f.

¹⁸1942 2 All ER 396.

¹⁹at 405. My italics.

²⁰1957 1 SA All ER 583.

it is now becoming increasingly difficult to define the boundaries of mental ill health."²¹

In *Chadwick v British Transport Commission*²² plaintiff suffered a "catastrophic neurosis" as a result of assisting in rescue operations after a railway disaster in which 90 people had been killed. Waller J remarked:

"Modern medicine recognizes mental illness in a variety of forms . . . neurosis of one kind or another is a frequent visitor to the courts in claims for damages for personal injuries."²³

Finally in *Hinz v Berry*²⁴ plaintiff suffered from severe "morbid depression" after seeing her husband killed and her children injured as a result of a ghastly accident which had occurred at a lay-by where their vehicle was parked and while she was picking bluebells nearby with one of her children. Lord Denning MR set out the law as follows:

"In English law no damages are awarded for grief or sorrow caused by a person's death. No damages are to be given for the worry about the children, or for the financial strain or stress, or the difficulties of adjusting to a new life. Damages are however recoverable for nervous shock, or to put it in medical terms, for any *recognized psychiatric illness* caused by the breach of duty by the defendant."²⁵

From the foregoing it appears that Fleming is correct when he states that in English law a plaintiff may recover if the emotional shock has resulted in "some organic damage, like a miscarriage, coronary thrombosis or stroke, or in severe psychic injury like hysteria or neurosis."²⁶

B South African law

In spite of Henning J's assertion in *Bester's* case that the problem of emotional shock in our law could be disposed of by merely considering the South African cases,²⁷ an analysis of these cases reveals that in fact our courts have been considerably influenced by the Anglo-American law. Even though the judges have been careful to point out that they were guided by Roman-Dutch law principles it seems clear that they must have taken some cognisance of developments in English law.

In *Waring & Gillow Ltd v Sberborne*²⁸ plaintiff, on learning of her husband's death at a building site, suffered a severe shock which

²¹at 596.

²²1967 2 All ER 947.

²³at 952.

²⁴1970 1 All ER 1074.

²⁵at 1075. My italics.

²⁶JG Fleming *Law of Torts* 4 ed (1971) at 149.

²⁷at 72.

²⁸1904 TS 340.

resulted in a miscarriage. Although on the facts the damage suffered was held to be too remote, Innes CJ approved²⁹ the view of Kennedy J in *Dulieu v White* that a person could recover for nervous shock resulting in physical injury. It is clear from the judgment in *Waring & Gillow's* case that the court was careful to distinguish transient feelings of anxiety or fright or hurt for which a *solatium* could be recovered under the *actio iniuriarum*, from physical injury or suffering resulting from mental or nervous shock.³⁰ The learned Chief Justice stated that although no *solatium* was recoverable under the *lex Aquilia* the question of nervous shock was "not equally simple"³¹ - but unfortunately the court did not find it necessary to make any analysis of the problem.

In *Sueltz v Bottler*³² plaintiff saw her husband knocked down through defendant's negligence with the result that although she herself was in no danger, she suffered a miscarriage. While Graham JP was not prepared to hold that our courts should follow *Dulieu v White* in respect of liability for emotional shock resulting in physical injury without impact, he found Kennedy J's limitation that the plaintiff must fear for his own safety "very apposite."³³ On the facts he held that the damage was too remote.

The plaintiff (a doctor) in *Hauman v Malmesbury Divisional Council*³⁴ had the misfortune to be driving along a road at a time when unbeknown to him blasting operations were being conducted in the immediate vicinity. After being bombarded by flying debris while sitting in his car and being exposed to further explosions while talking to the defendant's overseer, plaintiff hastily left the area in great alarm. The experience caused a severe shock which affected his brain and nervous system with the result that he suffered considerable pain, required expert medical advice and eventually had to give up much of his practice. In finding for the plaintiff Kotze J approved Kennedy J's dictum in *Dulieu v White* that a person could recover for damage caused through nervous shock.³⁵ Although counsel for the defendants had cited *Sueltz v Bottler* in his argument, the learned judge made no reference to any South African authorities. In spite of the glaring lack of both Roman-Dutch and South African authorities Kotze J's directions to the jury included the following:

"But whatever the common law of England may be, we have to decide this question according to our own law. According to the Roman-Dutch law the plaintiff is entitled . . . to recover damages for nervous shock, the result of

²⁹at 348-9.

³⁰at 348.

³¹at 348.

³²1914 EDL 176.

³³at 180.

³⁴1916 CPD 217.

³⁵at 220.

fright inspiring apprehension of personal injury to himself, caused by the defendant's negligence, where the *nervous shock directly impaired and injured his bodily health and strength, in other words, where it has affected his physical organism.*"³⁶

The learned judge had previously made a similar statement on liability for nervous shock,³⁷ but there was no authority offered for either proposition. In the light of the difficulties hinted at by Innes CJ in *Waring & Gillow's* case the learned judge could surely not have regarded his statement as trite law! Kotze J did not describe the nature of the plaintiff's illness but it seems that he considered it to be "physical" and thus found it unnecessary to enlarge on the meaning of physical injury in the sense of impairing a person's "bodily health" or "physical organism."³⁸ As no authority was given for the proposition it is submitted that a blunt statement by the judge that he was applying the principles of Roman-Dutch law is not sufficient to become, without further analysis, persuasive precedent for a future court of equal standing.

Hauman's case was subsequently mentioned in passing and without comment by Barry J in *Creydt-Ridgeway v Hoppert*.³⁹ The learned judge in fact referred directly to, and applied,⁴⁰ Kennedy J's dictum in *Dulieu v White*. Plaintiff had been bitten by defendant's dog and the court was not faced with the problem of emotional shock without physical injury although it did consider the aggravated effect of the plaintiff's nervous condition.⁴¹

The next case to deal with damages for nervous shock was *Layton & Layton v Wilcox & Higginson*⁴² where plaintiff, who was seven months pregnant, alleged that she had suffered a shock on hearing that her minor child had died under an anaesthetic while undergoing an operation without her consent. The only evidence of the effect of the shock was that that plaintiff had been compelled to rest the afternoon after the funeral and subsequently on several occasions, but she had been able to continue her household chores. There were no complications attending the birth of her baby two months after the tragedy. The court held that although there may have been transient feelings of sentimental loss and suffering

"there was no evidence of any *impairment of bodily health* which could be definitely attributed to the shock she received."⁴³

³⁶at 220. My italics.

³⁷at 219.

³⁸Concerning the interpretation of "bodily health" and "physical organism," see below at 131 f.

³⁹1930 TPD 664.

⁴⁰at 666.

⁴¹at 667. See below.

⁴²1944 SR 48.

⁴³at 51. My italics.

Clearly on the facts the decision was correct, as plaintiff had suffered neither physical nor psychiatric illness. However, apart from a fleeting reference to *Bourhill v Young*⁴⁴ from the duty aspect, no consideration was given to any other English or South African emotional shock cases. It is submitted that there is nothing in the above dictum to indicate that injury must be physical as opposed to mental.⁴⁵

In *Marshall v Southern Insurance Assoc Ltd*⁴⁶ plaintiff had suffered a back injury in a motor-cycle accident which had also caused nervous shock largely due to her mental make-up. The court held that she could recover as there was also physical injury:

“[T]he physical injury she suffered [had] disturbed her nervous system. Nerves can be and often are, devastating, in their results upon physical well-being.”⁴⁷

Although it was unnecessary to discuss damages for nervous shock apart from physical injury it was clear that the court considered such shock as a form of injury which could have a disastrous effect on a person’s “physical well-being” - but again there was no reference to developments in South African and English law.

The plaintiff in *Paauw v African Guarantee & Indemnity Co Ltd*⁴⁸ was a dentist who had been injured in a collision and had sued *inter alia* for loss of amenities including the “loss of joy and pleasure” which he had received from his work. His action failed as these losses were sentimental and only recoverable under the *actio iniuriarum*. After distinguishing the *actio iniuriarum* from the *lex Aquilia* Van Zyl AJ said:

“Therefore provided mental suffering or loss of amenities arise out of and flow naturally from the physical injury done compensation can be given under the *lex Aquilia*”.⁴⁹

Although the court was not concerned with emotional shock the above statement appears to have been cited by Henning J in *Bester’s* case as supporting the view that an action under the Aquilian law will only succeed if there is physical injury to the plaintiff.⁵⁰ However, as the learned judge in *Paauw’s* case had been discussing Innes CJ’s distinction between the Aquilian action and the *actio iniuriarum* in *Waring & Gillow’s* case, the above dictum clearly refers to damages for pain and suffering and not damages resulting from emotional shock.⁵¹ There was no discussion of the emotional shock authorities in Van Zyl

⁴⁴*supra*.

⁴⁵See below at 124 ff.

⁴⁶1950 2 PH J 6.

⁴⁷*ibid*.

⁴⁸1950 2 SA 132 (SWA).

⁴⁹at 136.

⁵⁰*Bester v Commercial Union Versekeringsmaatskappy supra* at 72.

⁵¹*Paauw’s* case at 135.

AJ's judgment and the court was solely concerned with damages for sentimental loss.

*Mulder v South British Insurance Co Ltd*⁵² was the first (and, thus far, only) case to make a detailed analysis of the authorities for damage caused by emotional shock - although it was not concerned with the nature of the injury but rather with how the claim should be limited. Plaintiff in response to the screaming of children had looked out of the window of her house in time to witness the death of her four-year-old son whose head had been crushed by a passing bus. She suffered nervous shock which resulted in "psychological and physical incapacity."⁵³ De Wet JP carefully considered the Anglo-American authorities (after very briefly mentioning some of the South African cases) and concluded that the plaintiff could not recover as she had not feared for her own safety. There was no discussion of "physical injury" as a requirement in a successful action for damages resulting from emotional shock and the learned judge merely said:

"It is unnecessary for me to discuss whether damages are recoverable for nervous shock unaccompanied by illness."⁵⁴

There is merit in the court's choice of "illness" rather than "physical illness" as this may perhaps be construed as implying that the word includes any form of illness, whether physical or psychiatric. In any event as there was no discussion of the type of damage inflicted, *Mulder's* case is no authority for the requirement of actual physical injury to ground liability for emotional shock. On the contrary the implication of De Wet JP's dictum above is that the matter is still open.

C Conclusion

From the above analysis of the South African cases it is clear that neither *Waring & Gillow's* case nor *Pauw's* case are authority for the proposition that emotional shock must result in physical (as opposed to psychic) injury. This is so because, though both cases distinguished sentimental loss and pain and suffering, there was no consideration of the type of "physical injury" required. Furthermore, there is nothing in the judgments of such cases as *Layton & Layton* and *Marshall* to suggest that injury in emotional shock cases which results in psychic illness is not actionable. The only authority in point for Henning J in *Bester's* case was *Hauman v Malmesbury Divisional Council*; but as pointed out above its authority is dubious if one bears in mind that it was decided at a time when psychiatry was in its infancy. Moreover, the judge gave no authority for his statement that "impairment to bodily

⁵²1957 2 SA 444 (W).

⁵³at 445.

⁵⁴at 446.

health or strength" or injury to the "physical organism" was required. In any event it may be argued that the above words are open to a much wider interpretation than mere physical injury.⁵⁵

Finally, it is submitted that the learned judge in *Bester's* case should have taken cognisance of Anglo-American developments in the law relating to emotional shock. This was done by the South African courts in the earlier emotional shock cases (despite their disavowal when purporting to apply Roman-Dutch law), largely because nervous shock is a twentieth century medical concept which has only recently been recognized in our law. Thus it is essential for the courts to keep abreast of modern medical and psychiatric developments and it is artificial to assume that progress in these fields reached sufficient a point more than 50 years ago to warrant the Cartesian distinction between physical and mental injury hardening into a rigid principle of South African law.

II PHYSICAL INJURY v PSYCHIC INJURY

Before considering the attitude of the courts concerning the interpretation of "physical injury" it is important to discuss briefly the approach of the medical profession to the distinction between physical and psychic injury. A brief reference to some of the symptoms of psychic injury from a medical point of view will be followed by an analysis of how these have been recognized and dealt with by the courts in England and South Africa.

A Symptoms of psychic injury

One of the most useful analyses of the medico-legal problems of nervous shock is to be found in an article by Harvard who states *inter alia*:

"Damage from emotional shock may be in medical language 'somatic' or 'psychic' and not infrequently it is a combination of both. These terms mean respectively 'organic' (physical) and 'mental' (*ie* non-physical). Organic sequelae of an emotional shock would include miscarriage, coronary thrombosis and cerebral haemorrhage ('stroke'). Psychic sequelae would include hysteria and various neuroses. It is important to note that psychic damage may give rise to physical symptoms; hence common hysteria (purely psychic damage) may give rise to paralysis of one or more limbs, a condition which would clearly rank as physical illness for legal purposes."⁵⁶

The writer then goes on to consider the difficulties involved in attempting to separate mental from organic damage.⁵⁷ A major problem

⁵⁵See below at 132 f.

⁵⁶J Harvard "Reasonable Foresight of Nervous Shock" (1956) 19 *Modern LR* 478 at 479.

⁵⁷at 479 f.

concerns the effect of emotional shock on the plaintiff's nervous system which may in fact cause some reaction which does not manifest itself physically although it is present psychically (*ie* all the mental symptoms are present). It will therefore be helpful to consider briefly some of the symptoms of two of the more common forms of psychiatric illness associated with emotional shock, *viz* anxiety neurosis and hysteria.

(i) *Anxiety neurosis*

This illness has both mental and physical symptoms:

"The mental symptoms take the form usually of a state of persistent anxiety, tension, apprehension and worry. The patient describes himself or herself as 'strung up,' 'on edge,' constantly expecting trouble or calamity: there is restlessness, impaired concentration, 'absentmindedness,' and forgetfulness in day-to-day affairs, jumpiness, instability and intermittent depression of spirits. The patient's tension makes him feel fatigued and he has difficulty in falling off to sleep at night because worries and forebodings crowd his mind. His sleep may be broken by unpleasant dreams or nightmares, of pursuit perhaps or attack or falling or failure."⁵⁸

Very often these mental symptoms are manifested in acute anxiety or panic which the patient can describe in physical terms, *eg* palpitations, choking sensations, sweating, tingling of the limbs, fear of collapsing, fainting or dying and even a terror of impending death.⁵⁹ Henderson & Gillespie then go on to describe the physical symptoms as follows:-

"The somatic (physical) symptoms of an anxiety state may involve any one or all of the bodily systems: most cases complain of a number of physical symptoms - rapid heart beats, breathlessness, lack of appetite, a lump in the throat, flatulence, fullness in the stomach, water-brash, constipation, diarrhoea, frequency of micturation, twitching of muscles, weakness of limbs, tremors, pains and other parathæsia, blurring of vision, tinnitus, general fatigability - all are common symptoms . . .

The patient suffering from an anxiety neurosis may exhibit no abnormality on physical examination; or he or she may show some of the somatic signs of anxiety . . . dilated pupils, tremors, cold and clammy hands, raised . . . blood pressure and . . . loss of weight."⁶⁰

The mental and physical symptoms are thus very closely intertwined and it is submitted that both may be regarded as impairment of a person's bodily health or activity. Restlessness, poor concentration, absentmindedness, irritability, depression, are all interferences with the functioning of the human body which may or may not be manifested in actual "physical" injury. Therefore even if none of the somatic symptoms are present, provided a qualified psychiatrist leads evidence that

⁵⁸D Henderson & IRC Batchelor *Henderson & Gillespie's Textbook of Psychiatry* 9 ed (1962) 138.

⁵⁹*Henderson & Gillespie* at 139.

⁶⁰*ibid.*

the plaintiff is suffering from a psychic illness there seems to be no good reason why compensation for such illness should be denied. As mentioned previously Anglo-American law appears to recognize an action for nervous shock where it results in neurosis or hysteria.⁶¹

(ii) *Hysteria*

This is a form of psychoneurosis characterized by lack of self-control which manifests itself in various disorders of the mind and body, many of the symptoms of which are akin to those found in anxiety neurosis. The physical symptoms may often result from *conversion* (*ie* the mental symptoms are converted into physical symptoms) - limbs may become paralyzed or tremble, the victim may lose his speech or feeling in his limbs, and he may suffer from nervous tics, "pins and needles," tingling sensations and oversensitivity in certain parts of his body. Loss of appetite, excessive appetite, vomiting, air-swallowing, hiccoughs, fullness or pain in the stomach, flatulence and regurgitation may also result. Other more dramatic physical manifestations such as skin lesions, blisters, skin rashes, and swellings in certain bodily tissues may also occur.⁶² Mental symptoms include amnesia, sleep walking, trances, hallucinations, dream-like states of mind and fits.⁶³

Once again it is submitted that many, if not all, of the above are interferences with the smooth running of a person's bodily organism, and that if expert evidence is led that the plaintiff is suffering from hysteria as opposed to mere transient feelings of distress he or she should be able to recover.⁶⁴ It is because psychiatry today is sufficiently advanced to distinguish mere transient sorrow or grief from psychic illness that the Anglo-American courts are prepared to extend the meaning of "physical injury" to include "psychiatric illness." There is no reason to believe that South African psychiatrists are less able to recognize such psychiatric illness than their foreign colleagues and there seems to be no good ground for the refusal of our courts to follow the Anglo-American approach.⁶⁵

Having mentioned some examples of psychiatric illnesses and having hopefully illustrated the difficulty in distinguishing physical from psychic injury, it now becomes necessary to consider the interpretation of "physical injury" by the courts in England and South Africa.

⁶¹Cf Fleming *Torts* at 149.

⁶²See generally *Henderson & Gillespie* at 146 f.

⁶³*ibid.*

⁶⁴Cf J G Fleming "Distant Shock in Germany (and elsewhere)" (1972) 20 *American Journal of Comparative Law* at 490.

⁶⁵See below: English law.

B English law

Although it appears that the earlier English cases insisted on physical injury⁶⁶ no attempt was made to analyse what was meant by "physical injury" or impairment of the physical organism. The courts had however pointed out the difficulty of distinguishing between physical and mental harm,⁶⁷ and it was even suggested that emotional shock might cause "some physical disturbance in the sufferer's system."⁶⁸ The first apparent recognition of damages for harm other than physical harm caused by a negligent act appears to have been made in *Bebrens v Bertram Mills Circus Ltd.*⁶⁹ There the court allowed a midget to recover for a week spent in bed as a result of being frightened by a stampeding elephant. There was no "physical injury" to the plaintiff but Devlin J held that the shock had resulted in "some form of nervous prostration which amounted to ill-health."⁷⁰ The learned judge had previously stated that as much as he would have liked to have awarded the plaintiff substantial damages for the shock suffered he could only do so if it "resulted in physical or *mental harm*."⁷¹ Unfortunately the court did not elaborate on the type of mental harm suffered although it had aggravated a previously existing chest complaint.

Despite *Bebrens'* case it seems that until 1967 it was generally assumed that "physical injury" was required if the plaintiff was to be compensated. Although only few writers have analysed the type of injury required,⁷² Millner has attacked the artificiality of the distinction between physical and psychic injury in the following terms:

"The requirement by the English courts that the shock must be severe enough to produce 'physical illness' is obscure in its meaning and pathologically absurd since the shock syndrome is always a combination of physical symptoms, such as weakness, depression and pallor. Furthermore it is inept as a criterion of the severity of the shock, since severe emotional stress may give rise to psychological disturbances that are more harmful, deep-seated and prolonged than a visible and dramatic but transient prostration. There are vastly more refined methods of establishing the emotional and physical consequences of shock than the crude distinction between shock which prostrates a patient and shock which does not."⁷³

Millner's book appears to have been written prior to *Chadwick v British Transport Commission*⁷⁴ which appeared to recognize clearly that

⁶⁶e.g. *Dulieu v White* 1901 2 KB 669. But see Kennedy J's *cautio* at 677.

⁶⁷*Hambrook v Stokes* (1924) All ER 110 at 114 f; *Owens v Liverpool Corporation* 1938 4 All ER 727 at 730 f.

⁶⁸*Bourbill v Young* 1942 2 All ER 396 at 405.

⁶⁹1957 1 All ER 583.

⁷⁰at 596.

⁷¹*ibid.* My italics.

⁷²e.g. Harvard (1956) 19 *Modern LR* 478.

⁷³MA Millner *Negligence in Modern Law* (1967) at 45.

⁷⁴1967 2 All ER 947.

shock resulting in psychological illness may be actionable if caused negligently. Plaintiff suffered a severe emotional shock, which caused an anxiety neurosis, as a result of the carnage he saw while engaged in rescue operations during a train disaster. This subsequently developed into a "major stress reaction, or what used to be called a 'catastrophic neurosis.'" ⁷⁵ The plaintiff was allowed to recover. In commenting on the alleged limitations to an action based on nervous shock (*ie* that the plaintiff must fear for his own safety) Waller J made the following observation:

"One only too frequently comes across the case of a man with a trivial industrial injury which subsequently produces genuine neurotic symptoms not due to fear but due to other causes. It would seem anomalous if serious mental illness accompanied by a trivial injury would entitle a man to compensation but if there were no trivial injury it would not." ⁷⁶

It is submitted that the above statement is persuasive authority for the view that the English courts are prepared to allow recovery in cases where plaintiff suffered "serious mental illness."

The veil of "physical injury" was lifted further in *Hinz v Berry* ⁷⁷ where the plaintiff had seen the immediate aftermath of a horrifying accident in which her husband had died and several of her children had been injured. Although she was normally a robust individual the shocking accident had caused her to suffer from "morbid depression" for over five years. Pointing out that it regarded the case as "exceptional" because of the tragic circumstances, ⁷⁸ the court allowed her to recover for the "psychiatric illness" suffered by her. Although there was no suggestion of "physical injury" or "impairment of bodily organism" all three judges allowed that damages for "psychiatric illness" were recoverable.

"[P]laintiff is not only in a sad and depressed state owing to the loss of her husband and perhaps a harassed state owing to the difficulty of looking after her family in this situation but something more than that; she has been and still is in a positively morbid state. There is a recognisable *psychiatric illness*." ⁷⁹

Hinz's case appears to be the first in England where the courts have not specifically mentioned that the injury should be physical or organic (as opposed to psychic) but have rather considered the plaintiff's illness as a mere illness - be it "physical" or "psychic." For the first time the term "recognized psychiatric illness" was used freely by the court. Goodhart points out that the plaintiff was in fact suffering from

⁷⁵at 949.

⁷⁶at 950.

⁷⁷1970 1 All ER 1074.

⁷⁸at 1076.

⁷⁹*Per* Lord Pearson at 1077; cf Lord Denning MR at 1075 and Sir Gordon Willmer at 1078.

a "nervous breakdown caused by shock" but that it was now called a "psychiatric illness" because the court purported to distinguish between an accident which caused sorrow to persons (which is not recoverable) and an accident which caused physical injury to them through shock (which was recoverable). He suggests that because the depression had lasted for such an inordinately long period of time the court had merely rationalized the situation on the basis that the illness had been caused by shock rather than sorrow and damages were thus recoverable.⁸⁰

The Australian courts have also recently recognized that a negligent wrongful act resulting in psychiatric illness is actionable. In *Mt Isa Mines Ltd v Pusey*⁸¹ the plaintiff while at work had heard an explosion on the floor above him and on investigating had discovered that two electricians had been severely burnt as a result of an electrical short. He had assisted one of the men who, because of his burns, had later died, to an ambulance. Some four weeks after the accident the plaintiff was discovered to be suffering from

"a profound psychotic disability broadly comprehended in the term 'schizophrenia' . . . a type of mental disturbance including disturbance of thought, disturbance of mood and disturbance of behaviour and personality."⁸²

The court accepted that the plaintiff's condition, which was an "acute schizophrenic reaction" rarely resulted from emotional distress. Nevertheless it was a consequence of emotional shock, provided that the shock itself was foreseeable, the defendant was liable whether or not he could foresee the exact form it took.⁸³ Plaintiff suffered acute depression and anxiety with the result that he was unable to do the skilled work for which he had been employed. He was put onto routine tasks, and was often away from work while undergoing psychiatric treatment. The court had no difficulty in recognizing his claim. The court said:

"A plaintiff in an action of negligence cannot recover damages for a 'shock' however grievous, which was no more than an immediate emotional response to a distressing experience, sudden, severe and saddening. It is however today a known medical fact that severe emotional distress can be the starting point of a lasting disorder of mind or body, some form of psychoneurosis or a psychosomatic illness . . . For that if it be the result of a tortious act, damages

⁸⁰AL Goodhart (1970) 86 *LQR* at 457 and 460. Cf *Hinz's case* at 1075; *Mt Isa Mines Ltd v Pusey* (1971) 45 *Aust LJR* 88 at 92. But surely this is an artificial distinction? Whatever the cause, once illness is established as a result of the wrongful act the plaintiff should be entitled to recover.

⁸¹(1971) 45 *Aust LJR* 88.

⁸²at 89.

⁸³at 95. The court was merely applying the test of foreseeability laid down in *Hughes v The Lord Advocate* 1963 1 *All ER* 705; Cf *Kruger v Van der Merwe* 1966 2 *SA* 266 (A) at 272.

may be had. It is in that consequential sense that the term 'nervous shock' has come into the law."⁸⁴

Therefore it seems that Anglo-American law recognizes that a plaintiff may recover for any harm suffered by him provided it manifests itself in "illness." Whether such illness is physical or mental is irrelevant. If the illness is recognized by the medical or psychiatric profession there is no reason in principle why the plaintiff should be denied a remedy where he has been injured through negligence. Fleming sums up the present position in Anglo-American law as follows:

"Anglo-American law seeks to disqualify comparatively trifling emotional disturbance by postulating that it must attain the level of 'physical injury' . . . [But] it does not require external bodily injury: neither physical impact nor external trauma resulting from mental anguish (like a broken leg after fainting from fright). Purely psychic injury qualifies, provided it is more than a merely temporary sensation, it must attain a degree of gravity with noticeable external manifestations like hysteria, coronary insufficiency, acute depression as distinct from temporary fright, anguish or nervous tension."⁸⁵

C South African law

In the preceding section on "authority" an attempt was made to show that the only possible persuasive South African authority for *Bester's* case was *Hauman v Malmesbury Divisional Council*,⁸⁶ but that its authority was questionable because it was based on no authority at all. As emotional shock was unknown to our old authorities, Kotze J in *Hauman's* case should have at least recognised the persuasive authority of the English cases, and perhaps stated that similar considerations applied in South African law, rather than to have purported to have found a "pure" Roman-Dutch law solution. Be that as it may, it is submitted that there is nothing in the terminology used by Kotze J in *Hauman's* case to restrict liability for a negligent act causing emotional shock to purely physical rather than psychic injury.

The learned judge in *Hauman's* case had stated, *inter alia*, that the plaintiff could only recover

"where the nervous shock has directly impaired and injured his *bodily health or strength*; in other words where it has affected his *physical organism* . . . [or where] plaintiff [has suffered] injury to his *general health* and to his *bodily activity* . . . or *loss of physical health*."⁸⁷

However, as has been previously pointed out, any of the symptoms discussed above⁸⁸ (*eg* in relation to anxiety neurosis and hysteria) could be interpreted as an interference with a person's "bodily health or strength," "general health," "bodily activity" or "physical health."

⁸⁴*Per* Windeyer J at 92.

⁸⁵JG Fleming (1972) 20 *American Journal of Comparative Law* at 490.

⁸⁶1916 CPD 217.

⁸⁷at 220. My italics.

⁸⁸*supra* at 125 f.

In any event apart from the above-mentioned symptoms it can be physiologically proved that shock results in changes in the flow of blood in the arteries and alterations in the concentrations of the various chemicals in the bloodstream.⁸⁹ Technically such changes could be considered as "affecting the physical organism."

Surely where a person suffers from lack of concentration, absent-mindedness, irritability or depression this may be construed as interfering with bodily activity or health, particularly when such symptoms are linked with palpitations, breathlessness, lack of appetite, constipation, trembling, diarrhoea, etc? If a person is plagued by restlessness, insomnia, and frightful nightmares can these not be regarded as upsetting his bodily activity? If a man undergoes a personality change, does this not affect his physical well-being or even his bodily organism?⁹⁰ If a recognized psychic illness can be identified and considered as interfering with bodily health or the physical organism there is no reason in principle to deny liability under the Aquilian action. Modern psychiatry has the ability to distinguish mere transient sentimental injury recoverable under the *actio iniuriarum* from a recognized psychiatric illness.

In most other cases in South Africa the claim for nervous shock has been linked to physical injury. In *Creydt-Ridgeway v Hoppert*⁹¹ a 54 year-old woman plaintiff had been bitten by defendant's dog. Although the bite itself was not serious and the wound healed quickly, the plaintiff who was in a state of menopause at the time, developed an excessive fear of hydrophobia with the result that her nervous symptoms "became exaggerated and set up diarrhoea, excessive blood pressure, haemorrhoids and insomnia."⁹²

The court clearly distinguished these symptoms as injuries, in addition to the dog bite, which flowed directly from her fear of hydrophobia. She appeared to be suffering from an *anxiety neurosis*. The court, however, did not find it necessary to discuss what the position would have been had she suffered a shock resulting in similar symptoms due to the dog menacing her without actually biting. It is submitted that if such a shock had resulted in psychiatric illness she would have been able to recover.⁹³

⁸⁹Harvard *op cit* at 482.

⁹⁰Cf *Shorter Oxford English Dictionary*: An organism is "an organized body, consisting of mutually connected and dependant parts constituted to share a common life; the material structure of an individual animal or plant."

⁹¹1930 TPD 664.

⁹²at 667.

⁹³If she had fallen over and injured herself as a result of a threatened attack which did not materialize in biting it seems that she could recover: cf *Bester v Commercial Union Verzekeringmaatskappy* 1972 3 SA 68 (D) at 72 f. *Colvilles Ltd v Devine* 1969 2 All ER 53.

In *Layton & Layton v Wilcox & Higginson*⁹⁴ the court had no difficulty in distinguishing mere transient sorrow from nervous shock when it dismissed the plaintiff's action, although it did not elaborate on the meaning of "impairment of bodily health." The plaintiff in *Marshall v Southern Insurance Assoc Ltd*⁹⁵ was able to succeed because she had suffered an injury to her back. Although her back injury had healed rapidly the shock disturbed her nervous system causing a devastating effect on her "physical well-being." However, there was no discussion as to what constituted "physical well-being."

Finally in *Mulder v South British Insurance Co Ltd*⁹⁶ the court found it unnecessary to consider whether damages were recoverable for "nervous shock unaccompanied by illness." De Wet JP appears to have left the matter open and his use of "illness" rather than "physical illness" is perhaps significant. Once again we are left with *Hauman's* case as the only, if dubious, authority for the court in *Bester's* case.⁹⁷

In the light of modern medical knowledge the restricted interpretation of "physical injury" is no longer tenable. If an illness is recognized, whether it be "physical" or "psychiatric," provided it is an illness and not a sensation of mere transient sentimental loss, there appears to be no logic in distinguishing between physical and psychic injury.⁹⁸

D *Bester v Commercial Union Versekeringsmaatskappy*⁹⁹

Bester's case is the first in South Africa in which there is a detailed discussion of the type of psychiatric injury suffered by a plaintiff, and it is necessary to consider the facts concerning the injury in some detail. Henning J summarized the nature of the boy's malady and the treatment received by him as follows:

"By aanvang van die behandeling was Deon baie gespanne en kon nie 'n verslag verskaf sonder om emosioneel en huilerig te word nie. Min same-

⁹⁴1944 SR 48.

⁹⁵1950 2 PH J 6.

⁹⁶1957 2 SA 464 (W).

⁹⁷Cf *supra* at 124.

⁹⁸"[T]he medical implications [of such a distinction] will render any practicable application impossible, as the distinction will depend on a specificity of damage which would be against all modern medical experience. One way of expressing the distinction is to create separate "body safety" and "mind safety" interests, with the result that the defendant will not be liable for directly consequential damage from emotional shock if damage from physical impact alone should have been foreseen; the converse would also apply. The proposition would confront the medical evidence with an impossible task of apportionment where plaintiff's damage is of both types, and it is submitted that the result would be discreditable to any system of jurisprudence." *Harvard op cit* at 480.

⁹⁹1972 3 SA 68 (D).

werking is verkry en narko-analise¹⁰⁰ is op hom gedoen waarna intensiewe psigoterapie toegepas is om spanning te verlig. Teen 1 April 1971 het getuie besluit dat die kind nog nie heeltemal herstel het nie en dat hy nog neurotiese klagtes sou hê tot na sy puberteit . . . [Daar is] ook getuig van 'n drastiese verandering van Deon se persoonlikheid na die gebeurtenis. Voorheen het hy vryelik met ander kinders saamgespeel, was hy vredeliewend en het goed presteer op skool. Na die voorval het hy afsydig en aggressief geraak, en het sy skoolwerk baie agteruitgegaan. Hy kry nagmerries en skree in sy slaap."¹⁰¹

Although the learned judge found that Deon was suffering from a form of neurosis he held that he could not be awarded compensation in terms of the common law because his indisposition was purely psychological and was not linked with any damage to his physical organism.¹⁰²

Henning J added the observation that if the action had succeeded it would have been very difficult to determine the measure of compensation.¹⁰³ But it is submitted that this is irrelevant as the courts already award damages for "pain and suffering" under the Aquilian action, and "sentimental loss" under the *actio iniuriarum*, both of which are just as difficult to calculate.

As the court accepted that Deon was suffering from a purely psychological injury it appears that it had not been confronted with the potentially difficult problem of psychiatrists wrangling over conflicting evidence concerning the plaintiff's illness.¹⁰⁴ Although it recognized the illness it held that such psychic injury was not recoverable under the Aquilian action. It is clear, however, that the illness had seriously interfered with Deon's life to the extent of impairing his bodily health or activity and the smooth running of his physical organism. Anxiety, insomnia, terrifying dreams, restlessness and lack of concentration can surely be regarded as affecting his physical organism in the sense of the efficient working of his bodily system? With respect it would be somewhat ludicrous if it was suggested that Deon could only recover if he had exhibited some of the more dramatic physical symptoms of psychic illness such as breaking out in a nervous rash or boils or other skin lesions. After all the court found that on the facts he was suffering from a form of neurosis which would last for several years - and not a mere transient feeling of grief or anxiety tantamount to sentimental loss.

¹⁰⁰"[T]he use of barbiturate drugs to disinhibit a patient to make recall of an emotional expression easier." *Henderson & Gillespie* at 178, 353.

¹⁰¹at 71.

¹⁰²at 73.

¹⁰³*ibid.*

¹⁰⁴Cf Goodhart (1970) 86 *LQR* at 461: "The picture of psychiatrists giving conflicting evidence concerning a psychiatric illness is a . . . depressing one."

It is perhaps unfortunate that the psychiatrist's report on Deon's condition stated that there was no evidence of organic injury.¹⁰⁵ It would have been more useful if the doctor had qualified his statement by adding that the child was suffering from a particular recognized form of psychic injury. Such a qualification might perhaps have prompted the learned judge to analyse what Kotze J meant in *Hauman's* case when referring to "organic injury." Such an analysis may well have included the medical and psychiatric developments since Kotze J gave his judgment more than 50 years ago. As has been previously mentioned, the term "illness" used by de Wet JP in *Mulder's* case¹⁰⁶ is more realistic in that it does not appear to distinguish "physical" from "psychic" injury.

It has already been suggested that the cases cited by Henning J as an authority for refusing relief under the Aquilian action for anything less than physical injury, were, apart from *Hauman's* case, in the main concerned with refusing relief for sentimental loss under the *lex Aquilia*. *Hauman's* case itself was not based on authority, and *Mulder's* case appeared to have considered the matter as open.¹⁰⁷ Therefore it is respectfully submitted that the learned judge erred in not taking cognisance of developments in the medical and legal field since 1916 and in considering himself strictly bound by the requirement of "physical injury" as postulated by Kotze J. There was no good reason to treat Kotze J's dictum as trite law (particularly as it is open to more extensive interpretations)¹⁰⁸ and to dismiss summarily the plaintiff's claim on the basis that he had not suffered any "physical injury."

III CRITICISMS AND CONCLUSIONS

Any call for the elimination of the distinction between physical and psychological injury in cases where emotional shock has resulted from a negligent act or omission will be met with a number of criticisms. It is necessary to deal briefly with some of these before reaching a conclusion.

Criticisms

Probably the three main criticisms of the recognition of psychic injury for a claim arising from negligence are that such recognition will: (a) encourage *spurious claims*, (b) allow *sentimental damages* to become recoverable under the *lex Aquilia*, and (c) open floodgates of litigation to persons *easily susceptible to shock*.

¹⁰⁵at 71.

¹⁰⁶*supra* at 446.

¹⁰⁷*supra* at 123.

¹⁰⁸*supra* at 132 f.

(a) *Spurious claims*

Although there are difficulties of proof in establishing whether a person is in fact suffering from mental disturbance, or whether such disturbance is merely simulated, if medical or psychiatric evidence confirms that the mental distress has resulted in a recognized psychological illness there appears to be no cause for denying liability.¹⁰⁹ Difficulty of proof is no criterion for refusing a remedy in principle.¹¹⁰ After all damages are freely awarded for "pain and suffering" and "sentimental loss."¹¹¹ Can it reasonably be said that it is more difficult to compensate a man for the suffering associated with an acute anxiety neurosis or hysteria than for that associated with a heart attack or coronary thrombosis?

"Nervous shock is physiologically an injury just as much as laceration, bruises, fractures and lesions,"¹¹² and the problems of compensation are no more difficult. The difficulty of attempting to measure pain and suffering in terms of money is one constantly faced by our courts and they do not hesitate to meet the challenge.¹¹³

In any event the modern science of psychiatry is sufficiently advanced to enable expert witnesses to establish whether or not a plaintiff's claim is fraudulent or unfounded.¹¹⁴ If a claim is based on mere transient anxiety or fright due to *eg* a car backfiring, a firearm being discharged or a firework exploding, which causes the plaintiff a minor shock,¹¹⁵ the principle of *de minimis non curat lex* could be applied.

(b) *Sentimental damages*

It is argued that once a plaintiff is entitled to recover for a nervous shock which arises from negligence without resulting in physical injury there is the danger that sentimental loss will become recoverable under the *lex Aquilia*. There are two flaws in this argument: firstly there is a failure to appreciate that transient sentimental loss may be distinguished from psychic illness in the same manner that it is distinguished from physical injury. Secondly it is already possible for

¹⁰⁹Fleming *Torts* at 149.

¹¹⁰Millner *op cit* at 42 f. Cf *Bester's* case at 73.

¹¹¹See below at 138 f.

¹¹²Millner *op cit* at 42 f.

¹¹³"There are no scales by which pain and suffering can be measured, and there is no relationship between pain and money which makes it possible to express one in terms of the other with any approach to certainty." *Per* Watermeyer CJ in *Sandler v Wholesale Cash Suppliers Ltd* 1941 AD 194 at 199.

¹¹⁴Millner *op cit* at 42 f. Cf *Dulieu v White supra* at 681.

¹¹⁵Cf Walker *Delict* at 677.

sentimental loss to be included as a contributory factor in emotional shock which results in so-called "physical" injury.

If a woman's sorrow and anxiety at the death of her child or husband results in a heart attack, miscarriage, or perhaps a conversion hysteria causing paralysis of the limbs it seems that she would be able to recover as all are ranked as "physical illness."¹¹⁶ The attempt by the English courts to distinguish nervous shock caused by grief or sorrow from that due to fright appears to be unrealistic, as it is often impossible to separate the two emotions.¹¹⁷ It is true, however, that effects of a nervous shock arising from fear are likely to be more serious and lasting than those due to sorrow or grief.¹¹⁸ Be that as it may there is no reason in principle why the considerations concerning so-called "physical" injury should not apply where a contributory element of sentimental loss results in a recognized psychiatric illness, *eg* "morbid depression"¹¹⁹ or "acute schizophrenia."¹²⁰

Furthermore sentimental loss may also be concealed in an action based on negligence where it becomes entwined as a thread in the generic notion of "pain and suffering,"¹²¹ which has been recoverable in our law under the *lex Aquilia* since the days of the Roman-Dutch law jurists. Such damages would, however, only be awarded if the plaintiff suffered from illness or injury. Sentimental loss alone, which does not cause illness, even though it might exist simultaneously with a person's illness or injury, *eg* "loss of a wife's comfort and society,"¹²² "loss of joy and pleasure,"¹²³ or "loss of social advantage,"¹²⁴ is not recoverable under the Aquilian action.¹²⁵

(c) *Persons easily susceptible to shock*

As some people are more susceptible to shock than others it has been suggested that if an action for emotional shock based on negligence is recognized defendants will be at the mercy of every weak-willed or neurotic person who may be affected by the accident. There is of course the limitation that no liability will exist if there is no duty

¹¹⁶Cf *Harvard op cit* at 479.

¹¹⁷The court purported to distinguish them in *Hinz v Berry* 1970 1 All ER 1074.

But see *Goodhart op cit* at 461. Cf *Harvard op cit* at 495.

¹¹⁸*Harvard op cit* at 481 f.

¹¹⁹*Hinz v Berry supra*. The court here however purported to separate sorrow from fright.

¹²⁰*Mt Isa Mines Ltd v Pusey* 1971 *Aust LJR* 88. As there was no relationship between the plaintiff and the fatally injured workman the court appears to have awarded damages for fright (there was no question of grief or sorrow). *Quaere*: Anxiety?

¹²¹Cf *Fleming Torts* at 149.

¹²²*Union Government v Warneke* 1911 AD 657.

¹²³*Pauw v African Guarantee & Indemnity Co Ltd* 1950 2 SA 132 (SWA).

¹²⁴*Nochomowitz v SANTAM Insurance Co Ltd* 1972 1 SA 718 (T).

¹²⁵Cf *Layton & Layton v Wilcox & Higginson* 1944 SR 48.

owed to the injured party or if the damage suffered is too remote. But once the defendant's liability has been established he must take his victim as he finds him, *ie* the so-called "thin skull" rule applies.¹²⁶

Fleming, however, points out that in emotional shock cases the thin skull rule may not be equitable because:

"the range of individual tolerance to emotional distress is very much wider than in the case of external injury . . . [and] those suffering more than temporary distress are frequently afflicted with peculiar predispositions or abnormality, like pregnancy, arteriosclerosis,¹²⁷ or hysteria."¹²⁸

He goes on to suggest that it is for this reason that the English courts insist on the plaintiff meeting the standard of the *normal* person¹²⁹ where there is injury caused through emotional shock, but admits that there is now a more sympathetic view of frailty.¹³⁰ It is submitted however that in our law there is no insistence on the normality of the victim. Where the shock results in "physical" injury it is already recognized that plaintiff can recover for any other injuries aggravated by his latent (patent) bodily defects, *eg* where a pregnant woman suffers a miscarriage, or a middle-aged woman's neurosis is aggravated by her being in a menopausal state.¹³¹ In principle there is no reason why the same rule should not apply where the shock results in psychological illness. Similarly it would be unrealistic to suggest that the courts should only recognize "physical" rather than "psychological" defects in a victim's bodily system as a qualification for the application of the thin skull rule.¹³²

Fortunately the average person appears to be robust enough to withstand the daily series of shocks which are consonant with modern living, unless they are sufficiently traumatic to result in illness.¹³³ Once such illness is proved however, the plaintiff should be entitled to recover irrespective of his physical or psychological abnormalities and peculiarities.

¹²⁶*Wilson v Birt Pty Ltd* 1963 2 SA 508 (D). Cf *Mt Isa Mines Ltd v Pusey supra* at 96f.

¹²⁷"hardening" of the walls of the arteries.

¹²⁸Fleming *Torts* at 150.

¹²⁹*supra* at 151. Cf *Bourbill v Young* 1942 2 All ER 396 at 405 409.

¹³⁰Fleming *Torts* at 151; cf *Behrens v Bertram Mills Circus Ltd* 1957 1 All ER 583 at 596 where plaintiff's illness had been aggravated by a recurring "chest complaint."

¹³¹*Creydt-Ridgeway v Hoppert* 1930 TPD 664.

¹³²*supra* at 124 f. Cf *Fleming supra* at 151 who states that in English law damages for nervous shock are only recoverable if the shock (as opposed to mere physical injury from impact) was foreseeable. However, it seems that in our law, provided there was a duty owed to the plaintiff and the damage was not too remote, the defendant will be liable, as he need not foresee the type of injury provided he foresees injury. Cf *Kruger v Van der Merwe* 1966 2 SA 266 (A) at 272.

¹³³MA Millner "Liability for Emotional shock" (1957) 74 *SALJ* 263 at 265. Cf Walker *Delict* at 677.

Conclusions

(a) There is no authoritative (and certainly no more than doubtful persuasive) precedent in South African law for the proposition that an action for emotional shock flowing from a negligent act will only succeed if it caused physical injury as opposed to psychic injury. The better view is that in the light of developments in modern Anglo-American law any shock which results in *illness* should be actionable, whether physical or psychological, provided it is a *recognized illness*, and not a transient emotion of sentimental loss which does not result in injury.

(b) There is no good reason for the legal profession to perpetuate the discredited Cartesian distinction between mental and physical injury which is no longer recognized by the medical profession.

(c) The medical profession, particularly in the science of psychiatry, is today sufficiently advanced to enable practitioners to give expert evidence in a court of law, and thus effectively assist the court in distinguishing claims for mere transient sentimental loss, from those for genuine psychiatric illness.

(d) For policy reasons it is essential that our courts keep abreast of legal developments in other jurisdictions where there is little or no authority in the common law of South Africa. This is particularly important where these legal developments concern such highly skilled and technical disciplines in medicine as physiology and psychiatry.

(e) In the light of modern scientific achievement in the field of psychiatry on both principle and authority there is no justification for our courts to refuse a claim for emotional shock resulting in a recognized illness in circumstances similar to those in *Bester's* case.

If our courts wish to limit liability for injury due to emotional shock arising from negligence, they must do so on the basis of the absence of a duty, or remoteness of damage, rather than on an artificial insistence of "physical" injury which is unacceptable to modern medical and jurisprudential thinking.¹³⁴

It is submitted that the time is long overdue for the legal profession to catch up with the developments of the medical profession in the field of nervous shock. Both professions play an important role in alleviating the hardships associated with living in a highly technological and industrialized society. It is only right that they should co-operate,¹³⁵

¹³⁴Harvard *op cit* at 480.

¹³⁵Cf Harvard *op cit* at 478: "The necessary co-operation between medicine and law is probably delayed by the fact that the two professions appear to be out of sympathy with each other over the question of personal damages."

particularly in the field of personal injuries, to contribute to the common good of the community by ensuring that there is a just and equitable "allocation of losses incident to man's activities in modern society."¹³⁶ □

"This computer information system which within a few minutes can review fully years of decided cases collected from a number of courts, is expected to be of great use to the Italian judiciary. Initially, only the judges will use the system. Keyboards and screens have been installed in all major Italian courts from the north to the south which are in instant communication with the computer in Rome. A judge therefore, sitting down in, for instance, Milan, has the same facility of consulting the computer as a judge in Palermo. The system is simple to work and can be operated by the judge himself. It is envisaged that the system will later become available also to the Italian Bar and other bodies interested therein.

"At the moment, running the system costs the Italian State the equivalent of between R50 000,00 and R60 000,00 per month, but it is expected to speed up the judicial process considerably. Though our courts do not deal with the volume of work which the Italian courts deal with (nor do we have as many courts) one can well imagine what benefits would accrue to our judicial system if magistrates all over the country could consult instantly a collection of judgments of the Supreme Court on any point. The quality and the speed of the Bench could only be improved."

*SF du Toit "Computers aid judicial process",
65 De Rebus Procuratoriis 169, 170-1*

¹³⁶Fleming *Torts* at 4.

The Water Act and private water

George Findlay QC

The purpose of this article is to illustrate the unanalytical drafting and the resulting confusion that we find in our Water Act. The act, No 54 of 1956, has suffered eight amendments and at the moment of writing there is yet another amendment before parliament. As a result of muddled thinking, subjected to extensive patchwork, this legislation masquerades as a legal code. What I wish to do is to stress the need, the crying need, for a complete review of the whole act. After sixteen years there is an urgent need for proper consolidation and for legal clarity.

The 1912 act was our first consolidation of the water law - an effort of considerable value. The 1956 act on the contrary has proved a sorry rehash with very little to recommend it - an inaccurate dish of farmers' language and legal uncertainty, corrected but not improved by amendment.

I choose a very limited field - that of private water - to illustrate the point. It is by no means the most confused part of our present code, but it is a part of the law which could be, and should be, very simply and scientifically dealt with. It therefore illustrates very well how the existing law avoids clarity and the use of well-tried legal concepts.

The subject of private water - although the Department of Water Affairs and the act itself may be very indifferent about it - is very important to the individual landowner. He must know where he stands. If he does not know what his legal position is, and if he cannot find out with any certainty, he is at once faced with the possibility of harassing litigation. He may have to "make" the law by judicial decisions which should have been made for him in the act. It is perhaps optimistic to think that the present review of private water as it appears in the act may help him.

The Water Act is really only concerned with public water - water found in or derived from a stream flowing in a definite channel and capable of common use for irrigation on more than one original grant of riparian land. That is what the act sets out to control and allocate - not private water. Private water, as its name implies, is to be summarily

relegated to the control of private owners. Its only importance in the code is to determine definitely what water it is that is to be virtually free from the provisions of the act. It is the water that is not worth bothering about, however vital and important it may be to the owner. It would surely not be a complicated task at law to identify such water. And this is what should be done.

The terms public and private water at first sight appear to be not only mutually exclusive but also comprehensive. When once water is being dealt with by men surely it must be one thing or the other. But in the act that does not appear to be the case. The act deals with two other "kinds" of water: water "found underground" in general, and underground water that has been specially declared to be "subterranean" water in a particular area. In the Afrikaans version the declaration does not turn the water into a Latin version of the same thing, but "water wat natuurlik ondergronds bestaan" is declared to be "ondergrondse water." This mysterious kind of water may at any time be part of an underground public stream in which case it will be public water, but it may on the other hand be a static underground supply without any flow towards any other claimants. It could then easily be included by definition in the private category. But it remains outside - a sort of *tertium quid*.

Save for this anomaly it would appear that the public and private categories are comprehensive and mutually exclusive. I say it appears so. The act does not however make that clear.

In the case of public water the existence not only of a flow but of a "stream" is essential. Private water *may* flow in a stream. When it does so the water court is specially given jurisdiction to determine whether that stream is a public or a "private stream," (sec 40(d)). But private water may also be static - a pan, or a pool, or the eye of a fountain that supplies to a level but does not run, or water that comes *up* but does not move *along* in a particular manner. A public stream is of course separately and specially defined. It is however defined in a manner that makes it difficult to distinguish from private water when private water flows. To make matters worse the definition of public water also embraces static water when it stands in "seekocigate" or pools between the banks of a river when flow has ceased.

These are separate or confusing features or possibilities - not tests by which to separate public and private water. Logically a test of discrimination at law may be a combination of features, but even a combination is only one thing. Logical discrimination does not arise from a mass of mere potentials. In the law as it stands the nearest one can come to a real test is a quantitative test. The fact that it is hedged about with features that make it difficult to apply leaves us with illogicality, but supplies no other real test.

Private water is defined as follows:

“1 (xiii) ‘Private water’ means all water which rises or falls naturally on any land or naturally drains or is lead onto one or more pieces of land which are the subject of separate original grants, but is not capable of common use for irrigation purposes.”

The words “not capable of common use for irrigation purposes” are the words which in my opinion constitute the quantitative test. They remain to be analysed later in this article. However for the moment I may remark that grammatically, and with the aid of the comma, this quantitative phrase definitely refers to the water “rising” or “falling” in the section just as much as it does to the water “draining” or “lead.”

Owners may therefore be surprised to find that if they collect falling rain-water in sufficient quantity to be capable of common use it will cease to be private water. In fact if it merely “falls” on the land in sufficient quantity to be capable of being put to common use it at once loses its private quality. A downpour may be a difficult thing to take into control but in point of quantity it will often be of sufficient amount for common use.

However if any such water is judged insufficient by this quantitative test then it is private water and is relegated to the private citizen by section 5, in the following words:

“5 Subject to rights lawfully acquired and existing at the commencement of this act, the sole, exclusive and unlimited use and enjoyment of private water belongs to the owner of the land on which such water is found:

Provided that nothing in this section contained shall be construed as derogating from the right of an owner of land to a reasonable share of water which, rising on the land of an upper owner, flows in a known and defined channel on, or along the boundary of, land situate beyond that upon which such water rises, and has for a period of not less than thirty years been beneficially used by the owner of the land so situated.”

The section is encouragingly worded in regard to the “sole, exclusive and unlimited use and enjoyment” - poetic language, which just means ownership and which could have been substituted with advantage for that one legal word. But before the landowner becomes unduly pleased about his rights we must first consider what is meant by water being “found” on particular land; what rights “lawfully acquired” in respect of it are safeguarded; and what the scope and purpose of the proviso is.

In the phrase “land on which the water is *found*” (“aangetref”) the word “found” is ambiguous. It may mean “has its source or origin” or it may mean “is at any time physically present so that the owner of the land can take it.” I think the latter is more probably the correct meaning. If the owner of the land where it originates by rising in a

spring or falling from the sky allows it to drain or to be lead onto his neighbour's property, then surely it will be found ("aangetref") as water draining or lead in terms of the section on that property, and so its use goes to the neighbour. In short, whether the landowner for the time being owns the water or merely has its use, he abandons whatever right he has when he lets it drain or be lead onto the land of another. The source-owner cannot follow up or vindicate the water when it goes beyond his border. And the statute passes those rights on to the neighbour directly, and indeed irrespective of any contract *inter partes*.

The words "subject to rights lawfully acquired and existing at the commencement of this act" raise two rather unnecessary problems. The first problem relates to rights acquired *after* the 13th July 1956 which is the date on which the act commenced. Is it impossible thereafter to bargain for or buy rights that would invade or diminish the "sole, exclusive and unlimited use and enjoyment" that is conferred by the section? Is this only diminished by pre-acquired rights? Such a conclusion would seem to flow if we apply the maxim *expressio unius est exclusio alterius*.

However when an act propounds what does not seem to be good sense we are driven to ingenuity. A solution may lie in the word "owner." The person who after 1956 obtains definite (registered?) rights to the private water on the land of another becomes in a sense a participant in that body of rights that make up ownership. Perhaps he may then take the water in his capacity as a sort of co-owner. As the owner of the land can alienate the land he may surely do so in whole or in part and so alienate to others limited aspects of it. On this footing after-acquired rights may also be operative even though the section says the "owner" shall be solely entitled to the private water.

It is just possible that the rights held at the commencement of the act are specially preserved in this way, not because they are to be the *only* rights to survive, but because it might be imagined that with the repeal of prior laws the statutory foundation of these rights had been swept away. If so then the point of the words is that these rights survive the repeals - though that is not stated.

The next problem arises out of the ambiguous word "acquired." Does this refer to acquisition by registered transfer as of a real right, or does it include acquisition by contract? Are we here confined to a *jus in re* or do we include a *jus ad rem* or *in personam*? An ordinary draftsman could easily have made this clear.

As the word "acquired" is notoriously ambiguous in our statutes we must look at the general scope of the section to see what meaning applies. In this instance we have the proviso as practically our only guide. Now the proviso refers to continuous use of the water by a

lower owner for thirty years. That at first sight strongly suggests that the legislature had acquisitive prescription in mind which on completion has vested a real right in the claimant. Unfortunately, upon further consideration of the proviso, that is clearly *not* its scope. The proviso in fact restricts and invades rights such as might have been obtained by prescription. It limits the rights to a "reasonable share." Prescriptive rights are not necessarily so restricted. They may well entitle the holder to *all* the water. And what is more they may allow the claimant to conduct the water otherwise than in a known and defined channel, or these rights may allow access to water in a pan or eye from which the water does not flow at all. Unless we imagine that the proviso preconceives and determines all prescriptive rights it obviously does not refer to prescriptive rights at all.

The lapse of thirty years, it is generally thought, refers not to *dominium* but to a presumption - it is nothing more - that there must be some agreement on the matter. If it is not known and available it cannot be registered. If its terms are not known it is then presumed to relate merely to a reasonable share for each person and it is presumed to have to be used along a defined channel, if there is any. So construed the proviso refers to an implied but unregistered agreement - an arrangement applied and confirmed over a long time but not necessarily founding a claim to real rights.

Courts have often referred rather loosely to the acquisition of rights to water by prescription, but it has not readily been found to have taken place. This is because water rights relate not to a thing but to a flow, a process. You can seize today's water, openly and adversely, and make that water yours. But how can you seize tomorrow's flow until it comes? And how can you seize, openly and adversely, or in any way, the "right" to repeat a taking? Servitudes and rights of approach can be taken by prescription, but not the flow of water *in futuro*. However here the reference to "acquisition" is to acquisition by contract merely and the rights lawfully acquired within the meaning of the section would, it seems, bind even a purchaser without notice. When haunted by these possible ancient rights or more recent "lawfully acquired" rights the owner's sole and unlimited rights of enjoyment are left a little in the air. This part of the law invites renewal in legal language.

The same is the case with the absurd insistence in the definition of private water that the water must rise "naturally", fall "naturally," and drain "naturally" or simply be lead. (Presumably also "naturally" if we look at the Afrikaans version, but *not* "naturally" in the English version.) One might well hope that this concept of naturalness in an enactment would vanish, a *vana imago* like the *lex naturae*. But no! Where it does not rise naturally, where it is pumped up, and so cannot

be private water, it has to be saved from this ineptitude by a deeming: section 6(2) says:

“Whenever an owner of land obtains by artificial means on his own land a supply of water which is not derived from a public stream such water shall be deemed to be private water.”

Pumping may draw upon an underground river which is a public stream, and others may therefore have rights to it. So too water rising in a spring or in a pool. But if the water is not public, why not say outright that it is private water? Why drag it in by the back door and deem it natural?

These problems are characteristic of the sort of draftsmanship in the act. When the water that has risen or fallen upon one particular piece of land is to be used it is the owner of that bit of land that has “the sole, exclusive and unlimited use and enjoyment of it.” The 1912 act said that draining water and rainfall became the owner’s property. The 1956 act turns its back on any such tried and established legal language. But for all this high language, if the owner lets it drain off his land onto that of his neighbour then apparently it is abandoned. His neighbour gets the identical right from the same section. A curious feature of the section is that the drained or lead water only qualifies as private water when the draining or leading has taken place from one original grant to another. If it goes from one subdivision to another of the same farm whose water is it then? Is it still private water? It has neither risen nor fallen on the land on which it is then found. If it proceeds further and on to another original grant then the problem resolves itself and it is private water once more.

However the crucial test of private water, irrespective of whether it rises or falls or drains or is lead from grant to grant, is contained in the following words:

“but is not capable of common use for irrigation purposes.”

This is a negative test and it is quantitative. It is not expressed as a definite quantity on its own. It is a quantity inadequate to a particular purpose. When we turn to the purpose we find that it again is not definitely described nor is it determinable. The word “capable” is of course unfortunate. The water may be brackish, or polluted, or too remote to be capable of use. But I assume here that it is quantitative because the reference to “common use” suggests that the water *can* be used, but not in that way.

Common use implies at least two owners. If there are many such owners and the water cannot be used by them *all* - as is the case with so many rivers in this country - the water does not become private water. But we are left to guess that. It could easily have said at least two owners. And then it could also have made it clear that the im-

mediately preceding phrase "separate original grants" is what these owners owned in whole or in part. As the phrase stands it only refers to the draining or leading. Grammatically the water that rises or falls "on *any* land" - that does not mean on a separate original grant - must be incapable of common use in order to be private water. That would seem to refer to more owners than one irrespective of the diversity of grants. If this is correct then water split between two subdivisions would cease to be private water.

On this basis therefore it seems to make no difference whether the line dividing one holding from another is that of a subdivisional or a general boundary. So we can see how difficult it is to find out whether the water is sufficient for the purpose of irrigating on those holdings or not.

Constantly one has to say: Surely the legislature cannot have intended this or that! In short we have to interpret by applying *reductiones ad absurdum*. That is the form in which the legislature throws these insoluble problems into our lap. To change the metaphor, the law like the old Twelve Tables has been inscribed so high up that it cannot be read. It must be guessed at.

A gallon of water a day may be insufficient for any process of irrigation - save perhaps for a window-box. But any little vegetable garden may be split in half over a boundary and yet irrigated. Common sense tells us, however, that irrigators cannot turn water into public water by such minimal economic activity. Then again "incapable of common use" may mean insufficient for apportionment by the water court among claimants. But what number of claimants? Must none of their proportionate claims break the rule *de minimis non curat lex*? Must we say: This water is certainly enough for a full-fledged apportionment?

These questions have only to be put for the absurdity of the position to become manifest. When an owner cannot answer these questions he simply takes the water. From this spring, he argues, I have only enough to irrigate twenty morgen and that leaves another twenty morgen of my lands lying dry. The water is not half enough for me. How can it then be enough for common use?

In short private water is water you had better not go to court about, for it may cost you more than its worth. In fact it is not worth reading the act to try to find out what it is. Grab the water on the ancient principle of first come first served and put the onus on any claimant to the contrary. □

Aspects of the law governing contingencies for which the testator has not provided

(Continued)*

CJ Rowland

University of South Africa

It now becomes necessary to refer again to the doctrine of "necessary implication" as it applies to wills. It might be well to use as a starting-point a dictum in *Estate Greenacre v Brett* NO 1956 4 SA 291 (N) 295:

"To my mind, the effect of the cases dealing with a bequest by necessary implication may be summarised as follows:

- (1) 'If an event has occurred which was not contemplated by the testator at the time he made his will, the court is not entitled to surmise what the testator's intention would have been if he had contemplated the occurrence of that event and given effect to such surmise. To do so would be to add something to the will and not construe it' (see *Parker and Others v Estate Fletcher* 1932 CPD 202 at p 208);
- (2) Notwithstanding the above rule, if the court is satisfied from the language used by the testator in his will that he has in fact contemplated the occurrence of that event and has indicated his intention in respect thereof, then, even if his intention has not been expressed in specific words, it may be gathered by necessary implication from the terms of the will (see *Ex parte Estate Paley* 1943 CPD 181 at p 186, and Jarman on *Wills*, 8th ed, p 592);
- (3) Conjecture must not be taken for implication and, before a court will gather a testator's intention by necessary implication, it must be satisfied that his intention is indicated in such a way that an intention to the contrary cannot be supposed (see *In re Estate Sfaelos* 1935 NPD 291 at p 306; *Ex parte Estate Paley*, *supra*, at p 186);
- (4) In cases where the testator's intention may legitimately be implied, the implication may be used not only to fix the sense of ambiguous words but to control the sense even of clear words and supply the place of express words in cases of difficulty or ambiguity (see *Ex parte Paley*, *supra*, at p 187)."

*See 1972 *THRHR* 315 and 1973 *THRHR* 63.

This passage has been cited with approval in *In re Estate Westbrook* 1958 3 SA 241 (N) 247H and *Bassett v Platt* 1960 3 SA 307 (N) 315. The first rule quoted above has been approved several times in the cases - the most recent instance being *Ex parte Jewish Colonial Trust Ltd: In re Estate Nathan* 1967 4 SA 397 (N). Since the rule as stated and as elaborated in rule (2) is absolute, categorical and very wide, it must be refuted, or the whole argument put forward in this article is false, and all the principles stated above, except those enshrined in statute or in clear rules relating to specific types of cases, are simply wrong.

The statement contained in rule (1) in *Greenacre's* case is completely subjective in that it puts forward the view that, irrespective of what words have been used by the testator, unless the testator *actually contemplated* the event which has occurred, he has made no will in relation to that event - even if the words he has used in his will are wide enough to cover that event. The statement, if true, inevitably leads to two crucial questions which must *always*, in every case, be asked: did the testator, *in casu*, actually contemplate *all* the relevant events which have taken place? and: (taking into account rule (2) in *Greenacre's* case), has the testator actually or by implication dealt with every such event in his will? If any event has occurred which the testator did not *actually* contemplate, then he had no will in relation to that event. It necessarily follows that even if the words used in the document do cover the un-contemplated event which has occurred, the court may not interpret and give effect to those words because to do so will be to "surmise what the testator's intention would have been if he had contemplated the occurrence of that event and given effect to that surmise. To do so would be to add something to the will and not to construe it."

It is important to notice that the court in *Greenacre's* case is careful not to fall into a trap laid for those who follow too far a highly subjective approach to wills, namely, to substitute an orally expressed or even unexpressed intention for the written will. The trap is avoided by *strictly* limiting the sources from which the testator's *actual* intention may be deduced. It may only be deduced by necessary implication *from the terms of the will, ie* - it seems clear from the context of this phrase - the document itself. Even the surrounding circumstances to which the court may, according to other judgments, have access,²⁸ are apparently excluded. It seems clear that so subjective and so limited an approach cannot be supported in our law.

It is interesting, however, to examine what happens to the doctrine of necessary implication if a highly subjective approach is insisted

²⁸Cf *Ex parte Froy: In re Estate Brodie* 1954 2 SA 366 (C); *Allen v Estate Bloch* 1970 2 SA 376 (C); *Aubrey-Smith v Hofmeyr* 1973 1 SA 655 (C); and cf further Van der Merwe and Rowland *op cit* 454 *et seq.*

on. (It will be assumed that, in spite of the strict wording of rules (1) and (2) in *Greenacre's* case, evidence of surrounding circumstances may be led in accordance with the principles referred to in *Allen v Estate Bloch* 1970 2 SA 376 (C). If *actual intention* is required, then this actual intention *must be deduced by the court from the will in the context of the surrounding circumstances*,²⁹ unless there has been an error in reducing the will to writing.³⁰)

If the intention of the testator *can* be found in the will as it stands in the context of the admissible evidence of the surrounding circumstances, *then there is no need for any special doctrine of "necessary implication"* because all that has to be done is to *interpret* the will.

The term "necessary implication" may, of course, be used to describe the following process: a will contains words which, taken literally, are in conflict with the rest of the will, or lead to anomalous results. The will as a whole (where necessary viewed in the light of the surrounding circumstances) shows that the testator had a particular actual intention, and that this intention is not reflected in the words causing difficulty. The testator's intention being known from the will itself in its context, the words causing difficulty *must* be given a modified meaning in order to correspond with the testator's known intention. But it is not necessary to call this process "necessary implication," although there is no great objection to using the term in this way. The court is simply interpreting the will, that is, from the will as a whole in its context, determining and giving effect to the intention of the testator. The testator in all probability foresaw and meant to provide for the situation which has arisen, but for some reason he has done so confusedly or inaccurately, but his intention is nonetheless discoverable. The use of the term "necessary implication" to describe this form of interpretation is frequently found, and the courts sometimes state or recognise that it is merely a process of interpretation.³¹

²⁹*Cf Cuming v Cuming* 1945 AD 201 210; *Froy's case supra*; *Allen v Estate Bloch supra*; and *Aubrey-Smith v Hofmeyr supra*.

³⁰*Cf*, for example, *Rens v Esselen* 1957 4 SA 8 (T); *Ex parte Van der Spuy* 1965 4 SA 336 (T); *Van der Merwe and Rowland op cit* 472 473; and contrast *Aubrey-Smith v Hofmeyr supra*.

³¹The phrase is used in this sense in *Estate Greenacre v Brett* 1956 4 SA 291 (N); *In re Estate Westbrook* 1958 3 SA 241 (N) 247H, where the redundancy of the phrase in this sense appears clearly; and *cf*, for example, the use of the word "necessary" by Steyn *op cit* 48 49 51, and it seems that Steyn uses the phrase in this sense at 52 53; *Chapman v Ballim* 1968 2 SA 809 (D) 812C:

"The other process of interpretation is to hold that something is implied in the will. In such a case the literal construction must be departed from if by necessary implication such departure is necessary to give effect to the true intention of the testator. See, e.g., *Ex parte Sampson* 1955 3 SA 228 (E) 231 and the cases there cited; *Ex parte Paley's Estate* 1943 CPD 181."

In *Chapman v Ballim* the court found that the literal meaning of a word gave rise

If the actual intention is known, and owing to error in reducing this intention to writing, this intention does not appear in the will, then again there is no need for necessary implication, because *rectification* of the will must now take place.³² If there was *no actual intention*, then there is no room for necessary implication, according to rules (1) and (2) in *Greenacre's case*. The net result is that the whole doctrine of necessary implication, as an independently useful doctrine, disappears from the legal scene, its entire function being absorbed either into interpretation or rectification. (In the case of contracts, there is the additional alternative that a further, collateral agreement exists to supplement the agreement under consideration. This may, subject to the limitations of the parol evidence rules, be proved. Nevertheless, once more, there is no room for necessary implication as a separate tool if a strictly subjective approach is adopted.)

It is submitted that there is no objection to using the term "necessary implication" to describe the process in question in *Greenacre*, *Westbrook* and *Chapman v Ballin*, but giving it the name "necessary implication" cannot alter the fact that the process is merely a normal process of interpretation which does not really need a special name. The writer submits, however, that there are strong reasons against *restricting* the term to this usage only. The term, it is submitted, also describes a much more valuable and powerful doctrine which is presently developing in our law. This doctrine goes further than mere interpretation, for it is not restricted to establishing a testator's actual intention in relation to circumstances for which he has provided, but is able to give guidance in relation to circumstances for which the testator has not provided, even where he had no actual, specific intention in relation to those circumstances. This developing doctrine must not now be completely denatured by judicial insistence on a severely restrictive, absolute, subjective approach to the testator's intention, that is, by the approach demanded by rules (1) and (2) of *Greenacre's case*.

A writer who has accepted this extreme subjective approach in regard to the interpretation of contracts is Advocate AS Botha.³³ Botha, (at pp 7-8) makes a distinction which, it is submitted with respect, cannot be supported. He says:

to a startling result. The court therefore looked to the will as a whole in order to find out what the testator meant. The court then held that the testator had not meant the word concerned literally, and departed from the literal meaning. At 814: "In reaching the conclusion referred to above I do not think that I have indulged in speculation . . . I have rather endeavoured to ascertain from a consideration of the will in its entirety the true meaning and wishes of the testator."

³²*Rens v Esselen supra*; *Ex parte Van der Spuy supra*; *Jarvis v Hawken* 1959 2 SA 594 (FC); *Aubrey-Smith v Hofmeyr supra*.

³³"Vertolking en Stilswyende Bedinge" *Huldigingsbundel AD Pont AA Balkema* Cape Town 1970 7-18.

“By suiwer vertolking gaan dit slegs oor die vraag; wat beteken die wilsverklarings van die partye? Hier is die werklike of subjektiewe bedoeling van die partye nie ter sake nie; die enigste bedoeling van die partye wat bepaal moet word, is dit wat uit die kontrak self blyk . . .³⁴ By die vraag na ’n stilswyende beding is die benadering heel anders. Hier word die subjektiewe bedoeling van die partye voorop gestel, aangesien ’n stilswyende beding juis berus op die onuitgesproke wilsooreenstemming van die partye:

„Die uitdrukking „stilswyende beding” dui reeds daarop dat dit iets moet wees wat die partye bedoel het, of geag moet word te bedoel het, maar waaraan hulle geen uiting gegee het nie.”³⁵

Dit beteken nie dat direkte getuienis gelewer kan word oor wat die partye bedoel het nie, maar dit beteken wel dat die ondersoek in verband met ’n beweerde stilswyende beding ’n ondersoek is wat gemik is op die vasstelling van die werklike bedoeling van die partye.”

Botha says that evidence of surrounding circumstances is always admissible for the purpose of making a necessary implication. This is true, but it is submitted to be equally true of interpretation, in spite of his assertion to the contrary, based on *Delmas Milling Co v Du Plessis* 1955 3 SA 447 (A) 454 - see *Cuming v Cuming* 1945 AD 201 210; *Ex parte Froy: in re Estate Brodie* 1954 2 SA 366(C); *Aubrey-Smith v Hofmeyr* 1973 1 SA 655 (C) 657H. (He states on the basis of English

³⁴Botha’s article continues with a quotation: “The rule of interpretation is to ascertain, not what the parties’ intention was, but what the language used in the contract means, ie what their intention was as expressed in the contract . . . The intention of the parties must be gathered from their language, not from what either of them may have had in mind.”

Botha sets out a method of interpretation of contracts which closely follows that prescribed by Schreiner JA in *Delmas Milling Co v Du Plessis* 1955 3 SA 447 (A) 454 455, according to which evidence *aliunde* may only be admitted if the meaning of the document cannot be discovered by a process of “linguistic treatment.” The approach in *Delmas Milling Co* has not been universally accepted - see Kerr, 1969 *SALJ* 271 415 418. Botha continues: “Die ondersoek bly egter steeds toegespits op die vasstelling van die betekenis van die woorde wat die partye gebruik het.” This highly objective approach to interpretation is not, in fact, followed by the courts - at any rate in relation to wills. The quotation in the passage cited above is taken from *Van der Merwe v Viljoen* 1953 1 SA 60 (A) 63 and the quotation itself, after the first line or so, indicates that the subjective intention of the parties is at least a partial goal of the process of interpretation. So, in *Cuming v Cuming* 1945 AD 201, which was, in fact, cited in *Van der Merwe v Viljoen supra*, the court, at 206 207 and again at 210, approved such statements of the law as: “The wish of the testator, as clearly and fully expressed in the will, must be given effect to” and “the question is neither what the testator meant, apart from the words, nor what the words mean, apart from the intention, but what the testator meant by using them,” and “the sole object is, of course, to ascertain from the will the testator’s intentions.” Cf too *Harter v Epstein* 1953 1 SA 287 (A) 292 297 298 and *Crookes v Watson* 1956 1 SA 277 (A) 298: “In interpreting and putting into effect the provision of a will the testator’s wishes are of paramount importance . . . whereas a contracting party is sternly held to his intention as expressed” - cf *Harter v Epstein* 297G.

³⁵*Van der Merwe v Viljoen supra* at 65.

authority,³⁶ that the search for a necessary implication can only take place once the process of interpretation is complete, and that there can be no necessary implication if the term to be implied conflicts with an express provision in the contract.)

The assertion that the process of establishing the existence of implied terms is completely subjective cannot be accepted. Firstly, the best evidence of subjective intention, namely direct evidence, is normally excluded. Secondly, the sources from which a "stilswyende beding" (as Botha uses the expression) may be deduced are precisely those which are available to a court which has to interpret an ambiguous document, and the same result must be reached - the interpreter is determining *from the words in their context*³⁷ the intention of the testator, and this is the process of *interpretation*. To say that a term will only be implied if it is necessary to give business efficacy to the contract is either nonsense, or else it shows that necessary implication goes further than the above quotation suggests, since the courts must always discover and give effect to the intention of the parties as deduced from the words they have used, in the context of the surrounding circumstances - irrespective of whether or not this is necessary to give business efficacy to the contract. This is merely establishing the contents of, and enforcing, the contract itself.

Perhaps it would be best to do as Corbin does,³⁸ *ie* to distinguish between "a promise . . . put in by a process of implication when the conduct of the parties reasonably interpreted has expressed it" on the one hand, and "a promise . . . put in by construction of law, in the absence of justified implication" on the other hand. Only the latter need be qualified by the requirement of "business efficacy." The former is a part of the process of interpretation. The "stilswyende beding" described by Botha is a case of the former. As Corbin says:³⁹

"Only the least thought is necessary to realize that a 'gap' in an agreement should not be filled merely because a gap exists. No promise, or condition of a promise, should be added by either implication or judicial construction, merely because the parties did not put it into their words of agreement. The subject matter and content of any contract is limited, all the rest of the world being excluded. Parties may contract for the sale of one motor car, even though there are a million others that they might have included in the deal. The seller may make a single warranty of the car, although a dozen other warranties are sometimes made. The exclusion of other cars and other promises does not in itself show a gap that ought to be filled. *A promise that is not there in language, or an unexpressed condition of an express promise, should be put in by process of implication only when the conduct of the parties reasonably interpreted already has expressed it. It should be put in by construction of law, in the absence of*

³⁶ *Luxor (Eastbourne) Ltd v Cooper* 1941 1 All ER 33 40.

³⁷ On the meaning of "context" in this connection, see *Cuming's case supra* 210.

³⁸ *Corbin on Contracts* West Publishing Co 1960 vol 3 s 569 p 341.

³⁹s 569 p 341 - the italics are mine.

justified implication, only when justice imperiously demands it under the circumstances that have arisen." (Italics supplied.)

If this is done, one type of "necessary implication" or "stilswyende beding" can be allowed to merge with the process of interpretation, and the other type, namely, the "promise or term implied by construction of law when justice imperiously demands it under the circumstances that have arisen" can now take up our attention. As has just been remarked, it is in relation to *this* type of implication that the requirement of necessity to give business efficacy to the contract in the circumstances which have arisen, becomes important. In America as well as in England writers, and to some extent the courts, have come to recognise that what still masquerades as a "necessary implication" of actual intention is in fact a process of implication by construction of law. A clear example is to be found in the law dealing with frustration. An interesting group of cases is the "coronation cases," in which a number of contracts were entered into with the purpose of acquiring vantage points from which the coronation of Edward VII could be viewed. On the day before the coronation the king became ill, and the coronation ceremonies were cancelled. Although the contracts were still capable of literal fulfilment, the whole basis of the contracts had fallen away. The cases as then decided are somewhat inconsistent, but in those cases in which the court ordered restitution, it did so on the basis that there was a condition implied in the contract by the parties requiring restitution in the circumstances which had arisen. English law now recognises that these cases are not properly based on implied conditions, but on a condition construed by the court.⁴⁰

⁴⁰Corbin *op cit* s 565 pp 304 305 sets out the position as follows:

"In one case it was held that the hirer could not compel repayment of money paid in advance. A second case held that the owner could not compel payment of money not yet due, the purpose of the hiring contract having been frustrated. A third case held that one who had hired a yacht in which to transport passengers to see the review of the fleet was still bound to pay the full agreed rental. These cases caused much discussion and criticism. With respect to the first, it is clear that there was no implied promise to pay back money received on account; but the House of Lords has now, after nearly forty years, expressly overruled the decision and holds that when the object of a contract has been wholly frustrated, there is a legal duty to pay back money received in advance. This is recognised as a case of quasi contract and not one in which there is a promise implied in fact. In the second case, it was held that the hirer's duty to make payment was subject to an implied condition - the occurrence of the procession. The recent English cases sustain this, indicating that it is a constructive condition, not found by any true process of interpretation; the promisor's duty to render his promised performance is constructively conditional on the absence of any supervening impossibility. The third case must be regarded as overruled also, unless it can be distinguished on the ground that the purpose of the hirer of the yacht was not substantially frustrated by the King's illness. It is true that the fleet, the Isle of Wight, and the great blue ocean were still in existence, and the use of the yacht for the proposed cruise might still have been worth the agreed price."

Corbin⁴¹ cites Lord Wright in *Denny Mott & D v Fraser & Co* 1944 1 All ER 678:

“The doctrine [of frustration] is invented by the court in order to supplement the defects of the actual contract. The parties did not anticipate fully and completely, if at all, or provide for what actually happened;”

and Webber *The Effect of War Contracts*:⁴²

“The time has come to shed the fiction of ‘implied contract’ and to regard the doctrine [of frustration] as a *mode by which, upon the facts of a case, the court itself does justice in circumstances for which the parties never provided.*”⁴³

It may be that what has happened under the guise or fiction of discovering and applying a subjective intention, is that the writers, and, to a lesser extent, the courts, have come to recognise in the English frustration cases that if a real intention is being sought and applied, it is a “subconscious” one (!),⁴⁴ whence it was not too long a step to recognising that “the court imposes on the parties the just and reasonable solution that the new situation demands.”⁴⁵ It may well be that this process may ultimately take place in relation to the doctrine of *The Moorcock*.⁴⁶

If, therefore, necessary implication disappears completely when it is made to depend on a fully subjective intention of the testator, we must discover whether or not our law really insists on a rigidly subjective approach to implied terms. Put in another way, does our law allow the courts to construe additional terms where justice and fairness imperatively demand that this be done, even if the parties never contemplated the situation which has arisen and the parties therefore had no actual intention in relation to that situation?

Do the courts really in relation to contracts, require *actual* intention before they will imply a term into a contract? In *The Administrator of the Transvaal v Industrial & Commercial Timber and Supply Co Ltd* 1932 AD 25 33 34 Wessels JA said:

“Are we to consider the intention of the particular individual who enters into the contract? . . . The court is to determine from all the circumstances what a reasonable and honest person who enters into such a transaction would have done, not what a crafty person might have done who had an ‘*arrière pensée*’ to trick the other party into an omission of the term. The transaction must be regarded as a normal business transaction between two parties both acting as reasonable business men.”

⁴¹*op cit* s 565 pp 304 305.

⁴²2nd ed 1946 at 414.

⁴³Further to this see, for example, Cheshire and Fifoot *The Law of Contract* 7th ed Butterworths London 1969 509 510.

⁴⁴*ibid* 509.

⁴⁵*ibid* 510.

⁴⁶*ibid* 156 *et seq.*

This judgment was approved in *Cape Town Municipality v F Robb and Co Ltd* 1966 4 SA 329 (A) 341 342. The court held that in the circumstances an implied term might be imported into the contract under consideration, in spite of the fact that the court, at 338, had held that it was "highly probable that, at the time of the conclusion of the contracts, . . . the parties did not consciously contemplate" the circumstances which subsequently arose. Certainly, this does not suggest that a completely subjective approach or "subjektiewe bedeling" is required for the implication of a term. The court in fact *built onto* and extended the expressed intention of the parties as far as this intention went in order to construct and formulate for the parties a term necessary to give business efficacy to the contract - a term which the parties themselves never thought of, but one which, had the possibility been brought to their minds, they would, as reasonable businessmen, very probably have approved.

In *Techni-Pak Sales Pty Ltd v Hall* 1968 3 SA 231 (W) 236 237, Colman J held that a term could be implied into a contract if it is

"necessary . . . to give business efficacy to the contract; and, what is more, the court must be satisfied that it is a term which the parties themselves intended to operate if the occasion for such operation arose, although they did not express it . . . That does not mean, in my view, that the parties must consciously have visualised the situation in which the term would come into operation. In *Broome and Another v Pardess Co-Operative Society* (1940) 1 All ER 603, Mackinnon LJ, applying the test which I have quoted, referred to the hypothetical asker of the question as 'a more imaginative friend.' It does not matter, therefore, if the negotiating parties fail to think of the situation in which the term would be required, provided that their common intention was such that a reference to such a possible situation would have evoked from them a prompt and unanimous assertion of the term which was to govern it."

Again, this goes far from requiring a strictly subjective approach, and places in the place of a conscious, subjective intention a construction by the court which builds onto the expressed intention of the parties.

In relation to wills several points are of importance. Firstly, if the law requires an actual, subjective intention before it will allow a term to be implied into a will, it is surely very strange that the crucial question is very rarely seriously asked by the courts: did the parties actually consider this point, and decide not to deal with it because it was so obvious as to be unnecessary? - which would make implication possible - or did they not think of it? - in which case, implication should be impossible.

Secondly, our courts do not require so subjective an intention as that demanded in *Greenacre's* case *supra*. The following rule was laid down in *Cuming v Cuming* 1945 AD 201 213 (italics supplied):

"I may restate the matter thus: A court dealing with a will cannot give effect to something which a testator may probably have meant, but which his

words do not cover: with that point I have already dealt at length. It also cannot give effect to something which his words are wide enough to cover, but which the probabilities of the case show that he did not intend - see *In re Layard* (85 LJ Chanc 515 (CA)). *But if he uses wide words and most probably intended them in that wide sense, without, however, having in mind everything which is comprehended in that wide sense - nay, even if it be very probable that he did not have some such particular thing in mind at all, but that he would have intended it to be comprehended if he had thought of it - then full effect should be given to the words which he has used.*"

The italicised passage was criticised by Herbststein J in *Rubinow v Friedlander* 1953 1 SA 6 (C) 16 17:

"That full effect should be given to the words used by a testator is clear; but I have some difficulty in appreciating how one is to give effect to the intention of a testator as gathered from the words he used and at the same time to say that he intended something 'if it be very probable that he did not have some such particular thing in mind at all.' If he did not have it in mind, then, surely, he could not have intended it."

In *Bennett v Rowland* 1961 4 SA 875 (E) 882 the court cited the italicised passage from *Cuming's* case and said:

"Notwithstanding that this passage is criticised by HERBSTEIN J in *Rubinow and Another v Friedlander NO and Others* 1953 1 SA 6 (C) at pp 16H-17A, it is cited with approval by RAMSBOTTOM J in *Katz and Another v Gordon* 1958 4 SA 213 (W) at pp 216H-217A, where it is emphasised that the other members of the court concurred therein, and is applied by ROSENOW J in *Ex parte Loest* 1960 1 SA 688 (C) at p 689F-G."

The italicised passage has also been quoted and approved, or referred to with approval, in *Ex parte Godden* 1962 2 SA 360 (SR) 364; *McKechnie v Van Soelen* 1963 4 SA 789 (T) 791; *Ex parte Estate Wienand* 1965 1 SA 576 (C) 579; *Estate Orpen v Estate Atkinson* 1966 2 SA 639 (C) 642.

An attempt has also been made in Van der Merwe and Rowland, *op cit* 461 to justify the italicised passage from *Cuming v Cuming*.

Thirdly, Van den Heever JA has shown in *The Partiarian Agricultural Lease* (Juta, Cape Town) that the courts do not and could not possibly require actual contemplation of all the *naturalia* of a contract in order that they should be binding on the parties. Judge Van den Heever said at 7:

"In classifying a contract to-day we have an object in view entirely different to that of the Romans on the same quest. When Roman formalism fell into disuetude and with it the distinction between contracts and pacts, every contractual undertaking seriously entered into by a person of full capacity with the intention of being obliged became actionable, provided it was not disgraceful, impossible of performance, illicit, immoral or against public policy (Voet 2 14 6). We have no *legis actiones* or specially designed *formulae*. The courts will enforce any lawful contract according to its tenor. It is hardly possible to do so, but there is nothing to prevent parties to a contract from setting out fully all the incidents of their agreement in every possible contingency both as between themselves and (apart from simulation) as between either of them and outsiders. Where they have failed to do so the courts will

supplement their expressed intentions by the standard provisions of the type of contract which they have entered into and they will be *deemed* to have intended such supplementary incidents and results even if the idea never entered their heads. Apart from this there is no point in modern practice in the classification of contracts.”

Exactly the same applies in relation to a will. Where, for instance, a testator makes a bequest “subject to a fideicommissum,” the consequences which flow from the bequest, the rights and duties of the persons affected, will be governed by the substantive law relating to fideicommissa and will not be subject to the testator’s having positively contemplated every one of those consequences.

Fourthly, and more specifically in relation to implied terms in wills the courts have not always required an actual, subjective intention before they would be prepared to write into a will a term which the testator did not include therein. In *Ex parte Sampson* 1955 3 SA 228 (E) certain beneficiaries proposed to waive annuities left to them in terms of a will in order to allow an acceleration of benefits to other beneficiaries. The actual words of the will postponed the benefit to the other beneficiaries to the *death* of the last annuitant. The court was prepared to allow acceleration, holding that the will indicated an intention to postpone accrual of benefits only until death of the annuitants or *until the annuities were no longer to be paid*. After quoting the passage which forms rule (2) in *Greenacre’s* case (and which requires a strictly subjective intention) the court did *not* proceed to look for an actual, subjective intention, but in fact, decided what the testatrix, as a reasonable testatrix, would probably have intended, in the light of the terms of the will, in the surrounding circumstances, had she thought of the circumstances which ultimately arose. It seems clear that actual foresight or “contemplation” was not required.

Sampson’s case was cited in *Ex parte Estate Tomson* 1962 4 SA 763 (W) 766. The court in *Tomson’s* case held specifically that “[i]t seems clear to me that an event not contemplated by the testator has occurred . . . Because he did not contemplate the disposition he made no provision for what should happen if the disposition did take place,” and then quoted at length from *Sampson’s* case, including passages suggesting that an actual, subjective intention is required. The court cited this passage from *Sampson’s* case, p 231:

“[T]he literal construction must be departed from if by necessary implication such departure is necessary to give effect to the true intention of the testator.”

In *Tomson’s* case Kuper J proceeded, at 766-7:

“If the literal construction of the terms in issue is that the employees must remain notwithstanding the passing of control, it seems to me that by necessary implication a departure is necessary to give effect to the true intention of the testator as shown by his language in the other trusts and by the background facts against which he drew his last will.”

“True intention” cannot mean actual, specific intention *in relation to the actual circumstances as they have arisen*. The “true intention” is the actual, but basic or underlying intention or *volumas* of the testator, namely to create a scheme and to have this scheme effectively carried out. His scheme, as set out in his will, will have several elements, of which the most important will often be an intention to allocate particular proportions of his estate to respective beneficiaries either absolutely, or for special purposes or subject to special conditions or restrictions. Other elements in his scheme will be apparent in particular cases, one such element frequently being a strong intention to prefer family to strangers.⁴⁷ Although it did not do so in so many words, the court in *Tomson’s* case in effect held that a term could be imported (by way of necessary implication) into the will to cover the unforeseen circumstances which had arisen. This case goes a long way towards accepting that what is required for necessary implication is *not* a subjective intention, but a strong probability that, in the light of the probable underlying intention of the testator as deduced from the terms of the will in its surrounding circumstances, the testator, as a reasonable testator would not have had an intention contrary to that imputed to him by the court. Put in another way, the extension by the court of the testator’s underlying intention is such that an intention to the contrary cannot reasonably be supposed.

Reference must be made to the extremely valuable article by Advocates George Findlay QC and FC Kirk-Cohen 1953 *SALJ* 145-152.

The article deals with implied terms in contracts, but the principles raised in the article are stated in sufficient depth to be almost equally applicable to wills. The learned authors not only recognise that a fully subjective intention is not in fact required for the implication of a term into a contract, but they show how important it is that the law be allowed to develop, perhaps paying lip service to the doctrine that an actual, subjective intention is required for the implication of a term into a contract, but nonetheless not adhering slavishly to that doctrine. The authors say at pp 145-147:

“A legal fiction involves a pretence. When we speak of a fictitious interpretation of a contract it is important for us to identify precisely what that pretence is . . . in fictitious interpretation the court pretends to be interpreting the contract. In truth and in fact it is not interpreting the contract at all, but it is performing a new and extremely interesting function . . .

“Fictitious interpretation attributes to the parties an intention or an agreement upon some aspect of their transaction which admittedly they did *not* entertain.

⁴⁷*Cf Tomson’s* case *supra* 767B. The contents of the testator’s basic or underlying intention will be discussed more fully below.

“The need for fictitious interpretation usually arises out of some completely unexpected event - an event that may cause the contract to operate with gross unfairness in one direction or another . . .

[J]ustice . . . requires . . . the judicial modification of its terms . . . However just such a solution may be, the court declines to embark upon it.

“It is here that the stage is set for the introduction of the legal fiction. The rigid principle against the judicial modification of contract must remain inviolate. But the court can ‘interpret’ the contract. That is its proper function. And while it remains - or appears to remain - within that function the just solution of the matter can still be achieved. In the consequent ‘interpretation’ the ‘implied term’ flourishes like the green bay tree, and we are haunted by a supposed ‘intention of the parties’ which we often know they did not entertain. The equities creep in through the ‘surrounding circumstances’ which did not really surround the parties when they made their contract but were merely there as potentialities of which they were quite unaware.”

Having stated that it is difficult to define the borderline between interpretation and “fictitious interpretation” the authors continue (at 149):

“We would suggest that the fiction commences where an intention is attributed to a person which was not in fact entertained; where we move to what the party ‘must have had in mind’ or ‘must be regarded as having had in mind’ in order to arrive at an equitable solution; when the coercive force of the word ‘must’ as here used arises more from the necessity of finding a just solution than from necessary inference as to what the facts really were.”

The article concludes with the remark (at 152) that the

“courts will no doubt go on pretending to interpret while they are really modifying. This is all to the good. We have not yet found and explained the principles of contractual modification - at least not with sufficient clarity to act upon them boldly as we do under the doctrine of *cy-près*. It is still only under the cloak of fictitious interpretation that these principles for modification will be developed.”

It is suggested by Corbin (*op cit*) in the United States, and by JF Burrows (1968 *Modern Law Review* 390-407) in England that, whatever the courts may say they are doing, it would appear that what they in effect often do, and have the power to do, is to impose a solution on the case which to the court seems just and reasonable in the circumstances.

Thus, Burrows says (*op cit*) 406:

“In almost every case where the judges have emphasised that each case is to be examined on its own facts, they have said that the question is one of whether a term can be implied, which depends on the “intentions of the parties” in that case.

“So, in the cases on interference with enjoyment, one finds passages which rely heavily on this element of intention: statements that if the parties had been asked they would not [*sic*: From the context it appears that ‘not’ should be omitted], ‘have immediately said “Oh there is no need really to put that in because it is so abundantly clear” ’; that any other conclusion ‘would not be to give effect to the intentions of the parties.’

“ . . . So what, in theory, the courts have been saying is that it is the parties alone who can impose a duty . . . and one must scrutinise each case closely for indications of such intention. Yet ‘intention’ is always a very difficult thing to discover in the absence of express words. It is difficult enough if one is trying to find one man’s intention; when, as here, one has to try to find a *common* intention, and that on a matter which the parties probably never even thought about, there can be no other conclusion than that it is the court which is imposing its own views of what they ought to have intended. In the last resort, it is the court itself which imposes the standard.”

It is submitted, therefore, that in our law as elsewhere an actual, subjective intention covering the circumstances which have arisen is *not* a prerequisite for the implication of a term into a will or into a contract, the dictum in *Parker v Estate Fletcher* 1932 CPD 202 notwithstanding. It follows that rules (1) and (2) in *Greenacre’s* case do not represent the law.

(*To be concluded*)

BUTTERWORTHS OF SOUTH AFRICA OVERSEAS STUDY TRAVEL GRANT

Applications are invited from full-time teachers of law in any South African or Rhodesian university for the 1974 grant. The grant amounts to R600 each alternate year and is available for study travel to the Continent of Europe and the United Kingdom only; the duration of the stay must be not less than four months.

Applications for the grant must be made no later than 30th June and should be addressed to the Editorial Director, Butterworths, P.O. Box 792, Durban, indicating the specific reasons for the visit overseas, the places to be visited and the year and period of absence from South Africa. The selection will be made during July or August, and the successful applicant notified as soon as possible thereafter.

Aantekeninge

DIE TOEPASSING VAN ARTIKEL 205(1) VAN DIE STRAF- PROSESWET NA AANLEIDING VAN *S v SEPTEMBER* 1972 3 SA 389 (K)

In sy artikel in 1972 *THRHR* 299 ev tree dr NJ van der Merwe vir die streeklandddros wat Louis September (*S v September* 1972 3 SA 389 (K)) verhoor het, in die bresse en opper hy sekere bedenkinge teen die beslissing van twee regters van die Kaapse hooggeregshof wat die prokureur-generaal se appèl gehandhaaf het. Die artikel lewer voorts 'n pleidooi vir die uitbreiding van die bevoegdheid van laer-howe om verhore in voorlopige ondersoekte te omskep. Dit val te betwyfel of so 'n uitbreiding enige oplossing bied; intendeel, dit mag meer vraagstukke skep as wat dit oplos.

In die appèl was die hoof-regspraak kortweg of die streeklandddros die reg korrek op die volgende feite toegepas het:

„Die beskuldigde (respondent), 'n kleurlingseun van 16 jaar, wat drank ingehad het, maar nie dronk was nie, het met die oorledene baklei, maar ten aanskoue van ander mense, die slegste daarvan afgekom en huilend na sy huis gehardloop. 'n Rukkie daarna het die beskuldigde (respondent) die oorledene waar hy gelê en slaap het tweekeer met 'n mes in sy sy gesteek. Die oorledene is twee dae later dood as gevolg van 'n steekwond wat die grootderm getref het en inwendige bloeding, sonder dat hy ooit mediese behandeling vir die steekwonde ontvang het.”

Indien elkeen van die faktore wat in hierdie geval die beskuldigde se gemoedstemming en insig kon beïnvloed het, kumulatief in aanmerking geneem word, word daar met agting aan die hand gegee dat opset nie bo redelike twyfel bewys kon bevind word nie. Voortvarendheid word dikwels by jeugdiges aangetref. Dit is 'n karaktertrek of emosie wat rasonele, logiese denke kortwiek. As dit aan die woede wat uit vernedering voortvloei en die beneweldheid van sinne wat drankgebruik voortbring, gekoppel word, sou dit verbasend wees indien die beskuldigde aan enigiets anders as sy onmiddellike doel kon gedink het.

Die beskuldigde se doel kan in die onderhawige saak slegs uit die wyse waarop hy daaraan uiting gegee het, herlei word. Die oorledene het gelê en slaap: hy was nòg 'n bewegende teiken, nòg 'n gevaar wat deur haastige optrede afgeweer moes word. Die beskuldigde steek nie

in die nek of bors nie maar verkies om die oorledene in die sy te steek. (*R v Du Randt* 1954 1 SA 313 (A) verleen geen steun aan 'n betoog dat opset in *S v September* aanwesig is nie. Weliswaar is die wond in die *Du Randt*-saak in die oorledene se been toegedien, maar die hof motiveer die bevinding van opset soos volg (316G-317A):

„It was, however, contended on behalf of the first appellant that the Crown had failed to prove beyond reasonable doubt that he inflicted the wound with an intention to kill, because the wound was not in what is usually regarded as a vital part of the human body. It was contended that the first appellant did not know that he would be severing the femoral vein or that the deceased would bleed to death as a result of the wound. But it seemed to us that the first appellant during the time he struggled with the deceased decided, in order to ensure his escape, to inflict a wound with a dangerous instrument on any part of the deceased's body which he could reach, with recklessness as to whether death would result or not. To support a charge of murder there need not be a purpose to kill proved as an actual fact, it is sufficient if there is an appreciation that there is some risk to life involved in the action contemplated, coupled with recklessness as to whether or not the risk is fulfilled in death. See *R v Huebsch* 1953 2 SA 651 at p 567 (A). In this case, although the wound was not in what is usually regarded as a vital part of the human body, the manner in which it was inflicted must have made it apparent to the first appellant that it would constitute a grave danger to the life of the accused. A deep wound of this description in the spot where it was inflicted is obviously dangerous to the person concerned. For these reasons we came to the conclusion that the verdict of murder returned against the first appellant could not be disturbed.”)

Dat September die oorledene wou seermaak, ly geen twyfel nie, maar kan daar bo redelike twyfel gesê word dat hierdie woedende, effens besope, voortvarende jongman werklik daaraan gedink het dat sy handeling die oorledene sy lewe mag ontnem? Daar word aan die hand gegee dat al die faktore juis op die ontkenning van so 'n gedagte dui. Dit was dan ook die bevinding in appèl. Selfs dr Van der Merwe (tap) erken „dat meningsverskil egter hieroor [dat opset bewys is] geredelik bestaanbaar is.” En waar daar 'n redelik bestaanbare twyfel is, kan daar tog geen skuldigbevinding aan die opsetsmisdaad volg nie!

Indien die beskuldigde dan nie werklik die dood voorsien het nie, is hy hoegenaamd aan enige misdaad skuldig?

Dolus en *culpa* is selfstandige begrippe wat onderskeibaar omskryf word en wat sedert *S v Van der Mescht* 1962 1 SA 521 (A) en *S v Bernardus* 1965 3 SA 287 (A) duideliker omlyn is as ooit tevore. Dit volg dat *culpa* net so seker bewys moet word as *dolus*.

Dit is egter verkeerd om die stelling te maak dat *dolus* en *culpa* onderling uitskakelend werk: dat waar die een aanwesig is, die ander nie kan bestaan nie. Indien dit korrek sou wees, kan daar in 'n gegewe geval twyfel bestaan of *culpa* bo redelike twyfel bewys is, juis omdat die moontlikheid van *dolus* (waarvan die bestaan nie bo redelike twyfel bewys is nie) nie uitgesluit kan word nie. In *S v September supra* 391 stel regter Van Heerden dit so:

„Dit is verder betoog dat die vereistes vir moord sodanig van die vereistes van strafbare manslag verskil dat dit nie gesê kan word dat moord o a die vereistes van strafbare manslag insluit nie. Ter staving van hierdie stelling is beklemtoon dat die vereiste van strafbare manslag *culpa* is terwyl dié van moord *dolus* is en dat waar *dolus* bestaan daar geen *culpa* kan wees nie. As hierdie betoog suiwer is sou dit beteken dat waar daar 'n redelike twyfel bestaan of 'n beskuldigde met opset gedood het, maar dat dit moontlik is dat hy wel die nodige opset gehad het, die beskuldigde onskuldig bevind moet word of slegs skuldig aan aanranding omdat in so 'n geval dit nie bo redelike twyfel bewys was dat die beskuldigde nalatig was nie en ook nie bo redelike twyfel bewys was dat hy opsetlik gedood het nie.”

Waar moord ten laste gelê word, kom, in die ondersoek na die skuldelement, die vraag of opset bestaan eerste aan die beurt. Is opset bo redelike twyfel bewys, *caedit quaestio*. Slegs waar opset nie afdoende bewys word nie, word daartoe oorgegaan om vas te stel of die skuldvorm wat minder verwythbaar is, bo redelike twyfel aanwesig is. 'n Hof bevind nie dat albei skuldvorms aanwesig is en oefen dan 'n keuse uit nie, net so min as wat 'n hof, waar moord bewys is, doelbewus 'n keuse maak tussen 'n skuldigbevinding aan moord of 'n skuldigbevinding aan aanranding, wat 'n metgesel in alle moordsake is.

Hoewel die *aard* van die begrippe *dolus* en *culpa* nie oorvleuel nie, is dit wel waar dat daar, in 'n bepaalde feitekompleks, 'n bevestigende antwoord verkry kan word op albei die vrae:

- (1) was die gevolge van die beskuldigde se handeling redelik voorsienbaar?
- (2) het die beskuldigde self werklik daardie gevolge voorsien?

Dit is dus nie die wese van *dolus* en *culpa* wat mekaar „oorvleuel” nie maar die aanwesigheid van albei in dieselfde feitekompleks. In hierdie sin word oorvleueling van *dolus* en *culpa* daagliks in ons howe gevind.

Die streeklanddros het dus, met agting, ten onregte beslis dat *culpa* nie in *S v September supra* aanwesig kan wees nie. Soos reeds hierbo aangetoon, was die dood as gevolg van die twee steekwonde redelik voorsienbaar. Die nodige skuldvorm vir die ten laste gelegde misdryf is bo redelike twyfel bewys. Daar is aan al die vereistes vir die toepassing van artikel 205 (1) van die Strafproseswet voldoen soos in *R v Naidoo* 1949 4 SA 863 (A) vertolk.

Al het die streeklanddros dus tot die gevolgtrekking gekom dat September aan moord skuldig was, was die korrekte uitspraak tog 'n skuldigbevinding aan strafbare manslag en nie 'n onskuldigbevinding nie.

Daar is dus geen ruimte vir die toepassing van artikel 196 (1) van die Strafproseswet nie (vgl Van der Merwe *THRHR* 301) aangesien

September nie „weens moord aangekla” was nie, maar weens strafbare manslag.

Dr Van der Merwe (tap) koppel September se ontslag aan die beperking waaraan die landdros se magte tot omskepping onderworpe is. Daar word aan die hand gedoen dat daar reeds genoegsame maatreëls bestaan om te verseker dat ’n bevoegde hof die misdaad verhoor en straf. ’n Uitbreiding van hierdie maatreëls kan die finaliteitsbeginsel skaad. ’n Beskuldigde is ook gewis daarop geregtig dat sy saak met die minste oponthoud en ongerief verhoor word.

Bowendien is omskepping nie ’n wondermiddel nie. Waar ’n „engere” misdryf ten laste gelê is maar ’n „wyere” misdryf bewys word, sal ’n uitbreiding van die landdros se magte kwalik ’n oplossing vir die probleem in die hooggeregshof wees. By wyse van toeligting die volgende voorbeeld. By ’n voorlopige ondersoek na die dood van ’n persoon word al die beskikbare getuienis aangevoer. Niks meer as strafbare manslag word bewys nie. Daar word besluit om die beskuldigde in die hooggeregshof op ’n aanklag van strafbare manslag te laat teregstaan aangesien die vonnis, met inagneming van die beskuldigde se vorige veroordelinge, moontlik die streekhof se bevoegdheid ten opsigte van straftoemeting mag oorskry. By die verhoor pleit die beskuldigde onskuldig op die aanklag en word hy daardeur, kragtens artikel 169 (6) van die Strafproseswet, op ’n uitspraak geregtig. Na aanvang van getuienisaflegging namens die staat kom ’n persoon na vore wat daardie dag van ’n lang reis teruggekeer het, vir die eerste keer van die saak hoor en in staat is om getuienis af te lê wat onteenseglik ’n opset om te vermoor aan die kant van die beskuldigde bewys.

In so ’n geval sal dit nie verrassend wees indien die hof sou beslis dat die aangebode getuienis ten opsigte van die beskuldigde se opset irrelevant of andersins ontoelaatbaar is nie. Indien die aangebode getuienis egter wel toegelaat word, word aan die hand gegee dat die *beskuldigde* hom met sukses op die toepassing van artikel 205 (1) sou kon beroep. Geen omskepping kan plaasvind nie en die hof sal verplig wees om die beskuldigde aan strafbare manslag skuldig te bevind (*S v Mobobele* 1964 1 PH H 115 (O) en *R v Basson* 1960 1 PHH 85 (T)).

Hoewel artikel 205 (1) dus as ’n anachronisme afgemaak kan word, het dit tog ’n bestaansreg as ’n manifestering van die finaliteitsbeginsel.

Andersyds sal die opheffing van die beperking tot omskepping ’n onhoudbare hiaat in die bevoegdheide van die prokureur-generaal *vis-à-vis* die landdros teweegbring. Dit tower die beeld op van ’n beskuldigde wat soos ’n verlore siel eindeloos tussen die landdros wat telkens omskep en die prokureur-generaal wat telkens terugverwys, rondswerf. Dit moet duidelik wees dat die opheffing van wat beskryf word as „die onhoudbare beperking op die landdros se bevoegdheid tot omskepping” tot ’n meer onhoudbare indringing van die landdros

se magte in die gebied van die prokureur-generaal aanleiding sal gee. Daardeur sal die huidige bevredigende afbakening van bevoegdhede geskend word. Dit moet allesins as 'n groter regspolitieke euwel beskou word.

DJ ROSSOUW

Prokureur-generaalskantoor Kaapstad

NALATIGE VEROORSAKING VAN PYN EN LEED - UITEINDELIK REGSEKERHEID?

Reeds in 1911 het die appèlhof die aksie weens die nalatige veroorsaking van pyn en leed erken. In *Union Government v Warneke*¹ maak r Innes die volgende uitlating: „The award of compensation for physical pain caused to a person injured through negligence which was recognised by the law of Holland, constitutes a notable exception to the rule in question. Professor de Villiers has some interesting remarks upon this position, which was probably the result of the influence of Germanic upon Roman law.”

Hierna het 'n reeks beslissings gevolg wat hierdie beïnvloeding erken het en wat die aksie onder die *lex Aquilia* wil tuisbring.²

Die volgende belangrike beslissing is dié van *Hoffa NO v SA Mutual Fire and General Insurance Co Ltd*,³ wat 'n heeltemal nuwe benadering inslaan. In hierdie beslissing gaan dit naamlik nie slegs om die oorsprong van die aksie nie maar ook kom daar nou probleme mbt die beginsels wat die aksie beheers na vore. R Van Winsen is van mening dat die aksie vir pyn en leed 'n selfstandige aksie is wat *in nostris et Gallorum moribus* ontstaan het.

Dat daar Germaanse beïnvloeding was is duidelik. Oor die omvang en gevolge daarvan is daar klaarblyklik nie eensgesindheid nie. Feenstra⁴ meen egter dat De Groot se uitlating in 3 34 2 afkomstig is van die Spaanse natuurregskrywers. Hy waarsku teen die voor-die-hand-liggende oplossing om dit te sien asof De Groot deur die inheemse reg beïnvloed sou wees.

Prof Joubert⁵ sê dat „blykbaar” onder die invloed van die Germaanse reg was die posisie met betrekking tot pyn en leed in die

¹1911 AD 657 665.

²*Wynberg Municipality v Dreyer* 1920 AD 439 448 en 452; *Matthews v Young* 1922 AD 492 504; *Stoffberg v Elliott* 1923 CPD 148 151; *Bredell v Pienaar* 1924 CPD 203 209; *Coetzee v SAR* 1934 CPD 221; *Dickinson v Galante* 1949 3 SA 1034 (SR); *Pauw v African Guarantee and Indemnity Co Ltd* 1950 2 SA 132 (SWA) 135 ev.

³1965 2 SA 944 (K).

⁴Feenstra R „Over de Oorsprong van Twee Omstreden Paragrafen uit de Inleiding van Hugo de Groot” (III 33 2 en III 34 2) 1958 *Acta Juridica* 27 40.

⁵Joubert WA *Grondslae van die Persoonlikheidsreg* (1953) 111.

Romeins-Hollandse reg anders. Hy verwys na Voet 9 2 11, van Leeuwen, *RHR* 4 35 9, Mattheus 47 3 3 4 en De Groot 3 34 2 en sê dat Voet al hierdie vergoeding baseer op die *utilis actio legis Aquiliae*.

Corbett en Buchanan⁶ beweer: „This remedy also probably owes its existence in Roman-Dutch law to the influence of Germanic custom.”

De Villiers⁷ gee toe dat hierdie aksie bekend was aan die Hollandse reg: „But according to Roman-Dutch law, as is the case with Germanic law generally, compensation for such disfigurement could be directly sued for.” Dan vervolg hy dat Voet die aksie onder die *lex Aquilia* behandel maar dat hy (De Villiers) die houding van Glück verkies wat dit onder die *actio iniuriarum* wil tuisbring.

Prof de Wet⁸ meen dat die aanspreeklikheid vir pyn en leed 'n lang geskiedenis het en 'n anomaliese oorblyfsel is uit die primitiewe regsbedeling onder die Germane voor die resepsie van die Romeinse reg. Hy aanvaar dan ook die standpunt van r Van Winsen in die *Hoffa*-beslissing.

In hierdie beslissing was dit nie nodig vir r Van Winsen om direk in te gaan op die oordraagbaarheid van die aksie na *litis contestatio* reeds plaasgevind het nie.

R Van Winsen verduidelik dat dit nie die *actio legis Aquiliae* is nie, ook dat lg aksie in die Romeins-Hollandse reg aktief en passief oordraagbaar geword het. Dit kan ook nie as die *actio iniuriarum* beskou word nie. Hy verduidelik dat die aksie sy strafkarakter behou het en dus nóg aktief nóg passief oordraagbaar is.

R Van Winsen sê op 951: „According to P Voet *Ad Inst* 4 9 4 the right to claim such compensation had its origin in *nostris et Gallorum moribus*.”

Verder wys hy daarop dat die meerderheid Romeins-Hollands-regtelike skrywers hierdie aksie in dieselfde asem as die *lex Aquilia* behandel. Die regter meen verder dat dit nie noodwendig 'n aanduiding is dat hierdie skrywers die aksie as 'n Aquiliese aksie beskou het nie. Hy lê veral klem op die feit dat vermoënskade vereis word vir die *lex Aquilia* en dat die howe dit ook net toepas ten opsigte van vermoënskade. „The damages awarded to him are in a certain sense

⁶Corbett MM en Buchanan JL *The Quantum of Damages in Bodily and Fatal Injury Cases* (1969) 2.

⁷De Villiers, Melius *The Roman and Roman Dutch Law of Injuries. A Translation of Book 47, Title 10. Voet's Commentary on the Pandects, with Annotations* (1899) 183.

⁸De Wet JC „Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg deur NJ van der Merwe en PJJ Olivier” 1970 *THRHR* 68.

analogous to the *solatium* which is awarded under the *actio iniuriarum* to someone as a salve to his wounded feelings."⁹

Daarna kom r Van Winsen tot die gevolgtrekking dat die eis vir genoegdoening weens pyn en leed in ons reg nie op die benadeelde se boedel oorgaan nie.

In *Potgieter v Rondalia Assurance Corporation of SA Ltd*¹⁰ volg r Harcourt r Van Winsen se benadering in die *Hoffa*-beslissing. Alhoewel ons met 'n selfstandige aksie te doen het, is die beginsels daarvan analoog aan dié van die *actio iniuriarum* en is die aksie oordraagbaar na *litis contestatio*. „In fact, the case appears to me to be *a fortiori* since the former action has not the residual measure of punitiveness which undoubtedly underlies many of the manifestations of actions under the latter."¹¹

Ook rp De Vos Hugo volg in *Regering, Republiek, Suid-Afrika v Santam Versekeringsmaatskappy*¹² die *Hoffa*-benadering. In hierdie beslissing gaan dit oor die sedeerbaarheid voor *litis contestatio* van 'n eis, ingevolge die Motorvoertuigassuransiewet 29 van 1942, waarvan die grootste gedeelte gerig was op die verhaal van genoegdoening weens die veroorsaking van pyn en leed. Die genoegdoening wat geëis word is analoog aan die *solatium* van die *actio iniuriarum*. Die eis vir vergoeding sterf saam met die benadeelde en gaan nie op sy boedel oor nie. Voor *litis contestatio* is die *actio iniuriarum* nie in *bonis nostris* nie. „Die vergoeding is bedoel vir die persoonlike voordeel van die benadeelde persoon."¹³

Ons het nou 'n toestand waar daar eintlik drie moontlikhede is:

(i) dat die *lex Aquilia* deur die RHR-skrywers uitgebrei is om genoegdoening vir pyn en leed te omvat.¹⁴

(ii) Dat die aksie onder die *actio iniuriarum* tuisgebring moet word aangesien ons met persoonlikheidskrenking te doen het.¹⁵ Dit is ook duidelik dat indien daar wel opset was, genoegdoening vir persoon-

⁹55 van die verslag.

¹⁰1970 1 SA 705 (N).

¹¹712 van die verslag.

¹²1970 2 SA 41 (NK).

¹³43 van die verslag.

¹⁴Dias RWM „Obscurities in the Development of Damnum” 1958 *Acta Juridica* 204. Anders PC „Damages for Human Life” 26 *SALJ* 211. Pont D „Vergoeding van die skade op grond van Loss of Expectation of Life” 1942 *THRHR* 5. Price TW „Patrimonial Loss and Aquilian Liability” 1950 *THRHR* 87-105. Amerasinghe CF „The Protection of *Corpus* in Roman-Dutch Law” 84 *SALJ* 1967 56. Van der Heever FP *Aquilian Damages in South African Law* vol I (1945) 32. Corbett en Buchanan *supra*. McKerron RG *The Law of Delict. A treatise on the Principles of Liability for Civil Wrongs in the Law of South Africa* 6e uitgawe (1965) 48.

¹⁵Joubert *opcit* 145; De Villiers *opcit* 183.

likheidsnadeel ingevolge die *actio iniuriarum* toegeken sou word. Die vraag wat dan ontstaan is of daar nie *de lege ferenda* van die opsetvereiste by die *actio iniuriarum* (veral in gevalle van die nalatige veroorsaking van pyn en leed) afgesien moet word nie.¹⁶

(iii) Dat ons met 'n selfstandige aksie te doen het met sy eie beginsels. Die rigting wat r Van Winsen in *Hoffa* ingeslaan het is deur ar Holmes aanvaar in die beslissing *Government of RSA v Ngubane*.¹⁷ Ar Holmes verwerp bogenoemde standpunte dat die aksie vir pyn en leed òf onder die *actio iniuriarum* òf onder die *lex Aquilia* tuisgebring kan word. Hy aanvaar r Van Winsen se gevolgtrekkings met betrekking tot oordraagbaarheid van die aksie en gaan dan voort om die sedeerbaarheid te bespreek. Na oorweging van en verwysing na die reëls betreffende die *actio iniuriarum* kom hy tot die gevolgtrekking dat so 'n aksie nie sedeerbaar is voor *litis contestatio* nie. Alhoewel hy nie in die geval nodig het om te beslis oor die posisie na *litis contestatio* nie, voel hy: „Nevertheless it might be helpful to dispel some of the mystique surrounding that expression.”¹⁸ Hy kom tot die gevolgtrekking: „Hence it seems to me that, in regard to a cession after *litis contestatio*, you are not ceding your interest in the claim but in the result of the litigation.”¹⁹ Met goedkeuring haal ar Holmes r De Kock se standpunt in die hof *a quo* aan: „The claim for pain and suffering in our law is neither transmissible on the death of the injured person before *litis contestatio* nor is it capable of being transferred by cession, at any rate before the pleadings have been closed. It may, I consider, be stated as a general principle of our law that claims for pecuniary loss are transmissible and cedable, those for non-pecuniary loss not.”²⁰

In *Ngubane* se geval het die eis uit 'n aanranding voortgespruit. Nou is dit nie duidelik of die regter die *actio iniuriarum*, wat 'n geval van *corpus*-aantasting (soos hier) dek, wil laat wegval ten gunste van die *sg actio sui generis*, wat gevalle van pyn en leed op nalatige wyse veroorsaak dek nie.

Daar was baie onduidelikhede mbt hierdie aksie, maar noudat die appèlhof r van Winsen se benadering in die *Hoffa*-beslissing aanvaar het en ook die praktiese probleme van hierdie aksie opgelos het is dit nie meer vir ons nodig om te delf in *in nostris et Gallorum moribus* nie.

SUSAN SCOTT

Universiteit van Pretoria

¹⁶Vd Merwe NJ en Olivier PJJ *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* 2de uitgawe (1970) 214.

¹⁷1972 2 SA 601 (A).

¹⁸608 van die verslag.

¹⁹*ibid.*

²⁰*ibid.*

Vonnisse

BESTER V COMMERCIAL UNION VERSEKERINGSMAATSKAPPY VAN SA BPK 1973 1 SA 769 (A)

Onregmatige daad - Senuskok - Kousaliteit - Motorvoertuigassuransie

In die Suid-Afrikaanse regspraak is deliktuele aanspreeklikheid vir die veroorsaking van senuskok of psigiatriese besering aan allerlei gekunstelde beperkinge onderworpe gestel, naamlik eerstens dat senuskok wat nie met liggaamlike besering gepaard gaan nie, nie 'n aksiegrond daarstel nie en tweedens dat die handeling wat die senuskok meegebring het 'n persoonlike bedreiging vir die eiser self moes ingehou het. McKerron *The Law of Delict* (6e uitg 1965) bl 145 verklaar in dié verband: „Although . . . there is no logical reason for thus restricting liability, it is submitted that there are strong practical reasons for doing so.” As almal wat skok opdoen by die aanskoue van 'n grusame botsing 'n verhaalsreg sou hê teen die persoon wat regtens vir die botsing verantwoordelik gehou word, so lui die argument, sal daar in gegewe omstandighede geen einde aan die dader se aanspreeklikheid kom nie. Ter inleiding kan ook nog gemeld word dat, vir sover gepoog is om die bedoelde beperkinge aan prinsipes te verbind, die hele aangeleentheid oor die boeg van die kousaliteitsvraag gegooi is.

Met die gewysde wat tans bespreek word, het die appèlhof, na dit my voorkom, die gemelde gekunstelde beperkinge oorboord gegooi. Daar is, om dit meteen prontuit te sê, met hierdie gewysde 'n mylpaal op die weg van ons regsontwikkeling bereik.

'n Oorsig van die voorafgaande regspraak is in hierdie omstandighede gepas.

In *Waring & Gillow Ltd v Sherborne* 1904 TS 340 is die eiseres se eis, gegrond op skok wat sy opgedoen het toe sy verneem het dat haar eggenoot in 'n ongeluk by sy werk gedood is, van die hand gewys. Hr Innes grond sy bevinding op die bogenoemde premisse dat die eiseres, om te kan slaag, self in persoonlike gevaar moet verkeer het. Hy sê met die oog op sekere Engelse gewysdes: „The nervous shock which is here claimed to have been the cause of the physical suffering, was not due to the imminence of danger to the plaintiff herself. It was not even caused by the sight of the accident; it was the result of the communication of the intelligence to her some time after the accident happened” (bl 349). Die hof bevind daarom dat 'n kousale verband tussen die

nalatige veroorsaking van haar man se dood en haar eie senuskok ontbreek omdat haar skade „too remote” is en wys haar eis van die hand.

In *Suelz v Boltler* 1914 EDL 176 het dit gegaan om senuskok wat deur ’n vrou opgedoen is toe sy aanskou het hoe haar man deur ’n motor aangery word. Sy het ernstig siek geword en ’n miskraam gekry as gevolg van die senuskok. Haar eis is egter van die hand gewys. Met verwysing na *Dulieu v White & Sons* 1901 2 KB 669 verklaar hr Graham: „The shock, where it operated through the mind, must be a shock which arises from a reasonable fear of personal injury to oneself . . .” (bl 181). Die vraag is blykbaar of die verweerder iets gedoen het „which could reasonably or naturally be expected to affect him injuriously” (*ibid*). Aldus is die aangeleentheid ook in hierdie saak aan die kousaliteitsvraag verbind, maar dan met die oog op ’n ander kousaliteitsteorie as wat die hof in *Waring & Gillow Ltd* se saak (*supra*) voor oë gehad het. Terwyl die hof hom naamlik in daardie saak op die „proximate cause” blind gestaar het, word die „natural/reasonable and probable consequences”-teorie deur die onderhawige uitspraak weer-spieël.

In *Hauman v Malmesbury Div Council* 1916 CPD 216 verduidelik r Kotze die regsposisie aan ’n jurie met die oog op die volgende feite: ’n Geneesheer beland met sy motor op ’n hoofweg in ’n gebied waar werknemers van die afdelingsraad wederregtelik met springstofontploffings doenig is. Die geneesheer doen senuskok op wat sy gesondheid aantast en sy loopbaan skaad. Die regter verduidelik die toepasbare regsvoorskrifte soos volg: „I must tell you that, by our law, damages are awarded where the injuries caused are *the direct, natural or reasonable result* of the wrongful act . . . If the plaintiff received a nervous shock caused by fright and apprehension of danger, or personal injury to himself, which has impaired his physical health or bodily activity, and this is due to the negligence of the defendant, or his servants, he is entitled to damages . . . [T]here need not be any actual physical impact” (bl 219). En verder: „According to the Roman-Dutch law the plaintiff is entitled, as I have already told you, to recover damages for nervous shock, the result of fright inspiring apprehension of personal injury to himself, caused by the defendant’s negligence, where the nervous shock has directly impaired and injured his bodily health and strength; in other words, where it has affected his physical organism.” Die dokter se eis het substansieel geslaag. Dit is opvallend hoedat die hof met die deur my gekursiveerde woorde ’n sameflansing van die „direct consequences” - en die „reasonable and probable consequences”-kousaliteitsteorieë beproef.

Dan is daar die saak van *Els v Bruce* 1922 EDL 295 waarin ’n vrou se eis ter sprake gekom het in die volgende omstandighede: Die vrou

was in beheer van 'n wawrag hout wat aan haar man behoort toe sy deur die verweerder gekonfronteer is met sy eie beweerde aansprake op die hout en dreigemente oor wat hy alles met haar man sou aanvang indien sy nie 'n sekere som geld vir sy (die verweerder se) aandeel in die hout aan hom sou oorhandig nie. As gevolg van die dreigemente doen die vrou senuskok op wat haar gesondheid benadeel. Die regter sit die toepasbare regsposisie kortliks soos volg uiteen: „ . . . in order to sustain such an action the law provides that the defendant must either intended the results which are complained of, or that he might reasonably have contemplated these results following upon his action” (bl 298). Met hierdie woorde bring die hof nogmaals die kousaliteitsvraag in gedrang en wel hierdie keer in die vorm van die voorsienbaarheidsteorie. 'n Eksepsie teen die dagvaarding word van die hand gewys omdat die moontlikheid bestaan dat die eiser sou kon bewys dat haar skoktoestand deur die verweerder voorsien kon gewees het. In die verbygaan kan daarop gewys word dat hierdie uitspraak vol slaggate is. Die hof gaan naamlik van die standpunt uit dat daar met die *actio iniuriarum* ageer word. Aangesien opset 'n vereiste vir aanspreeklikheid ingevolge daardie aksie is, kom dit vreemd voor dat die hof bereid is om aanspreeklikheid op nalatigheid te fundeer en met die voorsienbaarheidstoets vir kousaliteit te opereer. Of het die hof dalk daarmee *dolus eventualis* probeer omskryf?

In *Creydt-Ridgeway v Hoppert* 1930 TPD 664 word te kenne gegee dat die senuskok gepaard moet gaan met fisiese besering alvorens vergoeding vir die gevolge van die skoktoestand verhaal kan word: „The apprehension of fear or nervous shock must be reasonable, and must result in physical injury” (bl 645-6). Dit gaan hier om skok wat die eiser opgedoen het toe 'n hond hom gebyt het. Die hof stel hom in hierdie saak, wat die kousaliteitsprobleem betref, weer op die standpunt van die „natural/reasonable and probable consequences”-teorie. Op bl 666 word trouens uitdruklik verklaar dat die senuskok „the natural and reasonable result” van die handeling moet wees. Hierdie uitspraak lewer interessante probleme op, want dis 'n geval van skuldlose aanspreeklikheid ingevolge die *actio de pauperie*. Kan 'n mens in so 'n geval ook die voorsienbaarheidsteorie toepas?

Ten slotte is daar die saak van *Mulder v South British Insurance Co Ltd* 1957 2 SA 444 (W). 'n Vrou sien uit haar huis se venster dat haar seun van 4 jaar oud deur 'n bus raakgery en gedood is. Sy doen senuskok op. Ten einde aanspreeklikheid te vestig, vereis 1 De Wet „personal apprehension of danger to himself” aan die kant van die eiser. Hy gooi die aangeleentheid oor die boeg van die „duty”-leer soos volg: „Where there is no personal apprehension of danger there is not a sufficiently close relationship between the negligence and the fright or shock for a finding to be justified that there was a duty of care in relation to the person suffering from fright or shock” (bl 449). En hy voeg daarby:

„There may be exceptions to this general rule . . .” Met ’n bietjie verbeeldingskrag kan ’n mens die „proximate cause”-teorie by hierdie dictum inlees. ’n Eksepsie teen die dagvaarding is in elk geval gehandhaaf.

Kortom, die howe was tot dusver nie bereid om ’n persoon wat nalatig optree in alle gevalle aanspreeklik te hou vir die skade weens skok wat uit die onregmatige handeling voortspruit nie. Die beperkinge wat die howe in dié verband voorstaan, byvoorbeeld dat die eiser skok moes opgedoen het omdat hy vir sy eie veiligheid bevrees was, word meestal oor die boeg van die kousaliteitsvraag geregverdig. Maar in die aangehaalde gewysdes is ten minste drie verskillende kousaliteits-teorieë identifiseerbaar, naamlik die sogenaamde direkte gevolgeteorie, die redelike en waarskynlike gevolgeteorie en die voorsienbaarheidsteorie.

Dit is onteenseglik so dat die Suid-Afrikaanse howe in die onderhawige verband kers gaan opsteek het by Engelsregtelike gewysdes. In die Engelse reg self het die hele aangeleentheid egter in die smeltkroes beland. In *Dulieu v White* 1901 2 KB 669 het LJ Kennedy die standpunt ingeneem dat ’n persoon wat vergoeding wil eis vir die gevolge van senuskok moet bewys dat hy die senuskok opgedoen het terwyl hy vir sy veiligheid gevrees het. Die idee dat senuskok met fisiese beserings gepaard moet gaan om ’n aksiegrond dáár te stel, is in *Bourhill v Young* 1943 AC 92 verwerp. In daardie saak word naamlik in die breë te kenne gegee dat ’n aksie gegrond kan word op skok „sustained through the medium of the eye or the ear without direct contact” (bl 103). Die idee dat die eiser self in gevaar moes verkeer het, is prysgegee in *Boardman v Sanderson* 1964 1 WLR 1317. In daardie saak is die eis toegestaan van ’n ouer wat skok opgedoen het weens die besering van ’n kind.

In die onderhawige saak van *Bester* gaan dit om senuskok van ’n elfjarige seun, D, wat byna deur ’n motor raakgery is en aanskou het dat sy sesjarige boetie wel raakgery is. Die boetie is dieselfde dag aan sy beserings oorlede; en hoewel D self in gevaar verkeer het, moet aangeneem word dat sy skoktoestand in hoofsaak veroorsaak is deurdat hy toegesien het dat sy boetie omgery word.

D het geen „liggaamlike besering” opgedoen nie en ’n eenparige appèlhof maak eerstens korte mette met die argument dat hy daarom nie met sy aksie kan slaag nie. Die hof bevind, by monde van ar Botha dat die bedoelde argument nie op logiese gronde verdedig kan word nie (bl 777), dat die senu- en breinstelsel net soseer deel van die fisiese liggaam is as wat ’n arm of ’n been dit is en ’n besering van die senu- of breinstelsel daarom ook ’n besering van die fisiese organisme is (bl 779), en dat D se eis daarom nie op bedoelde grond afgewys kan word nie. Ar Botha verklaar onder meer in die onderhawige verband: „Die

betoog [dat D se eis van die hand gewys moet word omdat hy nie ‚liggaamlike besering’ opgedoen het nie] veronderstel dat ’n psigiatryese besering geen fisiese besering is nie, en beteken dat, ofskoon genoegdoening weens senuskok of psigiatryese besering wat tot bv ’n hartaanval aanleiding gee, verhaalbaar is, dit nie verhaalbaar is waar die senuskok of psigiatryese besering op bv kranksinnigheid uitloop nie” (bl 776). Met so ’n gekunstelde kasuïstiek kon die appèlhof nie vrede vind nie.

In die tweede plek doen die appèlhof weg met die veronderstelling dat die eiser se senuskok moes ontstaan het omdat hy self in gevaar verkeer en vir sy eie veiligheid gevrees het (bl 780–1). Die hof sluit in dié verband aan by die tradisionele benadering waarvolgens die hele aangeleentheid oor die boeg van die kousaliteitsvraag gegooi word, maar kies in die verband van die saak definitief kant vir die voorsienbaarheidstoets. „Die verhaalbaarheid van vergoeding of genoegdoening moet daarvan afhang of die veroorsaakte leed in die besondere omstandighede van elke saak redelik voorsienbaar was, al dan nie,” aldus ar Botha (bl 780). Hy voeg daaraan toe dat die feit dat die eiser self met gevaar bedreig was dit makliker mag maak om die voorsienbaarheid van sy senuskok te bewys as wanneer hy self nie in gevaar verkeer het nie, maar dit neem nie die moontlikheid weg nie dat die bedoelde kousale verband in gepaste omstandighede ook wel gekonstrueer kan word al was die eiser nie persoonlik met gevaar bedreig nie (bl 781).

Die appèlhof gooi die hele aangeleentheid dus oor die boeg van voorsienbaarheid. Daar word weggedoen met die kasuïstiek van die gekunstelde beperkinge wat tevore in die Suid-Afrikaanse regspraak inslag gevind het en in die plek daarvan wil die appèlhof dat elke saak waarin aanspreeklikheid vir die veroorsaking van senuskok *op nalatigheid gegrond word*, beoordeel moet word met die oog op die beginselvraag of die dader die eiser se senuskok redelikerwys moes kan voorsien het. Die gekursiveerde woorde is na my mening van die uiterste belang en moet vervolgens toegelig word.

Daar is nie nou geleentheid om tussen die menigvuldige kousaliteitsteorieë te kies en te keur nie; en dit is ook nie die bedoeling om hierin op die boedelskeiding tussen kousaliteit enersyds en die sogenaamde aanspreeklikheidsbeperkende faktore andersyds, wat deesdae aansien in Suid-Afrika verwerf, in te gaan nie. Die onderstaande opmerkings word gerig aan die adres van diegene wat, sonder die bedoelde boedelskeiding, voorsienbaarheid van die toepaslik gevolg as kriterium vir adekwate veroorsaking beskou; en dit geld ook vir diegene wat, met behoud van die bedoelde boedelskeiding, voorsienbaarheid as die aangewese aanspreeklikheidsbeperkende faktor beskou. Die vraag of die aanwending van die voorsienbaarheidstoets vir adekwate veroorsaking enersyds en as aanspreeklikheidsbeperkende faktor ander-

syds nie net maar ses van die een en 'n halfdosyn van die ander is nie, word dus daargelaat.

Die punt is dat voorsienbaarheid in elke geval alleen in verband met kousaliteit diensbaar kan wees waar aanspreeklikheid op nalatigheid gegrondves word. En daar moet beklemtoon word dat die appèlhof in die onderhawige saak nie verder as dit gegaan het nie. Ar Botha verklaar naamlik op bl 777: „Dat redelike voorsienbaarheid die toets is vir aanspreeklikheid weens nalatigheid . . .” En hy maak 'n bepaalde onsekerheid wat nog in dié verband bestaan het af met die volgende uitlating: „Vir gevolge wat nie redelik voorsienbaar is nie, is die onregmatige dader nie aanspreeklik nie, en die leer van voorsienbaarheid met betrekking tot veroorsaakte skade vereis nie dat die presiese aard en omvang van die skade voorsien moes gewees het nie. Dit is voldoende indien die onregmatige dader die algemene aard van die skade of nadeel, wat sy handeling tot gevolg kon hê, redelikerwys moes voorsien het” (*ibid*). Elders stel hy die vereiste vir aanspreeklikheid dat „die moontlike gevolge van die nalatige handeling voorsien sou gewees het deur die redelike persoon wat hom in die plek van die onregpleger sou bevind het” (bl 779); en dan weer: „Die verhaalbaarheid van vergoeding of genoegdoening moet daarvan afhang of die veroorsaakte leed in die besondere omstandighede van elke saak redelik voorsienbaar was, al dan nie” (bl 781).

'n Noukeurige nalees van hierdie dicta laat tog blyk dat ar Botha hom nie in elke geval versigtig genoeg uitgedruk het nie. Daar moet in dié verband op die volgende gelet word: Vir sover genoegdoening geëis word, word ageer „met die besondere aksie wat in die Romeins-Hollandse reg, onder invloed van die Germaanse gebruiksreg, ontwikkel het” (bl 776). Die bronne waarna ar Botha ten opsigte van hierdie aksies verwys (Voet 9 2 11; Grotius 3 34 2; *Union Government v Warneke* 1911 AD 657 665-6; *Hoffa NO v SA Mutual Fire and General Insurance Co Ltd* 1965 2 SA 944 (K) 950 en *Government of the RSA v Ngubane* 1972 2 SA 601 (A) 606), laat blyk dat hy gedagtig is aan dit wat Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (2e uitg 1970) bl 210 e.v. „die aksie weens nalatige veroorsaking van pyn en leed” noem. Dit gaan dus ook ten opsigte van die genoegdoening wat gevorder word om die *nalatige* veroorsaking van die senuskok. Opset, soos vereis vir die *actio iniuriarum*, kom hoegenaamd nie ter sprake nie. Vir sover skadevergoeding geëis word, word met die *actio legis Aquiliae* ageer (bl 776) en is nalatigheid eweneens voldoende om aanspreeklikheid te fundeer. Om nalatigheid te konstrueer, word vereis dat die gevolge van die handeling redelikerwys voorsienbaar moes gewees het. Opset word gekonstitueer deurdat die gevolge inderdaad (as sekerheid of as moontlikheid) voorsien is. Nou verklaar ar Botha op een plek: „Dit is voldoende indien die onregmatige dader die algemene aard van die skade of nadeel, wat sy handeling tot gevolg

kon hê, redelikerwys moes voorsien het” (bl 777). Hierdie formulering kan verwarrend wees omdat dit ook as omskrywing van opset in die vorm van *dolus eventualis* kan geld, terwyl dit nie bedoel is om op opset van toepassing te wees nie. Die laaste gedeelte van die sin moes liewer gelui het: „ . . . redelikerwys moes kon voorsien het.” Die hierbo aangehaalde passasie op bl 780 is in orde as ’n mens in gedagte hou dat ook die eis vir genoegdoening in hierdie geval op nalatigheid gegrond word.

Ek wil terugkom by my bewering dat voorsienbaarheid nie as kousaliteits- of aanspreeklikheidsbeperkende kriterium gebruik kan word vir geval aanspreeklikheid nie op nalatigheid gefundeer word nie. In die geval van skuldlose aanspreeklikheid is die vraag of die betrokke gevolge voorsienbaar was totaal irrelevant; en waar opset as voorwaarde vir aanspreeklikheid geverg word, is dit nie genoeg dat die gevolge voorsienbaar was nie, dit moet daadwerklik voorsien gewees het. Die uitspraak in die onderhawige gewysde bied dus nog geen oplossing vir probleme soos dié wat in *Creydt-Ridgeway v Hoppert (supra)* ontstaan het, waar dit gegaan het om skuldlose aanspreeklikheid, of vir gevalle waar opset ter sprake is nie.

Ten slotte moet daarop gewys word dat die hof sonder omhaal van woorde afgereken het met die betoog dat senuskok of psigiatriese besering nie „liggaamlike besering” is soos bedoel in artikel 11 (1) (a) van die Motorvoertuig Assuransie Wet 1942 (Wet 29 van 1942) nie. Tereg word aangetoon dat „liggaamlike besering” teenoor saakbeskadiging (of eiendomskaede) gestel moet word en nie teenoor psigiese besering nie (bl 782). En buitendien is skade aan die *psyche* ’n vorm van liggaamlike besering omdat die senu- en breinstelsel, soos tevore reeds bevind is, deel van die liggaam is.

Ten besluite: hierdie benadering van die appèlhof, wat van algemene beginsels vir aanspreeklikheid uitgaan eerder as om die logika van die Suid-Afrikaanse reg met kasuïstiese reëlings te versnipper, moet vanuit akademiese oogpunt verwelkom en aangeprys word.

JD VAN DER VYVER

Potchefstroomse Universiteit vir CHO

BESTER v COMMERCIAL UNION VERSEKERINGSMAATSKAPPY VAN SA BPK 1973 1 SA 769 (A)

Senuskok of „psigiatriese besering” - verhaalbaar indien voorsienbaar

Diefeite in hierdie saak was kortliks die volgende: Twee broertjies, Werner (6 jaar) en Deon (11 jaar) hardloop oor ’n straat. ’n Motor bots teen Werner wat noodlottig beseer word. Die motor het nie met Deon in aanraking gekom nie, alhoewel hy persoonlik in gevaar verkeer het.

Agv die angs weens sy persoonlike bedreiging en sy aanskouing van die botsing met sy broertjie, ly hy aan 'n psigologiese neurose en 'n drastiese persoonlikheidsverandering. Hierdie versteurings het nie voortgevloei uit enige „fisiese” besering nie, en het ook geen benadeling van sy „fisiese” gesteldheid teweeggebring nie.

Die appellant (eiser), vader van Deon, stel oa 'n eis met die *actio legis Aquiliae* in om vergoeding van die geneeskundige koste van die behandeling van Deon asook, namens Deon, 'n eis vir genoegdoening weens skok en ongesteldheid deur hom opgedoen (776).

In die hof *a quo* (*Bester v Commercial Union Versekeringsmaatskappy van SA Bpk* 1972 3 SA 68 (D)) kom regter Henning tot die gevolgtrekking dat genoegdoening en skadevergoeding tov psigiese versteuring of sensuskok wat onregmatig veroorsaak is, nie volgens ons positiewe reg verhaalbaar is nie, tensy die psigiese versteuring of sensuskok as gevolg van 'n fisiese besering ontstaan, of waar dit 'n belemmering van die fisiese organisme, dws fisiese ongeskiktheid, tot gevolg het. Teen hierdie bevinding van die hof appelleer die eiser.

Na 'n grondige ondersoek kom appèlregter Botha tot die gevolgtrekking dat die eiser volgens erkende beginsels van die onregmatige daad geregtig is op die skadevergoeding en, namens Deon, op genoegdoening vir sy persoonlikheidskrenking (781 G-H). Hiermee het die appèlhof die beginsel gehandhaaf in die hof *a quo* en vroeëre beslissings (oa *Hauman v Malmesbury Divisional Council* 1916 CPD 216 220), naamlik dat vermoënsverlies en persoonlikheidskrenking weens skoktoediening slegs verhaalbaar is indien die psigiese versteuring met 'n organies-liggaamlike ongesteldheid gepaard gaan, finaal die nek ingeslaan. Die uitspraak kan onses insiens nie genoeg onderskryf word nie.

Appèlregter Botha verwerp die onderskeid tussen geestesskok en liggaamlike besering:

„Die senu- en breinstelsel is . . . net so 'n deel van die fisiese liggaam as wat 'n arm of been is, en 'n besering aan die senu- of breinstelsel is net so 'n besering van die fisiese organisme as wat 'n beseerde arm of been is” (779 B).

Die regter verklaar dan ook (777 G-H):

„Om 'n benadeelde dus skadevergoeding of genoegdoening te ontsê bloot op grond van die feit dat die sensuskok en gevolglike leed nie met 'n suiwer fisiese besering gepaard gaan nie, kan nouliks op logiese gronde verdedig word.” [Ook in die Engelse reg is skadevergoeding weens blote sensuskok verhaalbaar: 779 E-F.]

Derhalwe beskou die regter 'n „psigiatriese besering” as 'n „liggaamlike besering” binne die bedoeling van a 11 (1) (a) van Wet 29 van 1942 (782 A-C).

Die effek van die gelykstelling van „fisiese” en „psigiese” skade is dat die persoonlikheidsreg op die fisies-psigiese integriteit (vgl WA

Joubert: *Grondslae van die Persoonlikheidsreg* Kaapstad 1953 131) van die individu nou ten volle erken en beskerm word, sodat enige aantasting daarvan by afwesigheid van 'n regverdigingsgrond onregmatig is. Soos in die geval van fisiese benadeling, speel die omvang van die skade geen rol by die vraag na die onregmatigheid van die handeling nie. Net soos 'n blote speldeprik die reg op fisiese integriteit aantas, so ook stel die toediening van selfs 'n uiters geringe mate van skok 'n inbreukmaking op die psigiese aspek van die reg op fisies-psigiese integriteit daar. Dit wil egter nie sê dat enige aantasting van die reg op fisies-psigiese integriteit aanspreeklikheid vir genoegdoening sal fundeer nie, maar slegs 'n vry ernstige aantasting daarvan. Hiermee gaan appèlregter Botha, met verwysing na psigiese aantasting, akkoord:

„Ek verwys hier nie na niksbeduidende emosionele skok van kortstondige duur wat op die welsyn van die persoon geen wesenlike uitwerking het nie, en ten opsigte waarvan genoegdoening gewoonlik nie verhaalbaar sou wees nie” (779 H).

Onses insiens gaan dit hier bloot om gevalle van *de minimis non curat lex*.

Die blote feit dat daar 'n vry ernstige aantasting van die psigiese integriteit is, stel die dader natuurlik nie aanspreeklik alvorens nalatigheid ook bewys is nie. Die appèlhof stel hom duidelik op die kriterium van redelike voorsienbaarheid as die toets vir nalatigheid (777 D).

Dit is egter nie die enigste vereiste vir nalatigheid nie. Die vraag is nie slegs of die redelike man nadeel sou voorsien nie, maar ook of hy dit sou voorkom het. (Sien ADJ van Rensburg *Normatiewe Voorsienbaarheid as Aanspreeklikheidsbegreningsmaatstaf in die Privaatreg* Durban 1972 23-24, en die vonnisse aangehaal in noot 76). Appèlregter Botha erken ook hierdie vereiste waar hy sê (781 E):

„Die redelike bestuurder in die plek van die bestuurder van die verassureerde voertuig sou in die omstandighede die gevaar waarin Deon geplaas kon word, met die moontlikheid van gevolglike persoonlikheidsnadeel, voorsien het, en sou stappe gedoen het om daarteen te waak” (ons kursiveer).

Of dit vir die regter nodig was om voorsienbaarheid van die werklik ingetrede gevolge (met so 'n graad van waarskynlikheid dat die redelike man daarteen sou gewaak het) vir doeleindes van nalatigheid te vereis, kan daargelaat word. 'n Sterk saak kan minstens daarvoor uitgemaak word dat dit by nalatigheid bloot om voorsienbaarheid van andere se benadeling in die algemeen (maar wel só dat die redelike man hom van die dader se optrede sou weerhou het) behoort te gaan (sien JC van der Walt „Enkele Gedagtes oor Nalatigheid en die Beperking van Deliktuele Aanspreeklikheid” 1964 *SALJ* 504-513 en Van Rensburg a w 26-27).

In teenstelling met vroeëre beslissings (sien oa *Mulder v South British Insurance Co Ltd* 1957 2 SA 444 (W) 449), beperk appèlregter Botha die moontlike aanspreeklikheid vir persoonlikheidskrenking

weens senuskok nie slegs tot gevalle waar die benadeelde in persoonlike gevaar verkeer het nie:

„Dit mag wees dat waar die leed ontstaan uit senuskok wat veroorsaak word deur 'n nalatige handeling van die onregspeler wat die benadeelde self met gevaar bedreig het, daar meer geredelik tot die gevolgtrekking gekom sou kon word dat die moontlikheid van die veroorsaakte leed deur die onregspeler voorsien moes gewees het, as in die geval waar die senuskok veroorsaak word deurdat die benadeelde die ingevaarstelling van ander moes waarneem of daarvan moes verneem. Dit kan egter nie sonder meer aangeneem word dat in die een geval die veroorsaakte leed redelik voorsienbaar sou wees, en in die ander geval nie” (781 A).

Hierdie siening van appèlregter Botha kan in beginsel onderskryf word. Dit is veral belangrik om daarop te let dat die regter, nadat nalatigheid reeds bevind is, die grense van die onregpleger se aanspreeklikheid volgens 'n maatstaf van „redelike voorsienbaarheid” wil vasstel.

Waar dit vasstaan dat die dader op nalatige wyse die reg op fisies-psigiese integriteit van die benadeelde aangetas het, is hy aanspreeklik vir genoegdoening en skadevergoeding, mits, soos hierbo aangetoon, die beginsel *de minimis non curat lex* nie aanspreeklikheid uitsluit nie. Die vraag ontstaan egter of die dader vir alle verdere skadeposte wat uit sy nalatige handeling voortspruit, aanspreeklik is, en, indien wel, op welke gronde. Hier gaan dit, soos uit die uitspraak blyk, nie meer om die vraag na nalatigheid nie - dié staan reeds vas - maar om aanspreeklikheidsbegrensing of toerekenbaarheid van skade. Byvoorbeeld: By die mededeling van haar man se dood, op nalatige wyse veroorsaak, doen C skok op. Normaalweg sou sodanige mededeling geen vry ernstige fisies-psigiese benadeling tot gevolg hê nie, en dus geen aksiegrond daarstel nie (*de minimis non curat lex*). Die inisiële skok resulteer egter in 'n ernstige vorm van geesteskrankheid (psigiese skadepos) vir C, en het ook 'n miskraam (fisiese skadepos) tot gevolg. Die kriterium wat die howe aanwend om te bepaal of die dader vir hierdie verdere fisiese en psigiese skadeposte aanspreeklik is, is dié van *redelike voorsienbaarheid* (sien Van Rensburg a w 55-56, noot 16 en die gesag daar aangehaal). Van Rensburg sê naamlik (a w 40):

„In die lig van die pas bespreekte sake, en veral in die lig van die appèlhofbeslissing in *Kruger v Van der Merwe* [waarna appèlregter Botha in hierdie verband met goedkeuring verwys op 777 E] kom ek tot die slotsom dat, volgens die huidige Suid-Afrikaanse reg, die grense van die onregpleger se aanspreeklikheid vir bykomende skade ooreenkomstig die voorsienbaarheidsmaatstaf vasgestel word.”

Soos gesien, klop hierdie siening met appèlregter Botha se eie standpunt.

By gebrek aan duidelike kriteria in ons regspraak oor die vraag na redelike voorsienbaarheid doen Van Rensburg oa aan die hand (a w 56 ev) dat die algemene maatstaf wat toegepas moet word om te

bepaal of 'n dader aanspreeklik is vir 'n bepaalde gevolg van sy onregmatige en nalatige handeling, *de lege ferenda* soos volg geformuleer kan word:

„[w]as die gevolg, asook die kousale verloop tussen die handeling en die gevolg, vanuit die tydstip van die handeling met so 'n graad van waarskynlikheid voorsienbaar dat die gevolg, in die lig van die omstandighede, redelikerwys aan die dader toegereken kan word?”

Hy doen verder aan die hand dat waar gevolge van 'n onregmatige en skuldige handeling op 'n heel buitengewone wyse intree, die hof steeds moet besluit of die besondere gevolg ten opsigte waarvan aanspreeklikheid bepaal moet word en die kousale verloop tussen die handeling en die gevolg met 'n genoegsame graad van waarskynlikheid voorsienbaar was om die dader vir die gevolg aanspreeklik te stel (aw 58).

Dit is belangrik om daarop te let dat die graad van voorsienbaarheid (of meer presies, die graad van waarskynlikheid waarmee voorsien moet word) wat as vereiste vir aanspreeklikheid gestel word, *veranderlik* is. Dit hang *van die omstandighede* van elke geval af watter waarskynlikheidsgraad dáár as voldoende vir toerekening sal geld. Uit ons vorige regspraak en ook uit wat appèlregter Botha nou weer sê (sien 781), is dit duidelik dat die moontlikheid dat die eiser in 'n skoksaak deur die dader se optrede aan ernstige regstreekse gevaar blootgestel is, as 'n belangrike faktor beskou word by die beantwoording van die vraag of die dader vir die benadeling voortvloeiende uit die skok aanspreeklik gehou moet word of nie.

Die agterliggende gedagtegang hier is analoog aan dié wat 'n mens by die sogenaamde „eierskedelgevalle” aantref. Van Rensburg regverdig die afwyking van die normale wat 'n mens by die eierskedelgevalle aantref deur daarop te wys dat dit by die tipiese eierskedelgevalle telkens blyk dat die dader deur sy optrede 'n medemens se hoogste regsgoed, nl sy fisiese integriteit, ernstig in gevaar gestel het, en dat dit bloot „toevallig” was dat die ernstige gevolg nie regstreeks ingetree het nie, maar langs 'n omweg wat met 'n swakheid in die slagoffer se fisiese gesteldheid verband hou (aw 59; sien ook ADJ van Rensburg *Juridiese Kousaliteit en Aspekte van Aanspreeklikheidsbeperking by die Onregmatige Daad* proefskrif Universiteit Suid-Afrika 1970 278-284). Terwyl die appèlhof nou duidelik 'n einde gebring het aan die onderskeid tussen fisiese en psigiese benadeling, bestaan daar geen logiese of ander gronde meer waarom daar nie ook erkenning aan „psigiese eierskedelgevalle” verleen kan word nie. (Dit het reeds in die Engelse reg voorgekom: *Owens v Liverpool Corporation* 1939 1 KB 394.)

Die onderhawige geval is onses insiens moontlik reeds 'n voorbeeld van so 'n psigiese eierskedelgeval. Vanuit die tydstip van die handeling geoordeel, was dit, so kan 'n mens uit die bevinde feite

aflei, met 'n hoë graad van waarskynlikheid voorsienbaar dat nie slegs Werner nie maar ook Deon raakgery en ernstig in hul psigiese-fisiese integriteit aangetas kon word. Dat Deon se benadeling toe weens bloot psigiese skok sou intree, mag miskien nie met dieselfde graad van waarskynlikheid voorsienbaar gewees het nie, maar in die lig van die ernstige gevaar waaraan Deon aanvanklik deur die nalatige optrede van die motorbestuurder blootgestel is, lyk dit billik dat die versekeraar se aanspreeklikheid ook tot dié betreklik ongewone gevolge van die motorbestuurder se optrede moet uitstrek. Dieselfde oorwegings sal byvoorbeeld nie geld indien 'n liggeraakte vreemdeling skok opdoen wanneer hy van die ongeluk berig ontvang nie. Die waarskynlikheid dat so 'n persoon weens die motorbestuurder se optrede vry ernstig (dws genoegsaam om juridies beduidend te wees) benadeel sou word, was, gesien vanuit die tydstip van die handeling, só laag dat sodanige benadeling, indien dit tóg sou intree, nie aan die dader toege reken kan word nie.

Let daarop dat hier nie 'n prinsipiële onderskeid gemaak word tussen die geval waar die geskokte *ab initio* self aan fisiese gevaar blootgestel was en waar dit nie die geval is nie. Appèlregter Botha verwerp tereg hierdie kunsmatige skeidslyn (*supra*). Aan die ander kant voel die meeste regters dit klaarblyklik as billik aan dat die graad van aanvanklike ingevaarstelling van die eiser 'n belangrike faktor moet wees by die beantwoording van die vraag of die benadeling wat hy gely het, binne die grense val van dit waarvoor die dader aanspreeklik gehou kan word. Hierdie oorweging geld in 'n gelyke mate vir „fisiese” en „psigiese” benadeling.

Ten slotte 'n enkele opmerking oor die bewys van psigiese versteurings. Die feit dat psigiese versteurings gewoonlik moeilik bewysbaar is (anders as by in die onderhawige saak) en maklik gefingeer kan word, is dikwels as besware geopper teen die verlening van 'n aksie op grond van skok. Onses insiens gaan hierdie besware nie op nie. Vandag het die psigologiese wetenskap ver genoeg gevorder om met 'n groot mate van sekerheid nie alleen die aan- of afwesigheid nie, maar ook die omvang van psigologiese versteurings te bepaal. Met betrekking tot gefingerde eise volstaan ons met die volgende dictum van regter Musmanno in sy minderheidsuitspraak in *Bosley v Andrews* (1958 142 A 2D 263):

„The great fear of the majority seems to be that if we should allow the plaintiff in this case to submit her case to a jury, and, incidentally, that is all she is seeking, the courts would be besieged with ‚faked’ cases. The majority proceeds with alarm: ‚For every wholly genuine and deserving claim, there would likely be a tremendous number of illusory or imaginative or ‚faked’ ones.’ ”

„But are our courts so naïve, are they so gullible, are they so devoid of worldly knowledge, are they so childlike in their approach to realities that they can be deceived and hoodwinked by claims that have no factual, medical or legalistic

basis? If they are, then all our proud boasts of the worthiness of our judicial system are empty and vapid indeed . . .

„In recapitulation I wish to go on record that the policy of non-liability announced by the majority in this type of case is insupportable in law, logic, and elementary justice - and I shall continue to dissent from it until the cows come home.”

J NEETHLING

JM POTGIETER

Universiteit van Suid-Afrika

S v DUBE 1972 4 SA 515 (W)

Murder - Motor collision giving rise to charge of - Mens rea - Reckless driving

The accused, fleeing from the police at high speed in a stolen car, attempted to pass to the left of a slow-moving lorry in front of him by travelling on the shoulder of the roadway. He was, however, forced back onto the road prematurely by an unexpected culvert and collided lightly with the lorry, causing it to veer across the road and collide head-on with an oncoming vehicle. The driver of the last-mentioned vehicle, a Volkswagen Kombi, was killed in the collision and on these facts the accused was charged with murder.

The possibility of a motorist being convicted of murder as a result of what is generally known as “a fatal motor accident” (which concept obviously does not include those instances in which a motor vehicle is deliberately used as a weapon with direct intention to kill), is no novelty. The possibility of such a conviction has been raised in a number of cases. This however appears to be the first reported instance in which a person has actually appeared on such an indictment before a division of the Supreme Court. The accused was acquitted on the murder charge and convicted of “culpable homicide involving the reckless driving of a motor vehicle.” The learned judge, however, took pains to make it clear that, provided it is proved that he had the necessary intent, there was in principle no reason why a motorist could not be convicted of murder arising from a fatal motor accident. It seems to be highly probable that further prosecutions of the same nature will ensue and in view of this probability it is imperative that there should be the utmost clarity concerning the degree of *mens rea* required. It is with this view in mind, and not due to any perverse desire to direct carping criticism at trivial doctrinal blunders in a judicial decision, that the present criticism is undertaken.

In so far as the element of intent alone is concerned, one does not have the slightest hesitation in agreeing with the learned judge that a conviction of murder would be quite in order if it is proved that there was *dolus eventualis* on the part of the accused. On the other hand, it is submitted with the greatest respect that one cannot, without consider-

able qualification, agree with the statement of the learned judge (520 A-C), that the test (if at this stage the learned judge was indeed referring to the test and not merely summing up the evidence of the accused's state of mind) for culpable homicide is that the court must be "quite satisfied that, objectively, the accused not only ought to have foreseen that this reckless driving of his would inevitably result in the death of somebody, but that he probably did foresee that possibility" or that, in the words of the learned judge "for murder [the court is] supposed to put itself in the shoes of the accused, as it were, and think subjectively what he ought to have foreseen. Then also, [the court] must say to [itself], even if, objectively, he probably did foresee death, did he subjectively reasonably foresee it?"

It is submitted that it never has been a requirement for a conviction of culpable homicide that the accused should "*probably* have foreseen the possibility of death" although actual foresight of this possibility is not necessarily incompatible with such a conviction if it is based on so-called conscious negligence. Likewise, in determining whether the accused had the necessary intent for murder, a strictly subjective test, it is not required that the accused's foresight of the consequence should be reasonable.

In the course of his judgment the learned judge (519/20) quotes with approval a passage from *S v Sigwalla* 1947 4 SA 566 (A) to the effect that the concepts of *dolus* and *culpa* never coincide and that "distinction must be observed between what actually went on in the mind of the accused and what would have gone on in the mind of a *bonus paterfamilias* in the position of the accused. In other words, the distinction between subjective foresight and objective foresight or foreseeability must not become blurred." This statement of the law is unquestionably true as far as it goes, but it is by no means an exhaustive description of either *dolus* or *culpa*. Nor, it is submitted, should it be accepted as authority for the proposition that when it is proved that there was subjective foresight of the possibility of death on the part of the accused there can be no room for *culpa* or negligence. Just as there was, in the passage quoted, no necessity for the Appellate Division to make any reference to the third possible form of *dolus*, *viz dolus indirectus*, so there was apparently no necessity to refer to conscious negligence, a form of *culpa* where there *is* subjective foresight on the part of the accused.

The true position is aptly summed up in a passage also quoted by the court by Steyn CJ in *S v Van Zyl* 1969 1 SA 553 (A) at 557: "Waar 'n bestuurder se besef van gevaar of moontlike gevaar wat hy op die pad skep, gepaard gaan met onverskillige aanvaarding daarvan en voortsetting van sy handelswyse, sou sy optrede moet deurgaan as roekeloosheid in die sin van 'n doen of late met risiko-bewustheid, maar dit sou regtens buite die grense van die grofste nalatigheid val en

op *dolus eventualis* neerkom; en as dit lewensgevaar is wat op 'n ander se dood uitloop sou die bestuurder aan moord skuldig wees en nie aan manslag nie. *Waar hy wel die gevaar voorsien maar onredelikerwyse meen dat hy dit sal kan vermy of dat die gevaar om 'n ander rede geen gevolg sal hê nie, sou hy hom slegs aan nalatigheid skuldig maak. Dit sou dan na gelang van omstandigbede gewone of growwe nalatigheid kan wees, maar in elk geval sou ook so 'n optrede gepaard gaan met risiko-bewustheid.*" (My italics.)

In the light of the above it would seem that the position is as follows:

- (a) Where no more than objective foresight of the possibility of death (*ie* a lack of foresight on the part of the accused) is proved in circumstances where a *bonus paterfamilias* would have had foresight, there can be no question of intent and therefore no question of murder.
- (b) Where it is proved that there was subjective foresight of the possibility of death on the part of the accused in circumstances where there was no reckless acceptance by him of the risk, but merely an unreasonable assumption either that he would be able to prevent death ensuing or that death would for some other reason not ensue, there is conscious negligence or "bewuste nalatigheid" and there can likewise be no question of intent or murder.
- (c) Where subjective foresight of the possibility of death, "risiko-bewustheid," is proved on the part of the accused together with a reckless acceptance by him of the risk, intent in the form of *dolus eventualis* exists and a conviction of murder would be in order.

In the case under consideration, Dube's defence was that he was not the driver of the motor-car involved in the collision. Relying entirely on this defence, Dube conceded that the driver of the motor-car, whoever he might be, drove recklessly. The question of reckless driving was therefore not further canvassed. In view of this concession by the defence however, the court, having found that Dube was the driver of the vehicle, cannot be faulted for finding without further considering the matter that his driving was reckless. There is, furthermore, no doubt that there was a causal connection between the reckless driving of the vehicle and the death of the deceased. The question arises, however, whether a finding of reckless driving on the part of the accused and a causal connection between this reckless driving and the death of the deceased is sufficient to convict the accused of "culpable homicide involving the reckless driving of a vehicle."

In *S v Van Zyl (supra)* the Appellate Division found that the definition of reckless driving contained in section 138 (2) of the Road Traffic Ordinance, 26 of 1966, to wit: "Without restricting the ordinary meaning of the word 'recklessly' any person who drives a vehicle in wilful or wanton disregard for the safety of persons or property shall

be deemed to drive that vehicle recklessly” was wide enough to include the following:

- (i) awareness of risk plus a reckless acceptance of the risk, *ie dolus eventualis*;
- (ii) awareness of risk without acceptance thereof, *ie* conscious negligence, provided that the negligence was gross; and
- (iii) gross negligence without any awareness of risk.

It is evident however, from the definition of reckless driving, that a conviction in terms of the section is competent when the safety of persons or property is endangered and actual harm need not materialise. A conviction of murder or culpable homicide can only flow from reckless driving based on risk awareness where there is an awareness of risk not of damage to property or mere injury to persons, but of death. Likewise although a verdict of reckless driving based on gross negligence might be proper in certain circumstances it does not necessarily follow that, should death ensue, the verdict should be one of culpable homicide. An objective foreseeability of death in the circumstances must be proved.

At 519 E-F the court, in the present instance, states: “I have difficulty in understanding how what must have been a slight impact could have caused him (the driver of the lorry) to lose control over his vehicle to the extent that he moved over to the right-hand side and collided with the Volkswagen (Kombi). Now, in my view, this is something which the average motorist could not precisely have foreseen . . .” and at 520 C-D: “How could he [the accused] reasonably have foreseen that a culvert would jump up in his path and that that would cause him to collide with the left front wheel of a heavy lorry, causing the driver thereof, for some unknown reason, to lose complete control over the lorry so as to cause it to veer to the right and hit the Volkswagen Kombi head-on? The chain of events is far too long, to my mind.”

In view of these two statements, it is, with the greatest respect, difficult to understand how, although the finding of reckless driving was undoubtedly justified, if the verdict was based on conscious negligence the court could find that there was any awareness of risk of life on the part of the accused; or if the verdict was based on gross negligence without risk awareness, that the reasonable man would have foreseen loss of life in the circumstances. It seems implicit from the court’s finding that the reasonable man should not have foreseen that a “culvert would jump up in his path,” that this is not a case where, although fatal consequences were clearly foreseeable, only the actual manner in which death was to come about was not foreseeable. The very commencement of the fatal chain of events was not foreseeable.

In accordance with the principle that the *actus reus* and *mens rea* must be contemporaneous, the state of mind of the accused at earlier stages of the chase, *eg* when the traffic inspector was obliged to leap for safety and children scattered (517H), is irrelevant.

In conclusion it is respectfully submitted that in the average fatal motor accident, even where it is clearly shown that the accused realised that he was taking the chance of killing others, *eg* where he drives over a blind rise on the wrong side of the road or overtakes in the face of oncoming traffic, the state of mind of the accused generally falls within the category of paragraph (b) above, *ie* there is conscious negligence on his part coupled with an unreasonable assumption either that he will be able to prevent death ensuing or that death will for some other reason not ensue. He cannot be convicted of murder unless it can be demonstrated that he was quite prepared to face the consequences of a head-on collision himself. If, in such circumstances, he happens to be driving a normal vehicle and is just as likely to kill himself as the occupants of the oncoming vehicle the court would probably have difficulty in coming to the conclusion that he had indeed reconciled himself with the possibility of the collision occurring as this would imply that he was quite prepared to commit suicide. This difficulty would, of course, not exist if for example it could be shown that the accused felt quite safe in the cab of an abnormally large vehicle or anticipated a collision with pedestrians or cyclists only with little or no risk to his own safety.

Whatever the circumstances, however, if the accused is to be convicted of murder or culpable homicide as a result of a "fatal motor accident" it must be proved that *death* either was or should have been contemplated by the accused and, in the case of murder, that there was a reckless acceptance of the risk of *death* by the accused.

AJ MIDDLETON
University of South Africa

S v RABSON 1972 4 SA 574 (T)

Strafreg - Regsonkunde - Verweer van regséis („claim of right“)

Die reël dat regsonkunde geen verweer in die strafreg is nie, is lank reeds 'n ingeburgerde reël in ons regspraak, en word deur ons howe toegepas selfs in gevalle waar hierdie onkunde van die beskuldigde met geen morele blaam gepaard gaan nie. Enige uitspraak waardeur hierdie reël òf uitdruklik òf by implikasie opgehef word ten einde tot 'n oënskynlik billiker resultaat te kom, trek derhalwe dadelik die aandag.

Artikel 9 (3) van die Wet op Landbouplae 42 van 1957 verbied 'n persoon om enige plant van oorsee in die Republiek in te voer sonder 'n skriftelike permit van die Departement van Landbou-tegniese Dienste. Die beskuldigde, wat 'n ywerige versamelaar van wilde plante was, het sekere plante vanaf Lourenco Marques die Republiek binnegebring. Voordat hy na Lourenco Marques gegaan het, het hy 'n permit ingevolge a 9 (3) van Wet 42 van 1957 ten opsigte van die invoer van die plante verkry. Hy het ook by die sekretaris van twee verenigings wat hulle beywer vir die bewaring van wilde plante, navraag gedoen en die versekering gekry dat die gemelde permit al is wat hy nodig gehad het ten einde die plante van Lourenco Marques na Johannesburg te mag bring. Sonder dat die beskuldigde dit geweet het, bepaal a 82 (1) van die Transvaalse Ordonnansie op Natuurbewaring 17 van 1967 dat niemand enige beskermde plant in die provinsie mag invoer of daarin mag vervoer sonder 'n permit uitgereik deur die administrateur nie. Die beskuldigde is aangekla van oortreding van a 82 (1) van die gemelde ordonnansie. Die landdros het bevind dat die plante wat die beskuldigde vervoer het, inderdaad beskermde plante ingevolge die ordonnansie was, dat *mens rea* 'n element van die misdaad geskep in a 82 (1) was, en dat die beskuldigde skuldig is soos aangekla aangesien sy verweer dat hy nie bewus was van die noodsaaklikheid van 'n permit ingevolge a 82 (1) nie, dwaling ten aansien van die voor-skrifte van die reg was en geen verweer daarstel nie.

In appèl verwys regter Galgut met goedkeuring na die bespreking van regs dwaling deur De Wet & Swanepoel *Die Suid-Afrikaanse Strafreg* 2e uitg 135 tot 139, waarin die skrywers van mening is dat regs dwaling opset en derhalwe aanspreeklikheid uitsluit. Hy bevind dat wederregtelikheidsbewussyn by die beskuldigde ontbreek het omdat hy die *bona fide*- en redelike geloof gehad het dat sy optrede goorloof was, en vernietig op grond hiervan die skuldigbevinding.

Die regter gee te kenne dat ons howe gewoonlik die beskuldigde vry laat uitgaan waar hy besef het dat sy optrede wederregtelik is maar hy ten onregte geglo het dat hy geregtig was om op te tree soos hy wel opgetree het. Dit is in hierdie gevalle dat die beskuldigde hom beroep op 'n sogenaamde „regseis” (*claim of right*). Dit is waar dat daar heelwat uitsprake van ons howe is waar 'n beskuldigde onskuldig bevind is op grond van 'n *bona fide*- en redelike geloof aan sy kant dat hy geregtig was om op 'n bepaalde manier op te tree, ten spyte van die feit dat hy inderdaad geen sodanige reg gehad het nie. (Sien *Shahmabomed v Hendriks* 1920 AD 151 158, *R v Moorcroft* 1916 OPD 10, *R v Thompson* 1926 OPD 141, *R v Hempel* 1933 EDL 123, *Woodburn v R* 1944 NPD 1, *R v Barber* 1937 EDL 79, *R v Suping* 1948 2 SA 759 (O) 761, *R v Hoffman* 1948 2 SA 979 (SR) 981, *R v Mandatela* 1948 4 SA 985 (OD) 990 en *S v Mtetwa* 1963 3 SA 445 (N) 452. (In laasgenoemde vier sake het die verweer egter nie geslaag nie aangesien die hof nie die

beskuldigdes se weergawes van die gebeure geglo het nie.) Dit is onmoontlik om hierdie sogenaamde „regseis“-gevalle te onderskei van gewone gevalle van regsonkunde, en hulle is inderdaad ook onversoenbaar met die lang reeks sake waarin beslis is dat regsonkunde geen verweer is nie. Verwysende na hierdie verwerre verklaar regter Galgut te bl 577 B-C:

„This defence is what has been called ‘claim of right.’ There can be no doubt that claim of right is really a mistake of law. The most that can be said is that where the defence of ignorance of the law was raised in naked form it was usually rejected, but where it was raised in the guise of claim of right it was very often accepted. Hence where the mistake of law is so clothed, *ie* in the guise of a claim of right, the courts may well hold it to be a good defence.”

Dit is, met alle respek, geen grondige rede om die beskuldigde in die onderhawige saak vry te laat uitgaan nie. Om die appèl te laat slaag op grond daarvan dat die beskuldigde se verweer neerkom op ’n regseis, terwyl daar in dieselfde asem erken word dat die verweer van regsonkunde, *wat nie te onderskei is van die geval waar die beskuldigde ’n regseis opwerp nie*, geen verweer is nie, gaan nie op nie. In alle gevalle van ’n beroep op ’n gewaande regseis waar die beskuldigde nie sodanige reg het nie, is daar tog ’n regsdwaling aanwesig. In die meeste gevalle (indien nie in alle gevalle nie) is die „verskil” tussen ’n regseis en ’n regsdwaling bloot ’n kwessie van ’n keuse van woorde. Daar kan egter met Burchell en Hunt *South African Criminal Law and Procedure* vol I 139-140 en 265 saamgestem word dat die veel groter getal sake waarin ons howe ingesien het dat ’n beroep op ’n regseis maar net ’n beroep op regsdwaling in ’n ander gedaante is, gevolg behoort te word. Sodanige sake is *R v Mdalakwa* 1935 TPD 389; *Gumede v R* 1952 1 PH H 54 (N); *R v Pope* 1953 3 SA 890 (K) 894 F-H; *R v Sita* 1954 4 SA 20 (OD) 23; *Koekemoer v R* 1959 1 PH H 31 (O); *S v Tshwape* 1964 4 SA 327 (K) 330; *S v Van der Westhuizen* 1965 1 SA 773 (T); *S v Mabai* 1966 2 SA 533 (OK) 536; *Van Zyl v S* 1965 2 PH K 61 (T) 233; *S v Bonadei Construction (Pty) Ltd* 1968 1 SA 550 (SWA) 553; *S v Colgate-Palmolive Ltd* 1971 2 SA 149 (T) en *S v Moller* 1971 4 SA 327 (T) 330. Veral in die *Mdalakwa*-saak op bl 390-391 en in die *Bonadei Construction*-saak op bl 553 F het die hof dit duidelik gestel dat waar ’n beskuldigde bewus daarvan is dat sy handeling oor die algemeen gesproke ’n misdaad daarstel, maar hy ten onregte dink dat ’n uitsondering van die wet op hom van toepassing is, sy regsonkunde steeds nog geen verweer is nie.

Die regter se bevinding dat wederregtelikheidsbewussyn by die beskuldigde ontbreek het, baseer hy op die feit dat die beskuldigde spesiaal voor sy vertrek na Lourenco Marques die moeite gedoen het om by twee plantbewaringsverenigings uit te vind welke permit of permitte hy moet verkry. Daar kan nie, volgens die regter, van hom verwag word om iets meer te gedoen het nie (bl 577 D-E). Hiermee

gaan die hof by implikasie van die standpunt uit dat 'n beskuldigde in 'n strafsak kan skuil agter foutiewe regsadvies wat van een of ander verantwoordelike instansie verkry is, en dat sy geloof in die korrektheid van hierdie advies 'n geldige verweer is, selfs al is die advies in werklikheid verkeerd omdat bewussyn van die onregmatigheid van sy handeling dan ontbreek. Hierdie houding van die hof is direk in stryd met sekere vorige beslissings van dieselfde hof. In *S v Colgate-Palmolive Ltd supra* het dieselfde hof beslis dat selfs nie eers 'n regsopinie vooraf verkry van 'n senior advokaat dat 'n bepaalde optrede regmatig is, 'n beskuldigde 'n verweer bied as die advokaat in werklikheid verkeerd was, en die optrede in der waarheid binne die misdaad-omskrywing val nie. Die hof verklaar op bl 155 A-C:

„No doubt, in common parlance, it might be said that they were acting in the *bona fide* belief that their venture was not prohibited, because counsel had said so, but their ignorance of the law is not elevated into a defence because counsel was ignorant of the law as well. Such a situation in principle is no different from the case where respondent was totally unaware of any prohibition at all and acted *bona fide* in the belief that what he was doing was not prohibited by law. In this sense ignorance of the law can never be an excuse or show an absence of *mens rea*.”

Ingelyks verklaar regter Colman in *Van Zyl v S supra* op bl 233:

„To require proof that appellant was aware of the statutory provision, or of its proper interpretation, would be contrary to principle.”

Ook in *S v Mabai supra* is die skuldigbevinding gehandhaaf ten spyte van die feit dat die beskuldigde mislei is deur foutiewe regsadvies van ander verantwoordelike persone (sien veral bl 536 B-C, asook *R v Pope supra* te 894 F-H; *R v Meischke's (Pty) Ltd* 1948 3 SA 704 (A) 710-711 en hoofregter Centlivres se dictum in *R v Sachs* 1953 1 SA 392 A 409 B). Dat selfs in 'n geval waar dit onmoontlik vir die beskuldigde was om hom te vergewis van die voorskrifte van die reg, sodanige verskoonbare regsonkunde geen verweer is nie, is beslis in *R v Glynn* 1951 4 SA 4 (T): die skuldigbevinding hier is gehandhaaf ten spyte van die feit dat die betrokke *Staatskoerant* waarin die strafverbod vervat is, die verafgeleë Zoutpannsbergdistrik waar die misdaad plaasgevind het eers bereik het die dag nadat die misdaad gepleeg is!

Daar word aan die hand gedoen dat die rol wat wederregtelikheidsbewussyn by die vasstelling van strafregtelike aanspreeklikheid speel, korrek weergegee word deur Burchell en Hunt a w 132 tot 140: kennis van die wederregtelikheid van die handeling word slegs vereis vir sover hierdie kennis betrekking het op die feitlike omstandighede wat met die pleging van die misdaad gepaard gaan. Wanneer kennis van die wederregtelikheid van die handeling spruit uit onkunde of dwaling ten opsigte van die reg, behoort dit geen verweer te wees nie. Dit bring wel mee dat daar afbreuk gedoen word aan die subjektiewe karakter van *dolus*, dog druis nie geheel en al in teen die basiese begin-

sels van die strafreg nie. Die Amerikaanse skrywer Jerome Hall (*General Principles of Criminal Law* 2e uitg 1960 382 e.v) het die verband aangetoon tussen die reël *ignorantia iuris neminem excusat* en die legaliteitsbeginsel in die strafreg, welke beginsel onder meer vereis dat die regsvoorskrifte algemeen geldend moet wees en op alle regsonderdane op 'n basis van gelykheid van toepassing moet wees: indien 'n persoon toegelaat sou word om hom in 'n gereghof op regsoukonde te beroep, sou dit beteken dat daardie betrokke persoon se skuld deur die hof beoordeel sal word aan die hand van sy (die bepaalde individu se) voorstelling van wat die reg is. Die objektiewiteit van die reg sal sodoende in duie stort. In plaas van een uniforme regscode wat al die regsouderdane op 'n gelyke grondslag behandel en beskerm, sal daar soveel „regsordes” bestaan as wat daar individue is. Dit is inderdaad die subjektiewe toets vir skuld tot sy belaglike uiterste gedryf. Die onvolmaaktheid van die mens, en die noodsaaklikheid vir hom om in 'n sosiale samelewing met ander ewe onvolmaakte mense saam te leef, bring mee dat, ten einde die gedurig botsende belange van elke onderdaan teenoor mekaar af te weeg, dit onvermydelik is dat elke mens in 'n sekere mate die risiko loop dat die reël wat die objektiewe regsorde voorskryf, soms sonder sy goedkeuring, ja selfs sonder sy kennis sal moet geld. Hierdie afweging van belange is alles tot die onderdaan se eie beswil: net soos sekere pligte 'n onderdaan sonder sy medewete opgelê mag word, bied hierdie selfde objektiewe regsouderding hom beskerming - ook dikwels sonder sy medewete - teen inbreukmaking op sy regte.

Buitendien, as regsoukonde as verweer opgewerp kon word, is dit goed denkbaar dat die samelewing blootgestel sou word aan die gevare van 'n lakse en trae gemeenskap wat hom nie geredelik die moeite sou troos om uit sy pad te gaan om agter te kom wat die regsvoorskrifte van hom verlang nie, aangesien hy by voorbaat al sal weet dat hy nie gestraf sal kan word wanneer sy onkunde hom in botsing bring met die regsorde nie. Hierdie gevaar is soveel groter as in aanmerking geneem word dat in die gewysdes hierbo genoem waarin ons howe 'n regseis as verweer erken het, daar altyd nog minstens vereis is dat die beskuldigde se aanspraak op sy reg *redelik* moes gewees het. Vandag, as gevolg van ons howe se toenemend subjektiewe opvatting van opset, hoef dwaling of onkunde egter nie eers meer redelik te wees ten einde opset uit te sluit nie (*S v Modise* 1966 4 SA 680 (GW) en Burchell en Hunt a.w 253-260 en gesag in dié werk aangehaal). Hierdie reël is tot nog toe slegs toegepas op feitedwalings maar daar is in beginsel geen rede waarom dit nie ook op regsouwalings toegepas behoort te word nie, indien ons howe eendag regsouwalings as verweer sou erken.

CR SNYMAN
Randse Afrikaanse Universiteit

SCHOULTZ v POTGIETER 1972 3 SA 371 (EC)

Cession of actions - Actio legis Aquiliae as portion of "a claim" cannot be ceded - Transmissibility and cedability - Splitting of claims - Public policy

- As the result of an alleged assault plaintiff claimed damages for
- “(a) present and future medical expenses and loss of income;
 - (b) general damages for pain and suffering, shock, disfigurement, disability, loss of amenities and change of personality; and
 - (c) damages for *contumelia*.”

The three heads are representative of the three common law delictual actions *viz* the *actio legis Aquiliae*, the action for pain and suffering etc and the *actio iniuriarum*. Each one of these actions may normally form the basis of a single action at law but on the other hand, any two or all three may also form the basis of a single action at law. The actions are rarely cited by name, it being sufficient to indicate the presence of the necessary requirements of each by reference to relevant facts.

In the present matter the defendant in a special case alleged that prior to the issue of summons the Minister of Police as cessionary of plaintiff's claim had issued summons and that as the cession was valid and binding the plaintiff had deprived himself of his claim and could not now institute an action against him. The plaintiff admitted entering into the agreement with the Minister of Police but averred that subsequently doubt had arisen as to whether the rights purported to be ceded were in law capable of cession and for this reason had joined issue on the conclusion of law set out in the special plea.

During the course of argument the court decided to hold the matter in abeyance pending the Appellate Division judgment in *Government of the Republic of South Africa v Ngubane* 1972 2 SA 601. The latter decision disposed of the question relating to claim (b), *ie* such a claim cannot be ceded, at any rate not before *litis contestatio*. The Appellate Division came to this conclusion by analogous reasoning and for three reasons:

- (1) Because “[t]hat which cannot be transmitted on death cannot be ceded in life;”
- (2) Because the claim is “so personal to the claimant that it cleaves to him and cannot be alienated;”
- (3) Because claims for pain and suffering relate to non-pecuniary loss and “the amount awarded is regarded in the nature of a *solatium*” (at p 607).

Munnik J, in the present case, then went on to deal with that part of the claim contained in paragraph (c), *ie* the *actio iniuriarum*, and he correctly held that it cannot be ceded.

As far as claim (a) is concerned, *ie* the *actio legis Aquiliae*, Munnik J held that this action in the present circumstances was also not capable of being ceded. It is trite law that the *actio legis Aquiliae* relating as it does to pecuniary loss and not being of a personal nature, may always be ceded (see *ia Hoffa NO v SA Mutual Fire and General Insurance Company* 1965 2 SA 944 (C) and *Government of the Republic of South Africa v Ngubane supra*). By deciding that the latter action was incapable of being ceded in the present circumstances Munnik J created an exception to this general rule. No authority was investigated nor was any reference to any authority given. The basis for the decision was simply stated to be the so-called principle that “there cannot be a valid cession of portion of a claim without the consent of the debtor.”

I propose to show that the decision is incorrect by drawing attention to three considerations which I feel should have been investigated, *viz* the equation of transmissibility and credibility (see *Ngubane’s* case *supra* at p 607 and 1972 *THRHR* 387); the origin and nature of the so-called rule against splitting of claims; and lastly whether or not the decision is in accordance with public policy.

Both De Kock J in *Government of the Republic of South Africa v Phios Ngubane* (unreported case no 8979/69 delivered on 27/7/71) and Holmes JA in the Appellate Division decision (*supra*) as well as De Vos Hugo JP in *Regering van die Republiek van SA v SANTAM Versekeringsmaatskappy Bpk* 1970 2 SA 41 (NC), held that that which cannot be transmitted cannot be ceded. This gives rise to an interesting question, namely: What would the position have been if, in the present circumstances, the plaintiff had died before *litis contestatio*? In terms of Munnik J’s decision one is tempted to answer that as claim (a) could not have been ceded during the plaintiff’s lifetime the claim for patrimonial loss cannot be transmitted. The answer is of course that claims (b) and (c) would fall away but claim (a) relating as it does to patrimonial loss would indeed have been transmissible. So much for the equation of cedability and transmissibility, which indicates either the unsoundness of the equation or the unsoundness of the decision under discussion.

As stated earlier Munnik J based his decision on the so-called principle that “there cannot be a valid cession of portion of a claim without the consent of the debtor” (see p 373). An examination of our case law reveals that there is no other decided case directly in point. The principle relied upon by Munnik J has however been relevant in cases relating to -

- (1) Cession of orders for costs where the judgment debts themselves had not been ceded - *ie Spies v Hansford and Hansford*

Ltd 1940 TPD 1; *Blaikie and Co Ltd v Lancashire NO* 1951 4 SA 571 (W); *Allen v Duke* 1954 1 SA 213 (N).

- (2) Where partial cession of a claim *in securitatem debiti* was in question - *Bezuidenhout v Van Graan* 1938 TPD 331.
- (3) Where an attempt was made to cede participations in a mortgage bond - *Lief NO v Dettmann* 1964 2 SA 252 (AD).
- (4) Where partial cessions of the action created by s 11 of Act 29 of 1942 have been in issue - *Schnellen v Rondalia Assurance Corporation of South Africa Ltd* 1969 1 SA 517 (W), and *Regering van die Republiek van SA v SANTAM Versekeringsmaatskappy Bpk* (*supra*).

The source of the origin of the principle appears to be Voet 18 4 13 which in its turn is neither relevant to (1) (2) (3) above nor to the circumstances of the present enquiry. The section, couched in very general terms, prohibits a cessionary from employing privileges which the cedent could not have employed unless the privilege was "clearly personal" (*eg* minority). The reason advanced by Voet was that the position of the debtor ought not "to be rendered worse or harder by the act of a creditor" (see Gane's translation). It is from this reasoning that the so-called principle in question is derived - thus to cede a portion of a "claim" is to place an extra burden on the debtor. See *Spies v Hansford and Hansford Ltd* (*supra*); *Blaikie and Co Ltd v Lancashire NO* (*supra*); *Allen v Duke* (*supra*); and *Lief NO v Dettmann* (*supra*). The rule against "splitting of claims" therefore flows from the *ratio* of a very general proposition stated by Voet in regard to something quite different.

There is no Roman-Dutch authority which the present writer can find which could give direct authority for the decision under discussion but this is not surprising as a "claim" meant an "action" and "[C]ession of actions means nothing else but to furnish another with actions . . ." (Sande Ch I par 3 (Anders' translation)). Examples of what is here meant by "action" would be the *actio legis Aquiliae*, *actio iniuriarum*, *actio empti*, *actio quanti minoris* etc. If it were indeed possible to split an "action" the debtor would not today be prejudiced because the procedure known as "joinder" could be effected with little difficulty and expense and the debtor would thereafter be faced with only one action at law (*ie* legal suit) - *cessante ratione legis, cessat et ipsa lex*. The splitting of an "action" such as the *actio legis Aquiliae* was, however, something that presumably could not at Roman-Dutch law be achieved. On the other hand to prohibit the cession of an entire or complete action for patrimonial damages because two other "actions" originated in the same unlawful act, would not have been in keeping with Roman Dutch doctrine either. The following dictum of Schreiner J (as he then was) in the *Spies* case (*supra* at p 7) supports this submission:

“The law on the subject cannot be said to be finally settled but in the Transvaal at least the decisions support the view that a part of a debt cannot be ceded. As I understand the word ‘debt’ in this connection it means indebtedness arising from a single cause of action. Historically our conception of the cession of a right or of a debt due to the cedent is based upon the *cession of an action*, [the writer’s italics] that is, of a right of action, and when a debt is said to be ceded what is meant is that the right of action which the cedent holds is transferred . . . to the cessionary. It does not seem to have occurred to the earlier authorities to consider the effect of an attempt to cede part of a debt, apparently because a debt was regarded as a single cause of action and not as an amount of indebtedness capable of being parcelled out like a fungible. The question is not discussed by Voet (18 4 8-20) or Sande (*Cession of Actions*), nor is it mentioned by Burge in his chapter on the ‘Sale of Incorporal Movables’ (Part II Chap XVI).”

In the *SANTAM* case (*supra* at p 43) it was held that the injured party could not cede that part of his “vorderingsreg” (right of performance or claim) which related to his patrimonial damage without at the same time also transferring the “onoordraagbare deel ook . . . omdat daardie deel nie oordraagbaar is nie volg dit dat die hele eis nie oorgedra kon geword het nie.” Reliance for this decision was found in two earlier decisions, *ie Schnellen’s* case (*supra*) where it was held that the claim of a plaintiff which arose by virtue of s 11 of Act 29 of 1942 gives rise to a single cause of action *ie* a single “vorderingsreg,” “claim” or “debt;” and secondly the *Spies* case (*supra*) where it was held that a single action cannot without the consent of the debtor be “opgesnipper en stuks-gewyse oorgedra . . . nie.”

It is clear that the reason why the cession in the *SANTAM* case could not be upheld was because although the claim related to both patrimonial damages and damages for pain and suffering, both types of compensation were claimable by a single action, *ie* the action created by s 11 of Act 29 of 1942 *ipse*. The *actio legis Aquiliae* and the action for pain and suffering etc were not in point as is the case in the circumstances of the case under discussion.

According to the above-mentioned decision the “splitting of a claim” or of a “debt” or of a “vorderingsreg” would mean that in the circumstances presently before us the plaintiff would not be able to cede part of his action for his medical expenses and loss of income or part of his right to the *quantum* he could claim with the *actio legis Aquiliae* - he would however be able to cede his entire action or right thereto (and independently of his action or right to general damages for pain and suffering etc and his “damages” for *contumelia*) as this represents a single action.

The terminology used can be very confusing and it is submitted that the words “right,” “claim,” “debt,” “cause of action” must be distinguished from any of the same words when used in the sense of an “action at law” or “a legal suit.” It must also be kept in mind that

because of our modern civil procedure it is possible in a single action at law to enforce more than one "right," "claim," "debt," "cause of action" in one action at law, *eg* where one unlawful act gives rise to the *actio legis Aquiliae*, the action for pain and suffering etc and the *actio iniuriarum*.

The niceties of these distinctions were not investigated by Munnik J. At p 373 of the report, after noting that the question of "splitting of claims" had been left open by the Appellate Division in *Ngubane's* case, he states that

"It seems to me that in this regard the principle that there cannot be a valid cession of portion of a claim without the consent of the debtor must prevail and since the claim for pecuniary loss is in fact *not a separate claim* [the writer's italics] but one arising from the *same cause of action* [the writer's italics] and since it is common cause that this cession was effected without the consent of the present defendant there was not a valid cession of portion of the claim and therefore the whole cession is invalid."

This is clearly incorrect because the separate existence of the three delictual actions is denied; and secondly, because the words "the same cause of action" are confused with "the same unlawful act." This confusion is all the more apparent when one looks to the earlier part of the judgment where the three actions are clearly distinguished and treated separately. This distinction as well as the nature of each of the delictual actions under discussion was clearly indicated in the *Hoffa* case (*supra* at p 952 F) and was approved of by the Appellate Division in *Ngubane's* case (*supra* at p 606), and this should be kept in mind in all circumstances (including cession), where the delictual actions are relevant.

It is therefore submitted that if the principle in question is to be retained it should apply only to the splitting of a single action and should not be applied in respect of a "claim" in the sense of the sum total of the number of actions that may arise because of a single unlawful act.

In rejecting the decision under discussion a further consideration in support of the writer's contentions is offered.

It is not in accordance with public policy that an innocent victim who suffers damage at the hands of a delictual wrongdoer should have to rely on the good nature of the wrongdoer to consent to the cession of a right relating to patrimonial damage and especially for the reason advanced, *ie* that the wrongdoer would be subject to an additional burden or that his position would be made worse - which is the reason for the application of the principle against the splitting of a claim. The only way in which he would be subject to an extra burden is if he were to be faced with more than one action at law. A closer investigation of the possibilities will show that the wrongdoer will not be subject to any additional burden but his innocent victim will.

If the wrongdoer pays the full amount due in respect of all the actions to the cedent, without knowledge of the cession and thus in good faith, his full indebtedness will be discharged and the cessionary will be unable to claim further payment from him (*Brook v Jones* 1964 1 SA 765 (N)). If the wrongdoer is aware of the cession it is a simple matter to effect two payments or if the cedent and/or cessionary should institute action against him for the respective amount and/or amounts owing to them, it is likewise a simple matter for him to apply for a joinder of the two actions at law. If this approach is adopted the interests of both parties would be taken into account and not merely those of the wrongdoer to the decided prejudice of his innocent victim.

The issues involved here are not merely of academic import. The practical consequences are considerable as the victim may well be deprived of his earnings for many months before his case is finally adjudicated upon. As our law stands at the present moment (*ie* if the present decision were to be followed), the only manner in which the innocent party can ensure a means of support for himself and his dependants, in the face of a refusal to consent to cession by the wrongdoer, would be to cede his claim for loss of earnings at a price and to simultaneously forsake any claim he may have by virtue of the action for pain and suffering etc and the *actio iniuriarum*, to the decided benefit of the wrongdoer.

It is to be hoped that if and when the question posed in the matter herein discussed, comes up for decision by another provincial division or the Appellate Division, the issues raised herein will receive full investigation and consideration.

CARMEN NATHAN
University of South Africa

"If empire once depended primarily upon the extent of colonial occupation, it now increasingly depends upon the capacity to influence the outcome of important internal wars."

R Falk International aspects of civil strife

Boeke

SOUTH AFRICAN LAW OF DOMICILE OF NATURAL PERSONS

deur ELLISON KAHN

Juta en Kie Bpk, Kaapstad, Wynberg, Johannesburg, 1972;
xii en 103 bl; prys sagteband R4,75; hardeband R6,50

Vir bykans veertig jaar was twee artikels van Walter Pollak QC in (1933) 50 *SALJ* 449 en (1934) 51 *SALJ* 11 die enigste sistematiese uiteensetting van die Suid-Afrikaanse reg betreffende die verkryging en verlies van 'n domicilium, hoewel daar af en toe besprekings van besondere aspekte verskyn het (bv Spiro in 1962 *Acta Juridica* 62 en Ranchod in 1970 *Acta Juridica* 53). Die tyd was dus meer as ryp vir 'n volledige nuwe ondersoek, veral om 'n geheelbeeld te gee van die uitwerking van beslissings soos *Baker v Baker* 1945 AD 708, *Drakensbergpers Bpk v Sharpe* 1963 4 SA 615 (N) en natuurlik *Eilon v Eilon* 1965 1 SA 703 (A). Dat hierdie taak nou verrig is, is al klaar goeie nuus en dat dit op 'n uiters bekwame wyse deur prof Ellison Kahn verrig is, is nog beter nuus.

Die skrywer kan geluk gewens word met sy besonder deeglike bespreking van feitlik elke denkbare faset van die reg aangaande domicilium. Die bespreking word gerugsteun deur 'n volledige ondersoek van die ou bronne (dit is veral opvallend watter vrugbare gebruik van die *Hollandsche Consultatien* gemaak is), hedendaagse regs-literatuur (uit die aard van die saak veral Anglo-Amerikaans) en die Suid-Afrikaanse en Anglo-Amerikaanse regspraak (in n 373 op bl 55 word selfs twee verwysings aangetref na *Juta's Weekly Reporter* van 1912-1915, 'n reeks hofverslae waarvan Hahlo en Kahn *The SA Legal System* 294 kort en bondig sê: „Very seldom cited”). In twee gevalle is verwysings al weer deur die opmars van die wetgewer ingehaal: die *Wet tot Regeling van de Toelating van Personen tot de Unie* 22 van 1913 is nou vervang deur die *Wet op die Reëling van die Toelating van Persone tot die Republiek* 59 van 1972, terwyl die *Wet op die Meerderjarigheidsouderdom* 57 van 1972 korte metten van *venia aetatis* gemaak het.

Die werk is volgens die logiese patroon verdeel in vyf dele, nl I *General Principles*, II *The Domicile of Origin*, III *The Domicile of Choice*,

IV *The Domicile of Dependence*, V *Establishment of Domicile*. Laasgenoemde afdeling sou miskien net so goed weggelaat kon gewees het omdat feitlik alles wat daar gesê word reeds elders, veral by die bespreking van *animus manendi*, uitvoerig uiteengesit is. Soos ook uit die titel van die werk blyk, bestee prof Kahn, anders as Pollak, geen aandag aan die sg domicilium van regspersone nie, maar hieroor sal seker min transe gestort word.

Die skrywer se algemene benadering is aan die konserwatiewe kant. So tree hy op bl 9 ev (asook bl 25) in vir die enkelvoudige opvatting van domicilium, terwyl hy self sê dat sy opvatting in verband met die domicilium van die getroude vrou „may to some seem to lean on the side of conservatism and ultra orthodoxy” (bl 73). En tog is die mees stimulerende aspek van die boek die skrywer se bereidheid om die strydbyl op te neem teen wat hy as verouderde of onrealistiese opvatting beskou, afgesien van hoe diep ingewortel hulle mag wees. Die byl kap veral diep in sy besprekings van die leer van die „revival of the domicile of origin” en van die *animus manendi* as vereiste vir die verkryging van ’n domicilium. Min mense sal met prof Kahn verskil wanneer hy die „eccentric consequences” en „whimsical results” van die *revival*-leer kasty. Sy teenvoorstel dat ons die Amerikaanse reël aanvaar en die gaping tussen ou en nuwe domicilium eerder vul deur die ou domicilium te laat voortgeld, is weliswaar nie nuut nie (sien bv Pollak (1934) 51 *SALJ* op 23 n 158a, maar vgl Spiro *op cit* 74), maar is nog nie vantevore op so ’n oortuigende wyse voorgedra nie. (So ’n reël sou ook die terloopse gevolg hê dat die *lacuna* wat ons wetgewer in verband met die *domicilium originis* van ’n aangenome kind gelaat het - sien bl 18-19 van die werk onder bespreking - sal verdwyn omdat die belang van die domicilium sal verval.) In die bespreking van *animus manendi* word die blink lemme ook nie gespaar nie: na ’n uiteensetting van die ou skrywers se nie baie duidelike standpunte kom hy op bl 44 by die appèlhof se uitspraak in *Johnson v Johnson* 1931 AD 391: „. . . The Appellate Division in *Johnson* encoiled our judges with Lord Macnaghten’s views in *Winans*, that have proved as leechlike as the old man who twisted his legs around the neck of Sinbad the Sailor on his fifth voyage.” Dit is nie verbasend dat die minderheidsuitspraak van ar Williamson in *Eilon v Eilon* die skrywer se goedkeuring wegdra nie, aangesien dit nader aan sy eie negatiewe toets vir *animus manendi* staan, nl „. . . a person’s intending to remain resident unless something untoward happens to cause him to leave” (bl 44).

Die deel oor die domicilium van afhanklikheid is besonder nuttig, veral die omvattende bespreking van die domicilia van getroude vrouens na *separatio a mensa ac thoro* en van minderjariges onder die beheer en toesig van hulle geskeide moeders. Albei vrae is nog nie vantevore deeglik ondersoek nie - in verband met die tweede vraag maak Pollak in sy eerste artikel op bl 26 bloot ’n kaalkop-stelling en Spiro *Law of*

Parent and Child (bl 275 en die plekke waarna hy daar verwys) haal geen gesag vir sy standpunt aan nie.

Oor sommige van sy standpunte sal mens wel met die skrywer kan swaarde kruis. In eerste instansie (sien (1972) 35 *THRHR* 310) is daar sy voortgesette weiering om die moontlikheid te erken dat iemand tegelykertyd twee domicilia kan hê (sien ook (1965) 82 *SALJ* 147). Hierdie houding is ietwat merkwaardig in die lig van die skrywer se herhaalde oproepe om 'n realistiese benadering. As mens dan toegee, soos hy op bl 10 doen, dat die *propositus* „may . . . be fickle and alter his affections from time to time among the resorts along the Natal coast,” hoekom nie ook toegee dat hy net sowel ook Port St Johns in sy omswerwing kan insluit nie? Die weiering om so 'n moontlikheid te aanvaar is sekerlik 'n goeie voorbeeld van die onrealisme waarvan die ou skrywers tereg op bl 3 beskuldig word (hoewel hulle darem realisties genoeg was om die moontlikheid van twee domicilia te erken). Die onverbidde Engelse reël „een man, een domicilium” het beslis bygedra tot wat prof Kahn self as 'n „impossibly rigorous and untenable approach” (bl 27) tot die *animus manendi* en die *animus non revertendi* beskryf. Hoe kan mens intree vir 'n „generous attitude to the interpretation of the *animus manendi*,” maar jousef terselfdertyd teen die moontlikheid van twee domicilia troos deur op te merk dat „heart can be taken from the realization that it is a very remote possibility in the light of our notion of *animus manendi*?” In sy artikel in 1962 *Acta Juridica* het Spiro op bl 68 aan die hand gedoen dat die moontlikheid van twee domicilia aanvaar word en dat „it must then be ascertained in which domicile the event or transaction in fact took place or must in all circumstances be regarded as having taken place.” Prof Kahn kritiseer hierdie voorstel omdat min steun daarvoor by die ou skrywers te vinde sou wees en dit dan op 'n fiksie gebaseer sou wees. Vir sy eie een-domicilium-reël is daar egter geen gesag by die ou skrywers te vinde nie, terwyl Voet 38 17 *De succ ab intestato* 34 en die gesag waarna Voet verwys darem meer as 'n aanknopingspunt vir Spiro se standpunt is. En watter groter fiksie as die een-domicilium-reël kan mens jou in hierdie eeu van „jetsetters” voorstel? Billikheidshalwe moet darem bygevoeg word dat prof Kahn self „een man, een domicilium” slegs as *ius constituendum* beskryf en dat hy die steun wat in ons regspraak vir sy standpunt te vinde is, onderskat: *obiter dicta* te dien effekte is nie net in *Ex parte Donelly* 1915 WLD 29 op 32 en *Webber v Webber* 1915 AD 239 op 242 te vinde nie, maar ook in *Leviny v Leviny* (1908) 25 SC 173 op 177 en *Ex parte Dimond* 1920 CPD 218 op 220.

In tweede instansie is daar 'n paar minder belangrike punte waar die skrywer hom aan kritiek blootstel. Op bl 18 word by die stelling aangetref dat die moeder van 'n kind gebore uit 'n putatiewe huwelik hoogswaarskynlik die ouerlike mag oor daardie kind het. Al gesag waarna verwys word, is Hahlo en Kahn *The Union of SA: The Develop-*

ment of its Laws and Constitution 369, waar na geen gesag verwys word nie. Daarenteen beweet Hahlo *Law of Husband and Wife* 487 met beroep op *Bam v Bhabha* 1947 4 SA 798 (A) op 809 en *Engar & Engar v Desai* 1966 1 SA 621 (T): „The legal position of the child of a putative marriage differs in no way from that of any other legitimate child. Subject to any order the court may make, *the father as the natural guardian* is entitled to the custody of the child” (my kursivering). Hahlo gaan dan voort deur in n 84 te sê dat daar sterk gesag is „for the proposition that if the father of the child was in bad faith, he has no parental rights, though the children are legitimate.” Die „sterk gesag” is Christinaeus *Decisiones* I, Dec 337 no 5, 6 en 9 (waarop r Vieyra in *Desai v Engar* 1965 4 SA 81 (W) op 82 ook gesteun het), maar waar so ’n bewering kwalik te vinde is, en ’n artikel van RW Lee in 1954 *Butterworths SA Law Review* 40. Lee beroep hom op die Duitser Hertius (1652-1710) se *Commentatio Juridica de Matrimonio Putativo* waarvan daar blykbaar nie ’n kopie in Suid-Afrika is nie. In sy *Law of Parent and Child* beweet Spiro net so stellig op bl 20 dat selfs ’n *mala fide*-vader beheer en toesig oor sy kind uit ’n putatiewe huwelik het en beroep hom op PJ Conradie in (1947) 64 *SALJ* op 386: „If children born of a putative marriage are legitimate, they are legitimate altogether and absolutely in respect of all matters and as regards every one.” Gesag? The *Opinions of Grotius* No 56 deel 10 (*Holl Cons* III 314), wat egter oor legitimasie *per subsequens matrimonium* gaan. Die een ding wat egter uit al hierdie verwarring blyk, is dat daar geen gesag is vir prof Kahn se stelling dat die moeder in hierdie geval die ouerlike mag het nie.

Soms sou ’n mens ook wil hê dat die skrywer hom duideliker uitdruk of, soos ’n resensent in 1962 *Acta Juridica* 145 gesê het: „A reviewer must be allowed *some* carping!” Op bl 93 word bv die volgende gesê oor die minderjarige kind van ’n weduwee wat hertrou: „. . . It has been argued (*though fallaciously, it is submitted*) that . . . a minor child would not follow the domicile obtained by her through her dependence on her new husband” (my kursivering). Die skrywer se voorstel op bl 95 dat die kind die hipotetiese domicilium wat sy moeder sou gehad het as sy nie getroud was nie, moet volg, kom egter in ’n groot mate neer op dit wat hy as „fallacious” bestempel het. Op bl 98-99 gaan dit oor die domicilium van ’n meerderjarige wat kranksinnig word. Die aanvaarde standpunt dat hy sy laaste domicilium behou, word sonder veel motivering verwerp, asook o a die reël van die reg van Frankryk en Louisiana dat hy sy kurator se domicilium volg. Die skrywer se eie voorstel is egter nie van die Franse reël te onderskei nie.

Soos mens van ’n skrywer van prof Kahn se kaliber sou verwag, is die taal goed versorg en duidelik, hoewel daar plek-plek sinne is wat darem bietjie van ’n mondvul is. Ons wetgewer het Suid-Afrikaanse regsgeleerdes weliswaar al gewoonde gemaak aan ellelange sinne, maar

dit is nie noodwendig 'n navolgenswaardige voorbeeld nie. Die heel eerste sin in die boek sou bv met vrug in 'n paar korteres verdeel kon word: „The concept of domicile plays an important role in the choice of the governing territorial system of law in the South African conflict of laws (private international law), in relation to the ascertainment of 'international jurisdiction' of a foreign court the judgment of which is sought recognition and possibly enforcement and in the delimitation of the curial area - the establishment of jurisdiction *ratione domicilii* or through the defendant's being an *incola* of a provincial or local division of the Supreme Court of South Africa (an issue which may be, and it is submitted, should be regarded not only as part of the South African law of civil procedure but also of its conflict of laws).” 'n Ander voorbeeld is die laaste sin van die paragraaf wat deurloop van bl 17 na bl 18. 'n Ander stilistiese puntjie, wat egter meer 'n kwessie van persoonlike smaak is (*de gustibus . . .*) is die *faute de mieux, pis aller* en *outré* wat hier en daar aangetref word - dit klink so effens *passé*. In verband met terminologie kan 'n voorstel gemaak word. Die skrywer gebruik by gebrek aan 'n beter ekwivalent vir *rechtskring* of *Rechtsgebiet* die woord *country* - hoekom nie liewers Schmitthoff *The English Conflict of Laws* se *legal unit* nie?

Oor drukfoute kan daar nie gekla word nie. Enkeles wat opgemerk is, is „domicile or origin” in n 184, „ty” in plaas van „to” bo-aan bl 53, „1930” in plaas van „1931” op bl 65, 'n hakie en komma wat verlore geraak het in n 502 en *In fine* op bl 80 wat kursief gedruk moes gewees het. 'n Ander fout is die „affirmative answer” in n 52 wat tog seker 'n „negative answer” moet wees. Die nuwe gebruik om leestekens grotendeels oorboord te gooi, laat mens ook net wonder of U Huber (bl 78) dieselfde Burmese eretitel as U Thant gevoer het.

Ongelukkig is verwysings nie altyd betroubaar nie, bv die verwysing in n 296 na Vromans *Tractaet de Foro Competenti* I 4 2 n 1 moet wees I 4 1 n 1. In n 295 en 299 word 'n beroep gedoen op Donellus *Ad D* 17 12 - daar is nie 'n *Digesta* 17 12 waaroor Donellus in sy *Commentarii in selectos quosdam titulos Digestorum* iets kon skryf nie, maar in lib 17 cap 12 van sy *Commentarii de iure civili* bespreek hy wel die kwessie van domicilium. Dit is ook onduidelik hoekom Domat se *Lois civiles* (of as mens wil *Loix civiles*) as *Civil Law* aangehaal word (n 502) terwyl in die geval van Pothier en Savigny deurgaans na bv *Contumes d'Orléans* en *System des heutigen römischen Rechts* verwys word.

Benewens 'n lys van gewysdes en van aangehaalde wette, is die werk van 'n volledige register voorsien. Mens mis egter 'n oorsigtelike biografie.

In die lig van die indrukwekkende bydrae wat prof Kahn hier tot ons regs literatuur gemaak het, is dit darem verblydend om te merk dat hy ook sy menslike vooroordele het. Ten spyte van die bewering

op bl 24 dat „state or provincial or other local loyalties are not strong in South Africa,” gee hy tog op bl 53 blyke van ’n (geregverdigde?) skeptisisme oor die sjarmes van Kroonstad en veral Pretoria.

AH VAN WYK
Universiteit Stellenbosch

BECK'S THEORY AND PRINCIPLES OF PLEADING IN CIVIL ACTIONS

deur JH ISAACS

4de uitgawe, Butterworths, 352 bladsye, prys: R14,75 (hardeband) en R11,75 (sagteband)

Die derde uitgawe van hierdie boek was ’n geruime tyd uit druk en die verskyning van die vierde uitgawe word stellig deur baie verwelkom. In die nuutste uitgawe is die getal voorbeelde van pleitstukke verminder, maar daar is nuwe hoofstukke bygevoeg oor die rektifikasie van kontrakte, die *exceptio doli* en estoppel.

Hierdie werk het deur die jare ’n besondere bekendheid onder veral die jong praktisyns verwerf. Die rede daarvoor is voor-die-handliggend. Soos Charles A Beck in 1923 in die voorwoord tot die eerste uitgawe gesê het, is daar sekerlik geen deel van die reg waaroor die jong praktisyn aan die begin van sy loopbaan meer onseker voel as oor daardie regsreëls wat betrekking het op pleitstukke nie. Dit is juis as ’n hulp in dié verband dat die boek besonder gewild geraak het.

Tydens ’n lesing in die siviele prosesreg aan ’n universiteit, het ’n bekende senior advokaat die boek dan ook beskryf as die „junior-junior se bybel”. So vind mens vandag weinig praktisyns sonder ’n kopie van ten minste een van die uitgawes.

Die vierde uitgawe volg die patroon van sy voorgangers. Die skryfstyl is duidelik en ’n mens word getref deur die skrywer se klaarblyklike intieme vertrouwdheid met die stof wat hy behandel. Dit is veral die fyndruk-gedeeltes waar die skrywer in die verbygaan op sekere aspekte van die praktyk wys (vgl bv bl 252 ev), wat die jong praktisyn besonder behulpsaam sal vind met die opstel van sy eerste pleitstukke.

Deur te verwys na die waarde van die boek vir die jong praktisyn, word egter nie te kenne gegee dat die boek geen nut het vir die meer ervare praktisyn nie! Dit is besonder nuttig om te sien hoe ’n bepaalde pleitstuk lyk en terselfdertyd verwys te word na ’n paar van die belangrikste beslissings oor die bepaalde aspek en terselfdertyd iets in die algemeen daarvan te wete te kom.

Hier en daar kan moontlike verbeteringe veral met betrekking tot die sistematiek egter aan die hand gedoen word.

'n Jong praktisyn sal dit lastig vind dat die verskeie voorbeelde wat in bylae VII voorkom, nie in die indeks gemeld word nie. Soek 'n mens bv skielik na inligting oor die opstel van 'n eksepsie, verwys die indeks slegs na die omstandighede wanneer 'n eksepsie geopper kan word en die gevolge daarvan, maar geen verwysing word gegee na die voorbeeld in bylae VII E nie. In die gedeeltes wat handel oor die gevalle wanneer die eksepsie geopper kan word, ens, is ook geen kruisverwysing na die voorbeeld nie.

Dieselfde probleem word ondervind met die aansoek om deurligting en die ander voorbeelde in bylae VII F. Die gevolg is dat 'n onkundige persoon slegs toevallig op hierdie voorbeelde sal afkom.

Kruisverwysings na die voorbeeld van die spesiale pleit ten aansien van „absence of jurisdiction” sou ook nuttig gewees het by 'n bespreking van die spesiale verwere.

Die beslissings waarna verwys word by die bespreking van artikel 28(1) (d) van die Landdroshowewet is myns insiens onvolledig deurdat daar nie na die belangrike beslissings van *King's Transport v Viljoen* 1954 (1) SA 133 (K) verwys word nie en ook nie na die *locus classicus* oor die artikel, nl *Dusheiko v Milburn* 1964 (4) SA 648 (A) nie.

'n Deel van die boek wat myns insiens uitgebrei behoort te word, is dié in bylae XI (bladsy 279) wat handel oor die hersiening van die beslissings van openbare liggame. Hierdie belangrike aspek van die siviele prosesreg word dikwels verwaarloos, hoofsaaklik as gevolg van die feit dat dosente in die administratiefreg dit beskou as deel van die siviele prosesreg en *vice versa*. Die eindresultaat is dat weinig studente die praktyk aandurf met enigiets meer as 'n vae idee dat daar wel 'n prosedure bestaan vir die hersiening van administratiewe optrede.

'n Mens kan weliswaar nie te veel detail verwag in 'n boek wat slegs handel oor die beginsels van litigasie nie. Nogtans sou 'n kernagtige bespreking van die prosedure ingevolge hooggeregshofreël 53(2) en 'n vermelding van die vernaamste hersieningsgronde waarvan growwe onreëlmatigheid (par 177) maar een is, sowel as 'n verwysing na 'n paar van die toepaslike beslissings, baie nuttig gewees het.

Daar mag gemeld word dat so 'n behandeling van die onderwerp alreeds aangepak is in 'n ander uitstekende boek oor die siviele prosesreg nl Nathan, Barnett & Brink se *Rules and Practice of the Supreme Court of South Africa*, Juta 1965 bladsy 540-546. Myns insiens kon die gedeelte wat handel oor appèlle en hersienings (bylae XI) net kortliks ook die hoofverskille tussen appèl en hersiening behandel het.

Terwyl die waarde van die boek vir die praktisyn bokant twyfel is, moet die boek ook nie uit die oog verloor word as 'n moontlike standaardhandboek vir studente nie. Daar is twee aspekte van die handboek wat dit geskik maak vir hierdie doel, nl:

(a) Die prys van die boek is redelik; 'n sagteband-uitgawe kos R11,75.

(b) Studente sal in staat wees om te sien hoe die bepaalde pleitstukke lyk. Dit is dikwels slegs nadat die werklike pleitstuk (of 'n voorbeeld daarvan) bestudeer is dat 'n mens die teorie agter die betrokke stuk begryp. Dosente in die siviele prosesreg ondervind dikwels dat sonder 'n insig in die praktiese toepassing van die vak, studente die studiemateriaal vervelig, onsamehangend en moeilik te begryp vind. Deur die studente die voorbeelde van sekere pleitstukke te laat bestudeer, sal hierdie vak hulle moontlik beter toegerus die realiteite van die praktyk tegemoet laat gaan.

Daar is myns insiens 'n paar veranderinge wat die werk meer geskik sal maak as 'n handboek. Hierdie veranderinge is hoofsaaklik van 'n herrangskikkings- en klassifikasie-aard.

Hoewel dadelik toegegee moet word dat die rangskikking van stof in 'n handboek 'n kwessie van persoonlike smaak is, voel ek tog dat die volgende veranderinge die boek meer van 'n logiese geheel sal maak.

Hoofstuk III „The Function of Pleadings” sou myns insiens beter gedeug het as hoofstuk 1; veral omdat die inhoud daarvan 'n beliste inleiding tot die behandeling van die pleitstukke uitmaak en die idee daarin tuisgebring word (bl 27) dat pleitstukke slegs geskryfte is deur middel waarvan die partye hulle saak aan die hof voorlê. Buitendien dra hoofstuk I weliswaar die opskrif „Preliminary” maar in der waarheid handel dit oor die partye tot 'n geding en die sitasie van partye. 'n Meer gepaste opskrif vir hierdie hoofstuk sou moontlik wees „Parties” of selfs „Locus Standi.”

Die boek is verdeel in 12 hoofstukke, gevolg deur 12 bylaes („appendixes”). Die *ratio* agter hierdie indeling is nie altyd myns insiens logies nie. So byvoorbeeld is dit nie duidelik waarom aansoeke, wat net soseer deel van 'n hofproses uitmaak, onder die bylaes behandel word nie. Indien die gedagte was om slegs pleitstukke in verband met 'n aksie, wat begin word deur 'n dagvaarding, in die hoofstukke te behandel en alle ander pleitstukke in die bylaes te behandel, is die verdeling nog steeds nie logies gevolg nie. Die aansoek om summere vonnis (bylae X) kan tog net soseer deel vorm van 'n proses wat deur dagvaarding begin is, soos byvoorbeeld belet en die opheffing van belet (hoofstuk XI) en tender en inbetaling by die hof (hoofstuk VI).

Om dieselfde rede is die behandeling van die voorlopige vonnis in bylae IX myns insiens te losstaande en behoort dit tuisgebring te word by die behandeling van die verskillende vorms van die dagvaarding in hoofstuk IV. Die eerste prosesstuk by hierdie tipe proses is tog immers ook 'n dagvaarding.

'n Mens voel dat 'n indeling van die stof wat die werk meer geskik sal maak vir gebruik deur studente, sal wees om die bespreking van die verskillende aspekte van die prosesreg in die hoofstukke te gee en die bylaes uitsluitlik te gebruik vir die verskillende voorbeelde.

Ten slotte kan nog daarop gewys word dat die boek netjies gebind is, die drukwerk keurig is en geen opvallende drukfoute teëgekom is nie. Die boek is voorsien van 'n tabel van gewysdes, 'n inhoudsopgawe en 'n indeks.

'n Mens kan met vrymoedigheid voorspel dat hierdie uitgawe van die boek net soos sy voorgangers sy plek sal vind in die boekery van die juris in Suid-Afrika.

CF ECKARD

Universiteit van Suid-Afrika

ZUR METHODOLOGIE DER RÖMISCHEN RECHTSQUELLENFORSCHUNG

by MAX KASER

Vienna 1972

In Europe, where the *Corpus Iuris* is no longer living law, the attention of scholars has for some time been devoted to the classical period of Roman law, the period during which Roman legal science was at its zenith. All but a fraction of our evidence for that period is contained in the literature excerpted in the *Corpus Iuris*, and there, according to Justinian, *multa et maxima sunt quae propter utilitatem rerum transformata sunt*. The precise extent of the admitted alterations and the methods of identifying them have therefore been a crucial issue. For the first half of this century the predominant view was that they were very extensive, a variety of methods were developed for detecting them, and the difference between classical and Justinianic law was emphasised. In the last two decades the fashion has changed dramatically, indeed almost to the opposite extreme. This essay by the acknowledged leading scholar in the field contains a re-examination of the whole question and a restatement of his considered views about it.

First, we should not underestimate the scope for controversy, and the wealth of differences of opinion, in classical law. Kaser asso-

ciates that with a case-law system, though as he himself remarks in an interesting footnote (20a) codification sometimes seems merely to increase the possibilities for controversy. Earlier generations, including the interpolationists, tried to reconcile conflicting texts. But the classical jurists were not fungible personalities. We should pay more attention to their controversies and not exaggerate the differences between classical and Justinianic law (p 29-30).

With this general approach probably few would now disagree. In practice some authors go too far looking for the solution of conflicts in differences of opinion: see for example Mayer-Maly *Putativtitelproblem* (1962); attempts at reconciliation should not simply be abandoned. There is also a disturbing tendency to suggest that corrupt texts may nevertheless correctly represent the substance of the classical law (cp p 41) as if there were a presumption that classical law was the same as Justinianic law until proof of the contrary. In reality any reconstruction of classical law which is based on obviously corrupt texts must to that extent be suspect. On one or two points of detail it is more difficult to accept Kaser's suggestions: for example, that conflicting texts, sometimes from the same author, are due to the haphazard suppression of one or other view in a classical dispute (p 28); or that they were both excerpted so as to leave a point open which Justinian was not prepared to decide (p 30).

Secondly, we should not expect impossible standards of the classical jurists. They were no *Übermenschen* (p 48). Banal sentences (p 50) and rhetorical expressions (p 57-60) are not in themselves suspect. Kaser adds that some of the imperfections may be due to the jurists' assistants (n 85). That is an important suggestion which deserves more attention than the footnote devoted to it. The whole question of assistants' influence both in the compilation of the Digest and in the original classical works, requires thorough examination.

Kaser's sympathies with the new trends are clear, but he issues a clear warning against all excesses. We must take advantage of all that we have learnt from our predecessors, interpolationists included, and we must deal with each case on its merits. He sums up with proper scholastic caution in two propositions (p 100-101); (1) *Alles bleibt möglich*; (2) *Jeder Text ist eine Individualität*. The Appendix (p 102-9) contains a discussion of Guarino's ideas on the same subject and is a valuable reminder that not everyone is prepared to go as far as Kaser (see also Guarino's stimulating editorial in 17 (1971) *Labeo* 269-70 about the *insidiosa palude* which modern research is approaching). The same appears from von Lübtow's recent book *Untersuchungen zur lex Aquilia* (1971) and from Rodger's *Owners and Neighbours in Roman Law* (1972), which handles the texts with a freedom unusual for a United Kingdom scholar. Many of us think that the pendulum has already swung too far.

This is a very readable essay and most enjoyably written: see for example the reference to the interpolationist period when "einzelne Gelehrte versuchten, sich mit textkritischen Mitteln der Quellengrundlage zu entledigen, um dann im quellenlosen Raum aus der freien Phantasie luftige Denkgebäude zu errichten" (p 48). And it is well presented (apart from a few printing errors, such as *private* for *privative* on p 38). The habit of putting authors' names in capitals is particularly helpful and should be more widely adopted. If only all works on Roman law were up to this standard!

DAVID PUGSLEY

University of the Witwatersrand

OWNERS AND NEIGHBOURS IN ROMAN LAW

by A RODGER

Clarendon Press, Oxford, 1972; p xii, 170

There is something bitter in the motto of the book under review: *Quae lucis miseris tam dira cupido?* Nevertheless, it is a book that reads well and casts some light on an ancient question. Indeed, it does not solve every problem, but why should there not be questions to which the answer is: *Ion liquet?*

The book, a revised version of a thesis, is devoted to proving that the "extremely individualistic concept of ownership" (p 1) or, perhaps, the classical concept of such an individualistic concept, did not in actual fact exist. This is especially so in regard to immovable property and it is pointed out that the rule of unlimited freedom to build is to be "the acme of intolerance." Especially the necessity of daylight in a community which had a bare minimum of artificial lighting, makes it imperative, according to the author, that the freedom of an owner to build without regard to his neighbour's lights, unless he is restricted by a servitude, cannot exist on such an unlimited scale. The work is devoted to breaking down the view that the owner had such an unrestricted right to build and, accordingly, to interfere with his neighbours' use and enjoyment of their property.

It may be felt that the writer lays too much stress on what is called the orthodox view. It should be kept in mind that the orthodox view recognizes the "absolute" notion of property - ownership is regarded as an "absolute" right in most modern communities. But the notion that this means that the owner has unlimited powers to use and abuse his property went by the board scores of years ago. The "absolute" quality of ownership is a useful starting point - that is to say, the owner is free to use and enjoy his property as he wishes. But this

freedom is restricted by real rights (*eg* servitude) personal rights (he can restrict his ownership by contract) and, finally (and possibly the most important), by law. And “law” does not mean statutory limitation introduced into a community as the relationships between its members become more complex and the points of friction increase in number, but also a wider field of legal restrictions which develop differently in different communities, under the denomination of “nuisance” or “abuse of rights”, etc.

The main interest of this book lies in the careful and interesting analysis of the law regarding restrictions on the owner of immovable property for the purpose of protecting the interests of his neighbours.

The first chapter is partly devoted to showing that the texts supporting the theory that the owner had unlimited power to build on his property and thereby infringe the use and enjoyment of his neighbour, are not classical. *D* 8 2 9 was a comment on the word *damnum* in relation to the *cautio de damno infecto* and the action arising therefrom; *D* 19 2 25 2 is of no great authority; *C* 3 34 8 is not in its original state and the same applies to *C* 3 34 9. Subsequently the *ius altius tollendi* is discussed and the relevant texts (*D* 8 3 2 *pr*; *Gai/Inst* 2 14; *Gai/Inst* 2 31; *D* 8 2 2; *Gai Ep* 2 1 3; *Inst Inst* 2 3 1; *D* 8 4 16; *Inst Inst* 2 3 4; *D* 8 2 1 *pr*; *D* 8 4 7 1; *C* 3 14 1; *C* 8 5 6 1) examined. The author concludes that the references to this right point to an action claiming a right to build by virtue of a servitude giving this right. Thus the general rule is that the owner has no “absolute” right but that his right is restricted in the interests of the neighbours. The compilers, however, made a principle of such an “absolute” right which could, nevertheless, be restricted by statutory provisions.

It may be found that the author proves much that is obvious. Roman law was never static. It is hardly imaginable, especially when the common sense of the Roman legal world is taken into consideration, that restrictions did not arise. Ownership of immovable property must, obviously, have developed in detail, especially in a city like Rome. The city grew considerably and life must have been fairly complex, requiring a great deal of interdependence between its citizens and making an exaggerated individualism not only an anachronism but also a practical impossibility. Even if one does not always agree with the author in his criticism of the texts (which criticism, it may be added, is not over-exaggerated) the general trend of the argument is convincing.

The second chapter is devoted to the right to light. The argument is that the owner has the right to build on his property and thereby obstruct his neighbour's light. He may, however, be prohibited from doing so by a servitude *altius non tollendi*. If an owner wishes to build and thereby interfere with the minimum of light to which his neighbour

is entitled, he may obtain a servitude *altius tollendi*. To preserve this state of affairs the remedies for the parties were the actions based on the servitudes (assuming there were servitudes) or the *cautio damni infecti* and the *operis novi nuntiatio*. Furthermore, under the *edictum ne quid in loco publico*, it was possible to prevent by an interdict a structure being raised in *publico* which diminished a party's light (*D* 43 8 2 11-14). The argument is founded mainly on pleading an extended effect of the meaning of *damnum* in regard to the *cautio damni infecti* and arguing that *D* 7 1 30 and *D* 8 2 10 contain more classical law than is generally believed. Several other tests (eg *D* 8 2 11; *C* 8 10 12 1a; *D* 8 2 27 1; *D* 8 2 41 1) are examined, which all lead to the same conclusion, namely that blocking light can be unlawful, even though the person whose light is blocked has no servitude in his favour. All reasoning in regard to the sources of Roman law has to be to a certain extent hypothetical, but it will be found that the author puts a strong case.

The third chapter deals with the remedies available and the ways in which they may be used. The *formulae* of the *actio confessoria* and the *actio negatoria* are examined and criticism is levelled at the usual reconstruction of Lenel and the adjustments proposed by (among others) Kaser. Reconstructing the *formulae* entails a certain amount of conjecture and it may be said that doubts expressed about the customary reconstruction may also be raised against those of the author. The author, however, proposes the formulation of these two actions whether for the protection or impeachment of the *ius altius tollendi*. Thus, apart from a procedure under the *novi operis nuntiatio* and the *cautio damni infecti*, the procedure by means of these actions would briefly, in the words of the author, be this: If B wishes to stop A who is building or about to build in a way which will block B's light excessively, then B can use *prohibitio* against A who must then bring an *actio negatoria* of the servitude *altius non tollendi*. Alternatively B can use *operis novi nuntiatio* and then bring an *actio negatoria* of the servitude *altius tollendi* against A. When the offending structure is already built, *operis novi nuntiatio* is not available, but to judge from *D* 8 5 6 1, B will have to bring the *actio negatoria* of the servitude *altius tollendi* in a form of words adapted to suit completed work.

Finally the question of time is raised. A person failing to take action against a neighbour over a considerable period of time cannot expect much protection. In this regard the institution of *longi temporis praescriptio* was not without influence.

In the next chapter, dealing with prospect, it is argued that the law on this point proves the argument in regard to light. In classical law valuable views were protected without a servitude and a person wishing to block such views by some construction, had to obtain a servitude to allow this; a less valuable view could, however, only be

protected by means of a servitude protecting the view. The concept of prospect is of a later date than that of light and probably developed in the late Republic. For maintaining these positions, the remedies available were an *actio confessoria* (to protect a servitude *prospectui non officendi*) and an *actio negatoria* (for the protection of the servitude *prospectui officendi*); for the protection of a valuable view and where no servitude protects it, the possible remedy is *operis novi nuntiatio* (*D* 39 1 1 16, 19 read with *D* 39 1 3 4 and particularly *D* 39 1 5 *pr*). The author relies heavily for his argument on the *Hexabiblos* (2 4 51) of Harmenopulos. There Papinian is quoted and the author argues that we have here pre-Justinian and classical law. This is a text that has not been changed by compilers and it cannot be maintained that Papinian's ruling had been brought into line with Byzantine law.

The final chapter deals with water rights. In the first place the author holds that it is not safe to argue that the servitude *stillicidii non recipiendi* is interpolated in *Inst Inst* 2 3 1 and *D* 8 2 2 because it does not occur elsewhere. The starting point of the author is to assume that the Romans thought that a man in town usually had to tolerate a certain amount of water sent from his neighbour's land. If this was so, then there could have been a servitude *stillicidii recipiendi* which meant that the servant owner was obliged to accept more than the normal amount of water up to the amount set by the *modus* of the servitude. The owner who had acquired a servitude *stillicidii non recipiendi* need not tolerate more than the amount of water mentioned in that servitude (p 144). The error which lies at the root of the stillicide problem, is the idea that the *actio negatoria* lies against the sending of even the least amount of water which causes no harm (p 146). As for the remedies whereby the necessary protection is assured, the author holds, arguing mainly on the strength of *D* 39 3 1 17, that if damage is caused by the sending down of excessive water and such damage is caused to rural property, the *actio aquae pluviae arcendae* was the proper remedy. If, however, damage is caused to a building or in a town, then this action does not lie, but an action can be brought alleging *ius non esse stillicidia flumina immittere* (practically an *actio negatoria*). The reconstruction by Lenel, as well as the more recent criticism and reconstruction by Kaser of the formula of the *actio aquae pluviae arcendae* are reviewed. The author concludes that the historical development in Rome was that the *actio pluviae arcendae* was the remedy in rural areas, where excessive water was sent on the neighbour's ground, that with the development of the towns a similar remedy was required there. Hence the servitude of *stillicidium* and *flumen* to help regulate the situation; then, about the beginning of the first century BC, these servitudes were extended to rural property. The *actio negatoria* filled the gaps where the *actio aquae pluviae arcendae* was not available. This leads to the question as to what are the different requirements of the two actions. They may be found

in the requirement of an *opus* in the case of the second action, but the author concludes that there were no significant differences between the actions in this respect. If a piece of land was, however, burdened with a servitude to receive water, the *actio aquae pluviae arcendae* was not available. Finally the author refers to the well-known text *D 8 5 8 5* and reads in it that Aristo merely said that sending smoke above and sending water below are similar and an action can, in both cases, be brought to deny the right to do so. The point is that the *actio negatoria* was available to prevent an excessive flow of water.

It will be evident that the author can be congratulated on an interesting book. Its value lies therein that the subjects discussed are clearly and systematically set out. There is, of necessity, a certain amount of speculation, and the reasoning is sometimes more impressive than convincing, as is frequently the case with the writers of the present-day English school. But it will be found that the author does not overdo this method. He knows the literature thoroughly and gives a welcome *exposé* of a branch of Roman law which has, to a certain extent, not received the attention lately which it deserves.

P VAN WARMELO
University of Pretoria

„So ist ihnen [den römischen Juristen] Theorie und Praxis eigentlich gar nicht verschieden, ihre Theorie ist bis zur unmittelbarsten Anwendung durchgebildet, und ihre Praxis wird stets durch wissenschaftliche Behandlung geadelt. In jedem Grundsatz sehen sie zugleich einen Fall der Anwendung, in jedem Rechtsfall zugleich die Regel, wodurch er bestimmt wird, und in der Leichtigkeit, womit sie so vom allgemeinen zum besondern und vom besondern zum allgemeinen übergeben, ist ihre Meisterschaft unverkennbar. Und in dieser Methode, das Recht zu finden und zu weisen, haben sie ihren eigenthümlichsten Werth, darin den germanischen Schöffen unähnlich, dass ihre Kunst zugleich zu wissenschaftlicher Erkenntniss und Mittheilung ausgebildet ist . . .“

Savigny

Aspekte van die beskerming van staatsveiligheid in Israel en die Republiek van Suid-Afrika

Ignus Rautenbach

Randse Afrikaanse Universiteit

SUMMARY

A comparative survey of security measures in different states cannot be accomplished by the mere analysis of the relevant legal rules; it must be based upon a comprehension of both the factual circumstances which the legal rules are intended to govern and the ideological presumptions and ideals towards which they are directed.

Israel is a Jewish state in a hostile Arab world and this situation is complicated by the presence of an Arab minority group in Israel. The security situation which has existed since the founding of the state, does not follow the pattern of conventional warfare; it consists of draw-out hostilities ranging from open border clashes to sabotage and terrorism on Israeli territory. The sources of Israeli legal measures relating to security are principally laws of the Knesset, British mandatory defence regulations which Israel took over in 1948, and ministerial emergency regulations issued after the legislative proclamation of a state of emergency in terms of section 9 of the Law and Administration Ordinance 1/1948.

In Israel detention without trial is authorized by regulation 111 of the *Defence (Emergency) Regulations* of 1945. According to this provision a military commander may direct the detention of a person if he is of the opinion that it is necessary or expedient to make the order for securing the public safety, the defence of Israel, etc. No limit as to the duration of the detention is specified but provision is made for the appointment of advisory committees to consider objections of detainees and to make recommendations to the Chief of the General Staff. These measures are compared with two South African detention clauses namely section 215 *bis* of the Criminal Procedure Act 56/1955 and section 6 of the Terrorism Act 83/1967. Further restrictions on individual freedom by virtue of regulations 108 and 110 of the *Defence (Emergency) Regulations* of 1945 (relating *inter alia* to freedom of movement, employment and business, communication and association with other persons, dissemination of news) are compared with several similar restrictions which can be imposed in terms of the South African Suppression of Communism Act 44/1950. In considering crimes against state security it is noted that Israeli descriptions of punishable conduct are not as vague and all-embracing as e.g. sabotage in terms of section 21 of the General Law Amendment Act 76/1962, terrorism in terms of section 2 of the Terrorism Act 83/1967 and the two capital offences in terms of section 11(b) *bis* and *ter* of the Suppression of Communism Act 44/1950. In Israel trials relating to a number of crimes against state security are conducted by military tribunals.

In 'n sekere sin is die weergawe van die een of ander aspek van 'n vreemde regstelsel altyd 'n waagstuk.¹ Van die meer ooglopende gevare is dat die waarnemer van die verkeerde veronderstelling kan uitgaan dat gelykluidende begrippe in die vreemde en eie reg sonder meer ook inhoudelik ooreenstem, en tweedens, dat by 'n te enge beskouing van 'n geformuleerde regsreël, die gaping wat dikwels tussen die gepositiveerde norm en die toepassing daarvan bestaan, buite rekening gelaat kan word. Veral ten opsigte van maatreëls rakende staatsveiligheid bestaan daar die verdere gevaar dat die *betreklikheid* van alle positiewe reg geïgnoreer kan word; betreklikheid in dié sin dat 'n regsreël 'n norm is wat eerstens geformuleer is om 'n bepaalde feitelike situasie te beheers en tweedens 'n bepaalde ideaal vooropstel van hoe (na die mening van die opsteller) die feitelike situasie gereël behoort te word. Beide die feitelike omstandighede en die ideaal kan natuurlik in 'n groot mate uit die geformuleerde regsreël afgelei word, maar die regsvergelyker moet versigtig wees om nie die feitelike omstandighede of die waardestandaard van 'n regsreël uit een stelsel as absolute maatstawwe vir sy beoordeling van 'n ooreenstemmende regsreël uit 'n ander stelsel te stel nie. Wanneer dit gebeur, word die andersoortige waarde- en werklikheidsmomente van die regsreël wat beoordeel word, heeltemal misgekyk. Moontlik is hierdie gevaar in die privaatreg nie so groot nie; die menslike verhoudings wat gereël moet word sowel as die geregtigheidsideaal waarop die reëlings gerig is, stem in die verskillende stelsels in 'n groot mate ooreen. Ook deur middel van die "normale" straf- en strafprosesreg reageer byna alle gemeenskappe min of meer dieselfde op min of meer dieselfde aanslae teenoor gelyksoortige beskermingsobjekte soos die lewe, eiendom, liggaamlike integriteit, ens.

By regsreëls rakende staatsveiligheid word die beskermingsobjekte ook met gelykluidende name aangedui, byvoorbeeld die openbare veiligheid en orde, die verdediging van en vreedsame voortbestaan in die staat; *MAAR* die omstandighede waaronder hierdie objekte beskerm moet word en wat verskillende bewindhebbers byvoorbeeld sal beskou as *vreedsame voortbestaan* en hoe dit verweselik, bestendig en beskerm moet word, verskil omtrent van staat tot staat. Regsvergelyking ten opsigte van die beskerming van staatsveiligheid (en ook die weergawe van 'n staat se regsreëls in hierdie verband), kan dus nie in 'n atmosfeer van net positiewe regsreëls en sogenaamde suiwer regsmaatstawwe plaasvind nie; dit moet blyke gee van en ge-

¹Die gedagtes wat hier ter inleiding gestel word, word beklemtoon in die prikkelende bydrae van Walter Sax "Zum Staatsschutzstrafrecht der Südafrikanischen Republik" in *VERFASSUNGSSCHUTZ - Beiträge aus Wissenschaft und Praxis* 1966 221-3.

baseer wees op 'n begrip van die werklikheid wat die reëling bestem is om te beheers en van die veronderstellings en ideale waarop dit gerig is.

II

Ten spyte van meningsverskille oor die aanspraak van die verskillende groepe op die grondgebied van Israel² en oor die volke-regtelike regmatigheid van die totstandkoming van die staat,³ is dit 'n voldonge feit dat die staat bestaan. Die veiligheidsituasie in Israel kan kortliks aan die hand van die volgende (moontlik oorvereenvoudigde) stellings geskets word:

1 Die organisasie, leierskap, simbole en bestaansrede van die staat dui alles daarop dat Israel 'n Joodse staat is.⁴ Die totstandkoming van die staat was 'n groot stap in die verwesenliking van die eeu-oue ideaal van *kibbutz ha-galuyot* (bymekaarbring van die bannelinge) en die oogmerke en ideale, ook met die veiligheidsmaatreëls wat getref word, is eenvoudig die vreedsame voortbestaan van die staat as Joodse staat.

2 Israel is 'n Joodse staat in 'n Arabiese wêrelddeel en Israel se probleme met die Arabiese bure bestaan daarin dat die omringende state die bestaansreg van Israel as Joodse staat ontken en wanneer dit ook al fisies moontlik sou wees die Joodse staat sou uitwis.

3 Voorgaande word gekompliseer deur die bestaan van 'n Arabiese minderheidsgroep binne die Israelse grense.⁵ Talle lede van die Arabiese minderheidsgroep vereenselwig hulle met die anti-Israeli-aspirasies van die omringende state. Die "infrastruktuur" wat daardeur vir terroriste-aanslae vanaf die grense geskep word, is voor-die-hand-liggend.

4 Die konfliktsituasie wat uit voorgaande spruit, neem nie die vorm aan van 'n volskaalse oorlog, dit wil sê van krisis, uitbarsting, militêre operasies, oorwinning en vrede nie. Sedert die ontstaan van die staat was daar 'n voortdurende toestand van vyandelikhede wat gewissel het van ligte skermutselinge tot volskaalse militêre operasies

²Sien by Don Peretz *Israel and the Palestine Arabs* 1958 en Henry Cattan *Palestine, the Arabs and Israel* 1969.

³Sien by Cattan a w en Nathan Feinberg *The Arab-Israel Conflict in International Law* 1970.

⁴Haim Cohn "The Spirit of Israel Law" *International Lawyers' Convention in Israel* 1958 13; Peretz a w 91.

⁵Volgens die jongste gegewens maak die Arabiere een-sesde van die bevolking uit - *Jerusalem Post* 9.1.1973 10. In sowel Israel as die gebiede wat sedert 1967 deur Israel geadministreer word, is die helfte van die bevolking Arabiere - Amnon Rubinstein "War and the Rule of Law: the Israeli Experience" 1 *Israel Yearbook on Human Rights* 1971 323.

op die grense, aangevul deur sabotasie en terrorisme binne en selfs buite die landsgrense.

III

Die *bronne* van die Israelse veiligheidsmaatreëls is die volgende:

1 Vanaf 24 Julie 1922 tot 14 Mei 1948 is die gebied wat toe bekend was as Palestina, deur die Verenigde Koninkryk as mandaat geadministreer. Kragtens die *Palestine Order-in-Council* van 1922⁶ was alle wetgewende en uitvoerende gesag in die hande van 'n Hoë Kommissaris wat verantwoordelik was aan die koloniale sekretaris in Londen. Ingevolge die Britse *Emergency Powers (Defence) Act* van 1939⁷ is uitgebreide magte aan die uitvoerende gesag vir die duur van die Tweede Wêreldoorlog verleen, en ingevolge artikel 4(1)(d) van die wet kon die bepalings daarvan deur 'n bevel-in-rade uitgebrei word na gebiede waarvan die Verenigde Koninkryk die mandataris was. In so 'n geval sou die bevoegdheid van die koning-in-rade deur die Hoë Kommissaris uitgeoefen word. Die belangrikste maatreëls wat ingevolge hierdie magtiging in Palestina uitgevaardig is, was die *Defence Regulations* van 1939⁸ en die *Defence (Emergency) Regulations* van 1945.⁹ Die regulasies verleen uitgebreide magte aan die Hoë Kommissaris en militêre owerhede, onder andere ten opsigte van die beheer van sekere organisasies¹⁰ en die kommunikasiemedia,¹¹ die onteiening en sloping van vaste eiendom,¹² administratiewe aanhouding, deportasie en die inperking van bewegingsvryheid tot 'n bepaalde dorp, distrik of mandaatgebied.¹³ In artikel 11 van die *Law and Administration Ordinance*¹⁴ is bepaal dat die reg wat in Palestina op 14 Mei 1948 van krag was, in Israel van krag sou bly solank dit nie bots met die bepalings van die *Law and Administration Ordinance* of wette daarna aangeneem nie. Aldus het Israel onder andere ook 'n arsenaal veiligheidsmaatreëls van die Britse mandataris geërf. Die meeste van hierdie maatreëls is nog van krag, sommige daarvan word effektief gebruik terwyl dit blykbaar as grondplan gebruik word by die opstel van militêre verordeninge in die gebiede wat Israel sedert 1967 administreer.¹⁵

2 Die Knesset, 'n eenkamerliggaam wat ten minste elke vier jaar

⁶3 Drayton *The Laws of Palestine* 1934 2569.

⁷2 + 3 *Geo* VI 62.

⁸*Palestine Gazette* Suppl 2 n914 649.

⁹*Palestine Gazette* Suppl 2 n1442 1055.

¹⁰reg 84 van 1945.

¹¹Deel II van die 1939-regulasies en reg 87 van 1945.

¹²reg 119 van 1945.

¹³Deel X van die 1945-regulasies.

¹⁴1/1948.

¹⁵Laasgenoemde feit blyk uit 'n vergelyking van Deel X van die 1945-regulasies met hoofstuk 5 van die *Security Provision Order* wat sedert 1967 in die Westelike Oewergebied van krag is - sien 1 *Israel Yearbook on Human Rights* 1971 426-8.

by wyse van 'n algemene verkiesing verkies word, is die hoogste wetgewende orgaan in die staat.¹⁶ Verdedigingsregulasies uit die mandaat tydperk sowel as noodregulasies uitgevaardig deur die uitvoerende gesag,¹⁷ is ongeldig indien dit bots met 'n wet van die Knesset.¹⁸ Ten einde 'n geskrewe Israelse grondwet daar te stel, word sekere basiese wette van tyd tot tyd deur die Knesset aangeneem. 'n Interessante debat word gevoer oor die bindende krag van hierdie wette en as sodanig gaan dit om die wetgewende soewereiniteit van die Knesset.¹⁹ Tot dusver is wette rakende die samestelling en werking van die verskillende staatsorgane aangeneem. 'n *Bill of Rights* is nog nie toegevoeg nie en met die uitsondering van die voorgestelde "ligte" verskansing van die *basiese wette* self,²⁰ kan aanvaar word dat die wetgewende bevoegdhede van die Knesset, ook met betrekking tot maatreëls rakende staatsveiligheid, nie beperk is nie. Voorbeelde van wetgewende maatreëls rakende staatsveiligheid is die *Prevention of Terrorism Ordinance*,²¹ die *Prevention of Infiltration (Offences and Jurisdiction) Law*²² en die *Penal Law (State Security, Foreign Relations and Official Secrets) Law*.²³

3 In 'n nood- of oorlogstoestand word gewoonlik voorsiening gemaak vir uitgebreide gesagsuitoefening deur die uitvoerende gesag.²⁴ Dit is in Israel ook die geval. Die bevoegdhede van die Hoë Kommissaris en militêre bevelvoerders ingevolge die veiligheidsregulasies van 1939 en 1945 word sedert 1948 uitgeoefen deur die Israelse administratiewe en militêre owerhede.²⁵ In die heel eerste regeringsmaatreël van Israel, die *Law and Administration Ordinance*,²⁶ is voorsiening gemaak vir sowel die afkondiging van 'n noodtoestand as die wetgewende magtiging van die eerste minister of enige ander minister om noodmaatreëls te tref "as may seem to him expedient in the interest of the defence of the state, public security and the maintenance of supplies and essential services."²⁷ Noodregulasies mag die *basiese wette* rakende

¹⁶*Basic Law: the Knesset* 1958.

¹⁷Ingevolge a 9 van die *Law and Administration Ordinance* 1/1948 - *vide infra*.

¹⁸Benjamin Akzin "Problems of Constitutional and Administrative Law" *International Lawyers' Convention in Israel* 1958 161 193.

¹⁹Vir 'n nuttige samevatting van en 'n interessante bydrae tot hierdie debat sien Claude Klein "A New Era in Israel's Constitutional Law" 1971 *Israel Law Review* 376-397.

²⁰Volgens a 10 van die Ontwerp Basiese Wet: Wetgewing, kan 'n basiese wet slegs gewysig word deur 'n *meerderheid* van alle Knessetlede by die finale lesing van 'n wysigende wetsontwerp.

²¹3/1948.

²²52/1954.

²³70/1957.

²⁴Clinton Rossiter *Constitutional Dictatorship* 1948 1963 herdruk 12.

²⁵Yehoshua Freudenheim *Government in Israel* 1967 67.

²⁶1/1948.

²⁷a 9(a).

die Knesset of regering nie wysig nie,²⁸ maar daarbenewens kan 'n noodregulasie enige wet wysig of die werking daarvan ophef of enige belasting of verpligte betaling oplê.²⁹ 'n Noodregulasie bly vir drie maande van krag tensy dit verleng word of voor die verstykking van drie maande deur die wetgewer of die skeepper daarvan herroep word.³⁰ 'n Noodtoestand is onmiddellik na aanname van die wet afgekondig en binne 'n tydsbestek van 9 maande is 34 stelle noodregulasies afgekondig.³¹ Die noodtoestand is nog steeds van krag en 'n aantal van die oorspronklike noodregulasies is herverorden as wette van die Knesset,³² byvoorbeeld die *Prevention of Terrorism Ordinance*³³ en die *Prevention of Infiltration (Offences and Jurisdiction) Law*.³⁴ Die geldigheidsduur van laasgenoemde wette is gekoppel aan die duur van die noodtoestand.³⁵

Ingevolge die Suid-Afrikaanse Wet op Openbare Veiligheid³⁶ kan die Staatspresident wanneer hy van mening is dat die openbare orde en veiligheid so ernstig bedreig word dat die gewone wette onvoldoende is, 'n noodtoestand proklameer en noodregulasies afkondig wat binne veertien dae aan die parlement voorgelê moet word, wanneer of sodra die parlement sit. 'n Proklamasie van noodtoestand bly 12 maande van krag maar kan herafgekondig word. Noodregulasies vervul sodra die parlement dit afgekeur het of nie goedgekeur het voor die einde van die bepaalde parlamentsitting nie. In dringende gevalle kan die Minister van Justisie vir hoogstens 10 dae die bevoegdheids uitoeven wat die Staatspresident by wyse van proklamasie ingevolge die wet kan uitoeven.³⁷

IV

Met uitsondering van die aanhoudingsbepaling van die *Penal Law (State Security, Foreign Relations and Official Secrets) Law*,³⁸ het die Knesset nog nooit 'n magtigende maatreël ten opsigte van aanhouding sonder verhoor aangeneem nie. Met uitsondering van die pasgenoemde bepaling geskied aanhouding sonder verhoor binne Israel ingevolge regulasie 111 van die *Defence (Emergency) Regulations* van 1945 en in die gebiede wat sedert 1967 deur Israel geadministreer word, ingevolge artikel 87 van die *Security Provisions Order* wat deur die militêre ower-

²⁸a 44 *Basic Law: The Knesset* 1958 en a 42 *Basic Law: The Government* 1968. Beide hierdie artikels is spesiaal verskans.

²⁹a 9(b).

³⁰a 9(c).

³¹HE Baker *The Legal System of Israel* 1968 9.

³²Moontlik ten einde die vereiste van driemaandelikse herafkondiging van die noodregulasies te omsel.

³³3/1948.

³⁴52/1954.

³⁵a 24 en 34 van onderskeidelik wette 3/1948 en 52/1954.

³⁶3/1953.

³⁷Vir 'n volledige bespreking en kritiese evaluering van die Wet op Openbare Veiligheid, sien AS Mathews *Law, Order and Liberty in South Africa* 1971 221-230 en vergelyk ook die bepalings van die Wet op Burgerlike Beskerming 39/1966.

³⁸70/1957 - *vide infra*.

hede in Junie 1967 in elk van die verowerde gebiede afgekondig is.³⁹ Die twee stelling aanhoudingsbepalings is basies dieselfde en daar sal voorts gekonsentreer word op regulasie 111. Saam met verdere besonderhede oor regulasie 111 word die ooreenstemmende bepalinge verstrek van twee Suid-Afrikaanse aanhoudingsbepalings, te wete artikel 215 *bis* van die Strafprosedurewet 56/1955 en artikel 6 van die Wet op Terrorisme 83/1967.⁴⁰

1 Die persoon wat aanhouding kan gelas

Regulasie 111: 'n Militêre aanvoerder. Volgens regulasies 2 en 6 is 'n militêre aanvoerder 'n offisier wat deur die hoof van die weermag met goedkeuring van die Minister van Verdediging vir 'n bepaalde plek of gebied aangestel word. Op die oomblik is daar 4 sulke persone in Israel. Die hoof van die weermag kan ook die magte van 'n militêre aanvoerder uitoefen. Regulasie 111(8)⁴¹ bepaal dat die magte verleen ingevolge regulasie 111 ook uitgeoefen kan word deur enige persoon wat deur die militêre aanvoerder daartoe gemagtig is.

Artikel 215 bis wet 56/1955: 'n Prokureur-generaal reik 'n lasbrief uit. Melding moet hier gemaak word van die aanbeveling van die *Kommissie van Ondersoek na Strafprosedure en Bewyslewering* 1971, waarvolgens 'n regter nadat inligting deur die prokureur-generaal by wyse van 'n beëdigde verklaring aan hom voorgelê is, beslis of 'n lasbrief vir die aanhouding van 'n potensieële getuie uitgereik moet word al dan nie.

Artikel 6 wet 83/1967: 'n Polisie-offisier met ten minste die rang van luitenant-kolonel.

2 Eksterne kontrole

(a) *Die howe*

Wanneer die Israelse hooggeregshof as *High Court of Justice* sit, het dit die bevoegdheid om aansoeke te oorweeg "necessary to be decided for the administration of justice."⁴² Dit is hoofsaaklik in hierdie hoedanigheid dat die hooggeregshof kontrole uitoefen oor administratiewe handeling en aansoeke word in hierdie gevalle tot die hof gerig deur middel van die *habeas corpus*-, *certiorari*-, *prohibition*- en

³⁹Sien 1 *Israel Yearbook on Human Rights* 1971 419 e.v.

⁴⁰Ander Suid-Afrikaanse aanhoudingsbepalings, nl die 90-dae bepaling (a 17 wet 37/1963), aanhouding in die Transkei (prok R413 1960 Staatskoerant 6594 van 14 Desember 1960) en die 14-dae bepaling (a 22 wet 62/1966), word met die oog op die hanteerbaarheid van die oorsig, nie bygehaal nie. Vir 'n volledige bespreking sien Mathews a.w. 133-163 en vergelyk ook die aanhoudingsbepaling van die Wet op die Misbruik van Afhanklikheidsvormende Stowwe en Rehabilitasiesentrums 41/1971 - a 13.

⁴¹Ingevoeg in 1946 - *Palestine Gazette Suppl* 2 n 1470 163.

⁴²a 43 *Palestine Order-in-Council supra* en a 7 *Courts Law* 1957.

mandamus-prosedures wat uit die Engelse reg oorgeneem is.⁴³ Soos dit in Suid-Afrika die geval is met die bestaande aanhoudingsbepalings, is daar ook in Israel judisiële kontrole ten opsigte van alle tegniese-formele aspekte.⁴⁴ Tot welke mate die hofe bereid is om in te meng met die diskresie-uitoefening ingevolge die bepaling sal in die volgende paragraaf bespreek word.

(b) *Kontrole benewens aansoeke aan die hof*

Regulasie 111: Die Minister van Verdediging moet adviserende komitees aanstel om besware van aangehoudenenes teen hul aanhouding te oorweeg en aanbevelings in hierdie verband by die hoof van die weermag te doen. Laasgenoemde is nie gebonde om die aanbevelings te volg nie. In *Ahmed Shauki Al-Karboutly v Minister of Defence*⁴⁵ het die hof beslis dat die benoeming van 'n adviserende komitee 'n vereiste is vir die uitoefening van die aanhoudingsbevoegdheid en dat 'n aangehoudene vrygelaat moes word waar die komitee aangestel is *nadat* die aanhouding reeds begin het. Die voorsitter van so 'n komitee moet 'n persoon wees wat 'n hoë judisiële pos beklee of beklee het of wat 'n senior staatsamptenaar is of was. (Volgens kolonel Zvi Hadar is die voorsitter van die komitee in die praktyk altyd 'n regter van die hooggeregshof.⁴⁶)

Artikel 215 bis (5) wet 56/1955 bepaal dat 'n aangehoudene minstens een keer per week deur 'n landdros of 'n adisionele of assistent-landdros van die distrik waarin hy aangehou word, in afsondering besoek moet word.

Artikel 6(3) wet 83/1967 bepaal dat 'n aangehoudene skriftelike besware rakende sy aanhouding aan die Minister van Justisie kan rig terwyl subartikel (7) bepaal dat indien die omstandighede dit toelaat 'n aangehoudene elke 14 dae deur 'n landdros in afsondering besoek moet word.

⁴³Freudenheim a w 247-252 en sien in die algemeen met betrekking tot die Israelse administratiefreg Haim Cohn "Judicial Protection of the Individual against the Executive in Israel" *Gerichtsschutz gegen die Exekutive* (Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht) 1969 437-468.

⁴⁴Amnon Rubinstein Besprekingsbydrae tot die Simposium i/s Menseregte, Tel Aviv 1 *Israel Yearbook on Human Rights* 1971 384. Vir die Suid-Afrikaanse posisie vergelyk die dictum van r Marais in *Singh v Attorney General Transvaal* 1967 2 SA 1 (T) 3: "Sub-sec (7) purports to oust the jurisdiction of the court in respect of transactions under sec 215 bis, but it is trite law that the power of the court is effectively curtailed only as long as the administrative powers conferred by the section are properly, ie in accordance with the provisions of the section, carried out by the person or persons on whom those powers have been conferred. If a requirement prescribed by the section is not complied with in an administrative act under the section, the court can step in and nullify that act."

⁴⁵1948 *High Court* 1/48 (1 *Piskei Din* - Verslae van die Hooggeregshof van Israel - 97).

⁴⁶"Administrative Detentions Employed by Israel" 1 *Israel Yearbook on Human Rights* 1971 283 286.

3 Gronde vir aanhouding

Regulasie 108 van die 1945-regulasies bepaal dat 'n besluit ingevolge Deel X (waaronder regulasie 111 val) geneem word wanneer die gemagtigde persoon van mening is⁴⁷ "that it is necessary or expedient to make the order for securing the public safety, the defence of Palestine,⁴⁸ the maintenance of public order or the suppression of mutiny, rebellion, riot."

Dit wil voorkom asof die hooggeregshof veral voor 1968 nie bereid was om met voorgenoemde gronde as maatstaf op die meriete van die aanhouding in te gaan nie. In 1958 het Gideon Hausner byvoorbeeld verklaar: "Usually the court will not pierce the veil of secrecy with which security considerations are necessarily covered. Even questions of a general nature, such as the applicability of security considerations to a particular matter, or what acts, actual or apprehended by the individual in question would come within the scope of 'endangering security', must be left to the responsible minister."⁴⁹ Hierdie resultaat kan moontlik daaraan toegeskryf word dat die houe op daardie stadium nie op die gronde van die diskresie-uitoefening *kon* ingaan nie uit hoofde van die privilegie op grond van staatsveiligheid wat in die besondere gevalle telkens deur die owerhede opgewerp is.⁵⁰ Die *Law of Evidence (Amendment) Law* van 1968 het egter die finale seggenskap oor die privilegie op grond van staatsveiligheid in die hande van 'n regter van die hooggeregshof geplaas.⁵¹ Dit kon ongelukkig nie vasgestel word in welke mate hierdie moontlikheid van "volle" judisiële kontrole sedertdien deur die houe benut is nie.⁵²

Artikel 215 bis (1) wet 56/1955 bepaal dat die prokureur-generaal 'n lasbrief uitreik wanneer hy van mening is dat daar met 'n persoon wat waarskynlik vir die staat getuienis van wesenlike belang in 'n strafsak ten opsigte van

⁴⁷"is of opinion".

⁴⁸Wat nou sal lees *Israel*.

⁴⁹"Individuals' Rights in the Courts of Israel" *International Lawyers' Convention in Israel* 1958 201 207.

⁵⁰Eliahu Harnon "Evidence excluded by State Interest" 1968 *Israel Law Review* 387 394-8 en die sake daar aangehaal.

⁵¹Vir verdere besonderhede oor hierdie aangeleentheid sien Ernst Livneh "The Law of Evidence (Amendment) Law 1968" 1970 *Israel Law Review* 268 en CWH Schmidt "Privilegie op Grond van Staatsbelang - 'n Voorbeeld uit Israel" 1970 *THRHR* 290-2.

⁵²In Julie 1971 het Rubinstein a w n 43 384 verklaar: "Since that law was passed in 1968, there has not been a real case which has tested judicial review in the light of the new legislation. Recently, the court disclaimed jurisdiction to enter into the merits of a certain case, despite the new act, but the point was not raised by either side. There is still a working chance for full judicial review in cases of detentions and arrests under the Emergency Power Regulations, with partial judicial review already in existence."

sekere misdade⁵³ kan aflê, gepeuter sal word of dat so 'n persoon geïntimideer sal word of sal vlug, of wanneer hy dit in belang van so 'n persoon of die regspleging ag. Volgens die uitspraak in *Singh v Attorney General Transvaal*⁵⁴ berus die vraag of hierdie gronde aanwesig is uitsluitlik by die prokureur-generaal. Volgens *artikel 6(1) wet 83/1967* word 'n persoon aangehou wanneer die polisie-offisier "rede het om te vermoed" dat die persoon 'n terroris is of van die polisie enige inligting weerhou in verband met terroriste of enige oortreding ingevolge die wet. Alhoewel daar moontlik op grond van die sinsnede "rede het om te vermoed," 'n saak uitgemaak kan word dat die hof die regmatigheid van die aanhouding aan die hand van bogenoemde gronde kan beoordeel,⁵⁵ wil dit voorkom asof die *ratio* van die Singhbeslissing ook op hierdie geval van toepassing sal wees.

4 Duur van die aanhouding

Regulasie 111

Geen voorsiening word vir die duur van die aanhouding gemaak nie en daar bestaan dus geen beperking in hierdie verband nie. (Volgens Hadar⁵⁶ bestaan daar interne reëlings waarvolgens 'n militêre aanvoerder aanhoudingsbevele slegs vir 'n beperkte tyd, wat gewoonlik een maand nie oorskry nie, mag uitreik. Hy verklaar voorts: "Any order for an additional period of time must be signed by the Chief of the General Staff. The Chief of the General Staff himself may not issue an order of detention for a period exceeding six months, and if the need arises to detain a person for longer periods of time, the case must be brought again before the Chief of the General Staff every six months to consider the necessity for extending the detention order.")

Artikel 215 bis (3) wet 56/1955: Tensy die aangehoudene eerder vrygelaat word, moet hy vrygelaat word op die dag waarop die verhoor van die betrokke strafsak afgehandel word of na verloop van 'n tydperk van 6 maande na sy inhegtenisneming, welke ook al die kortste is. Ingevolge *artikel 6(1) wet 83/1967*, word die aangehoudene vrygelaat wanneer die Kommissaris van Polisie daarvan oortuig is dat die aangehoudene alle vrae bevredigend beantwoord het of dat dit nutteloos sal wees om hom verder aan te hou. In hierdie geval is die duur van die aanhouding dus ook nie beperk nie.

5 Plek en omstandighede van aanhouding

Regulasie 111

Die plek van aanhouding moet deur die militêre aanvoerder in die aanhoudingsbevel gespesifiseer word. In *Naif Salim El-Konry v*

⁵³Waaronder oproer, moord, brandstigting, hoogverraad, sekere misdade ingevolge die Wet op die Onderdrukking van Kommunisme 44/1950 en sabotasie ingevolge a 21 van die Algemene Regswysigingswet 76/1962.

⁵⁴1967 2 SA 1 (T).

⁵⁵Mathews a w 147-151.

⁵⁶a w 284.

*Chief of Staff and others*⁵⁷ is 'n aanhoudingsbevel ter syde gestel omdat dit nagelaat is. Regulasie 111(6) bepaal dat die Kommissaris van Gevangenisreëlings mag tref met betrekking tot die bestuur en andersins van die plek van aanhouding en met betrekking tot die dissipline van alle persone wat daar aangehou word. In *Khavaji v Commissioner of Prisons*⁵⁸ het die hooggeregshof beslis dat alhoewel die Kommissaris van Gevangenisreëlings ingevolge hierdie magtiging bevoeg is om maatreëls te tref vir die beskerming van staatsveiligheid tydens besoeke van regsvertegenwoordigers aan aangehoudenes, hy nie 'n absolute verbod op sodanige besoeke mag plaas nie.

Artikel 215 bis (2) wet 56/1955 bepaal dat die prokureur-generaal die plek van aanhouding in die lasbrief vir inhegtenisneming en aanhouding aandui en dat hy van tyd tot tyd op 'n ander plek mag besluit. Regulasies met betrekking tot die aanhouding word uitgevaardig deur die Minister van Justisie.⁵⁹ Ingevolge subartikel (4) het niemand behalwe 'n amptenaar van die staat, wat ampshalwe optree, toegang tot die aangehoudene nie behalwe met die toestemming van en op voorwaardes soos bepaal deur die prokureur-generaal of 'n amptenaar wat deur die prokureur-generaal daartoe gemagtig is. Hierdie beperking sal ook van toepassing wees op die toegang van regsadviseurs. Volgens *artikel 6(1) wet 83/1967* word die plek en omstandighede van aanhouding bepaal deur die Kommissaris van Polisie onderworpe aan voorskrifte van die Minister van Justisie. Subartikel (6) bepaal dat niemand behalwe die minister en 'n amptenaar van die staat wat ampshalwe optree, toegang het tot die aangehoudene nie, en dat niemand geregtig is op inligting in verband met die aangehoudene nie.

6 Melding moet ook gemaak word van regulasie 112B van die 1945-regulasies wat voorsiening maak vir 'n soort aanhouding sonder verhoor voor aanhouding sonder verhoor of deportasie. Die regulasie bepaal dat enige lid van die gewapende magte of 'n polisieman enigiemand sonder 'n lasbrief mag arresteer indien hy rede het om te glo dat daar gronde bestaan op grond waarvan die verdagte ingevolge regulasie 111 aangehou of ingevolge regulasie 112 gedeporteer kan word. Hangende 'n beslissing of so 'n bevel gemaak sal word, mag die persoon aangehou word vir 'n maksimum tydperk van 7 dae op so 'n plek en onderworpe aan sulke reëlings as wat 'n militêre aanvoerder in 'n bevel mag aandui.

Die aanhoudingsbepaling van die *Penal Law (State Security, Foreign Relations and Official Secrets) Law*,⁶⁰ kan, behalwe vir die feit dat dit vir aanhouding van 4 maande voorsiening maak, met die Suid-

⁵⁷1949 *High Court* 95/49 (2 *Piskei Din* 517) - Hausner aw 204.

⁵⁸1967 II 21 *Piskei Din* 183 - 1968 *Israel Law Review* 149.

⁵⁹Sien prok R 1396 (Staatskoerant 1223 van 10 September 1965): die gewone gevangenisregulasies is van toepassing en daarbenewens kan 'n aangehoudene slegs met die toestemming van die bevelvoerende beampte, onder andere skriftelik met iemand buite in verbinding tree en skryfbehoeftes en leesstof ontvang.

⁶⁰70/1957.

Afrikaanse 14-dae aanhoudingsbepaling⁶¹ vergelyk word.⁶² Volgens artikel 34 van die genoemde Israelse wet kan 'n regter van die hooggeregshof op aansoek van die prokureur-generaal gelas dat 'n persoon wat daarvan verdink word dat hy hoogverraad of spioenasie gepleeg het, vir 'n bepaalde tyd aangehou word. Die maksimum periode van aanhouding is 4 maande maar dit moet na afloop van elke 30 dae deur die regter verleng word. Hierbenewens bepaal artikel 35 van dieselfde wet dat 'n polisie-offisier 'n lasbrief kan uitreik vir die aanhouding van iemand wat van die pleging van hoogverraad of spioenasie verdink word, vir 'n tydperk van 15 dae alvorens so 'n persoon voor 'n regter gebring word.⁶³

Dit wil voorkom asof die Israelse⁶⁴ en Suid-Afrikaanse benaderings met betrekking tot die doel en funksie van aanhouding sonder verhoor van mekaar verskil. Volgens die bewoording van die bestaande Suid-Afrikaanse aanhoudingsbepalings is die belangrikste oogmerk daarmee om getuienis te verkry en die voorlegging daarvan te verseker by die verhoor van persone op aanklag van sekere ernstige misdade – nie almal waarvan misdade teen die staatsveiligheid is nie.⁶⁵ Die Israelse uitgangspunt kan afgelei word uit die volgende opmerkings van kolonel Zvi Hadar: “Administrative detention is the confinement of individuals by the administrative authority according to an administrative process. The motivations for such confinement need not necessarily be the knowledge on the part of the commission of any particular offense by the detainee – although such knowledge might constitute the justification for the confinement – when there is no intention for various reasons, to bring the detainee to trial,”⁶⁶ en “In the great majority of the cases, the basis for administrative detention is the actual commission of a security offense by the detainee, and the reason for not prosecuting him is due to the stringent requirements of Israeli rules of evidence, which are modelled after the British rules and sometimes are even stricter . . . In these cases it is clear that the persons involved may not be left free and the only means to intern them is through ad-

⁶¹a 22 van die Algemene Regswysigingswet 62/1966 - sien Mathews a w 155-6.

⁶²Vergelyk ook die aanbeveling van die *Kommissie van Onderzoek na Strafprosedure en Bewyslewing* 1971 vir die wysiging van artikel 215 *bis* wet 56/1955 waarna *supra* verwys is.

⁶³Die feit dat hierdie bepaling, anders as die ander aanhoudingsbepalings, vervat is in “gewone” wetgewing van die Knesset, kan moontlik 'n aanduiding daarvan wees dat dit die oogmerk is om hierdie bepaling te behou wanneer omstandighede eendag sodanig is dat die verdediging- en noodregulasies opgehef word.

⁶⁴Die pasgenoemde bepaling van die *Penal Law (State Security, Foreign Relations and Official Secrets) Law 70/1957* word hier buite rekening gelaat.

⁶⁵Vgl ook a 13 van die Wet op die Misbruik van Afhanklikheidsvormende Stowwe en Rehabilitasiesentrums 41/1971.

⁶⁶a w 283.

ministrative detention.”⁶⁷ Die gedagte in Israel is dus eerder dat die staat, in die uitoefening van sy beskermingsfunksie ten opsigte van staatsveiligheid, van aanhouding sonder verhoor as selfstandige metode naas judisiële strafoplegging gebruik maak. Hierdie gedagte word versterk deur die feit dat Hadar in sy vermelde bydrae nie die aanhoudingsbepalings van die *Penal Law (State Security, Foreign Relations and Official Secrets) Law* bespreek nie. Of hierdie verskil in teoretiese benadering ’n uitwerking het op die praktiese toepassing van die maatreëls, is ’n ope vraag.⁶⁸

V

Ingevolge regulasies 109 en 110 van die 1945-regulasies kan individuele vryheid onderhewig gestel word aan sekere verdere beperkings wat vergelyk kan word met sommige van dié wat ingevolge die Suid-Afrikaanse Wet op die Onderdrukking van Kommunisme 44/1950, opgelê kan word.

Regulasies 109 en 110 bepaal dat ’n militêre aanvoerder die beperkings kan oplê, maar anders as in die geval van regulasie 111 word hier nie voorsiening gemaak vir die delegasie van inperkingsbevoegdhede nie.

Ingevolge wet 44/1950 word die beperkings opgelê deur die Minister van Justisie.

Die gronde vir inperking in die geval van regulasies 109 en 110 is dieselfde as in die geval van aanhouding sonder verhoor, dit wil sê indien die militêre aanvoerder daarvan oortuig is dat dit nodig is om die bevel te maak ter beveiliging van die openbare veiligheid, die verdediging van Israel, die handhawing van openbare orde of die onderdrukking van muitery, rebellie of oproer.⁶⁹ Die opmerkings wat by die bespreking van regulasie 111 gemaak is ten opsigte van judisiële kontrole en die judisiële benadering tot die gronde op grond waarvan die bevel uitgereik kan word, geld ook hier. Anders as in die geval van regulasie 111 word hier nie voorsiening gemaak vir die aanstel van ’n adviserende komitee om aanbevelings oor besware van ’n ingeperkte te doen nie.

Die gronde vir uitreiking van bevele ingevolge die Suid-Afrikaanse wet 44/1950 word in verskillende gevalle verskillend geformuleer⁷⁰ maar in die algemeen kom dit daarop neer dat die minister daarvan oortuig moet wees dat ’n persoon die oogmerke van kommunisme (volgens die uitgebreide om-

⁶⁷a w 285.

⁶⁸Prof D Zeffert het as inleier na die lewering van hierdie referaat opgemerk dat die feit dat die toegang van regsadviseurs tot aangehoudenenes in Israel anders as in Suid-Afrika, nie beperk word nie, aan die hand van die verskillende uitgangspunte verklaar kan word.

⁶⁹reg 108.

⁷⁰Vgl a 5 9 en 10.

skrywing daarvan in artikel 110) propageer of verdedig of waarskynlik sal propageer of verdedig of aan bedrywighede deelneem wat sodanige oogmerke bevorder of kan bevorder. Tensy *mala fides* bewys kan word, wil dit voorkom asof die minister se diskresie-uitoefening nie bevraagteken kan word nie.⁷¹ Wanneer die minister uit hoofde van artikels 5 (beperkings op lede van onwettige organisasies), 6 (verbod op sekere publikasies), 9 (verbod op sekere byeenkomste), 10 (beperking van bewegingsvryheid) en 14 (deportasie) optree, doen hy binne 14 dae verslag van die omstandighede aan albei huise van die parlement en indien die parlement nie in sitting is nie, binne 14 dae na die aanvang van die volgende sitting.⁷²

Ingevolge regulasie 109 kan inperkingsbevele opgelê word waardeer:

- (a) 'n Persoon verbied word om in sekere gebiede van Israel te wees behalwe soos toegelaat deur die bevel of op sodanige gesag of deur so 'n persoon as wat gespesifiseer mag word.

Hierdie beperking kan ook opgelê word ingevolge artikel 10(1)(a) wet 44/1950; die minister kan kragtens hierdie bepaling ook 'n persoon verbied om *afwesig* te wees van 'n bepaalde plek of gebied.

- (b) Van 'n persoon vereis word om verslag te doen van sy bewegings aan so 'n persoon en op so 'n plek en tyd as wat gespesifiseer word.

Volgens artikel 10 *quat* van wet 44/1950 kan die minister enige persoon kennis gee om by die bevelvoerende offisier van die polisiestasie aan te meld op die tye en gedurende die tydperk soos bepaal in die kennisgewing.

- (c) 'n Persoon die besit of gebruik van enige spesifieke voorwerp verbied word.

Hierdie verbod kan vergelyk word met die ietwat meer omvangryke verbod waardeur 'n persoon verbied kan word om "enige bepaalde handeling" te verrig - artikel 10(1)(a) wet 44/1950.

- (d) 'n Persoon sodanige beperkings opgelê kan word as wat gespesifiseer word ten opsigte van

(i) sy betrekking of besigheid -

'n inperking ingevolge artikel 10(1)(a) wet 44/1950 waarna onder (c) verwys is, kan ook hierdie uitwerking hê;

(ii) sy assosiasie en kommunikasie met ander persone -

volgens artikels 5(1)(c) en 9(1) van wet 44/1950 kan 'n persoon verbied word om vergaderings in die algemeen of 'n bepaalde byeenkoms by te woon en ingevolge artikel 10(1)(a) kan hy verbied word om met enige persoon in verbinding te tree of enige besoeker te ontvang;

(iii) sy bedrywighede in verband met die verspreiding van nuus of propagering van menings -

⁷¹Mathews a w 77-8.

^{72a} 15.

hiermee kan die sogenaamde "silencing provisions" van artikels 11(g) *bis* en 10 *quin* van wet 44/1950 vergelyk word.

Voorgenoemde beperkings kan soos die Suid-Afrikaanse,⁷³ kumulatief opgelê word.

Regulasie 110 maak daarvoor voorsiening dat 'n militêre aanvoerder 'n persoon vir 'n tydperk van een jaar onder polisie-toesig kan plaas en hom onderworpe aan een of almal van die volgende beperkings kan stel:

- (a) verblyf binne die grense van 'n bepaalde plek soos gespesifiseer;
- (b) verandering van woonplek binne dieselfde polisedistrik slegs met die toestemming van die distriksuperintendent van polisie;
- (c) afwesigheid van die stad, dorp of sub-distrik waarin hy woon slegs met die toestemming van die distriksuperintendent van polisie;
- (d) kennisgewing gee van die plek of huis waarin hy woon; en
- (e) aanmeld op plekke en tye soos gespesifiseer.

'n Persoon ten opsigte van wie so 'n bevel gemaak is, kan deur 'n polisie-offisier of enige lid van die gewapende magte gearresteer word en geneem word na die plek waar hy ingevolge die bevel moet wees.

Hierdie bepaling stem ooreen met dié van artikels 10(1)(a) en 10(3) van wet 44/1950.

Verontagsaming van inperkingsbevele is 'n misdad wat gestraf kan word met hoogstens 3 jaar gevangenisstraf of IL 2000 of albei.⁷⁴ Oortreders word vervolg deur militêre howe.⁷⁵

Vir verontagsaming van die Suid-Afrikaanse inperkingsbevele kan in die algemeen gevangenisstraf van minstens 1 en hoogstens 10 jaar opgelê word.⁷⁶

Regulasie 112 van die 1945-regulasies lui: "The High Commissioner shall have power to make an order . . . for the deportation of any person from Palestine. A person in respect of whom a Deportation Order has been made shall remain out of Palestine so long as the Order remains in force." Volgens Shamgar⁷⁷ word hierdie bevoegdheid in die besette gebiede uitgeoefen deur die militêre aanvoerders. In Israel sal dit waarskynlik die Minister van Verdediging wees.

Ingevolge artikel 14 van wet 44/1950 kan die Staatspresident of die Administrateur van Suidwes-Afrika iemand deporteer wat nie 'n Suid-Afrikaanse

⁷³*Sachs* 1953 1 SA 392 (A).

⁷⁴regulasies 109(2) en 110(4).

⁷⁵*Vide infra*.

^{76a} 11(m)(i) wet 44/1950.

⁷⁷"The Observance of International Law in the Administered Territories" in 1 *Israel Yearbook on Human Rights* 1971 262 273.

burger deur geboorte of afkoms is nie *en* wat skuldig bevind is aan misdrywe ingevolge die wet, of wat 'n kommunist is.

VI

Aandag word vervolgens bestee aan die formulering van misdade teen die staatsveiligheid⁷⁸ en die verhoor daarvan.

Vir die meer "konvensionele" misdade teen die staatsveiligheid word voorsiening gemaak in die *Penal Law (State Security, Foreign Relations and Official Secrets) Law*.⁷⁹ Vervolgings word ingevolge die wet slegs ingestel met die skriftelike toestemming van die prokureur-generaal⁸⁰ en in die gevalle waarin voorsiening gemaak word vir die oplegging van die doodstraf, kan dit slegs gedoen word wanneer militêre operasies deur of teen Israel uitgevoer word.⁸¹ Onder die hoof Hoogverraad⁸² word 'n aantal gedraginge strafbaar gestel met hoogstens lewenslange gevangenisstraf of die doodstraf. Handelinge tot nadeel van die gewapende magte,⁸³ aanhitsing tot diensontduiking,⁸⁴ spioenasie,⁸⁵ die openbaarmaking van amptelike geheime⁸⁶ en die benadeling van buitelandse betrekkinge,⁸⁷ word strafbaar gestel met gevangenisstraf waarvan die maksimum periodes wissel van 5 tot 15 jaar.⁸⁸

Maatreëls rakende onwettige organisasies word aangetref in regulasies 84 en 85 van die 1945-regulasies en in die *Prevention of Terrorism Ordinance*.⁸⁹

Volgens regulasie 84 is 'n verbode organisasie: (a) enige organisasie wat volgens grondwet, propaganda of andersins enige van die volgende handelinge bepleit, aanhits of aanmoedig, naamlik (i) die gewelddadige omverwerping van die grondwet of die regering, (ii) die opwekking van haat of minagting teenoor die regering of ampsdraers van die regering in hul amptelike hoedanigheid, (iii) die vernietiging of beskadiging van staatseiendom, (iv) dade van terrorisme gerig teen

⁷⁸Met uitsondering van misdade wat spruit uit die verontagsaming van inperkingsbevele.

⁷⁹70/1957.

⁸⁰a 33.

⁸¹a 6.

⁸²a 7-9.

⁸³a 14-18.

⁸⁴a 19.

⁸⁵hoofstuk 4.

⁸⁶hoofstuk 5.

⁸⁷hoofstuk 6.

⁸⁸Vir die Suid-Afrikaanse gemeenregtelike misdade teen die staat en staatsveiligheid sien JC de Wet en HL Swanepoel *Die Suid-Afrikaanse Strafreg* 2e uitg 1960 hoofstukke 24 en 25 en PMA Hunt II *South African Criminal Law and Procedure* 1970 hoofstukke 1 tot 3.

⁸⁹33/1948.

amptenare of ampsdraers van die staat;⁹⁰ of (b) enige organisasie wat handelinge genoem in (a) (ii) (iii) en (iv) gepleeg het of verantwoordelikhed daarvoor aanvaar of daarby betrokke was; of (c) enige organisasie wat deur die Hoë Kommissaris (Minister van Verdediging) in die staatskoerant as onwettige organisasie verklaar word.

Ingevolge artikel 1 van die *Prevention of Terrorism Ordinance* is 'n terroriste-organisasie "a body of persons resorting in its activities to acts of violence calculated to cause death or injury to a person or to threats of such acts of violence." Kennisgewing in die staatskoerant dat 'n organisasie 'n terroriste-organisasie is, sal in enige regsproses as bewys dien dat die bepaalde organisasie 'n terroriste-organisasie is, totdat die teendeel bewys is.

Met moontlike uitsondering van die verbod wat ingevolge 'n kennisgewing in die staatskoerant opgelê kan word, blyk dit uit voorgaande dat dit hier gaan om organisasies waarvan die optrede en oogmerke gerig is op die pleging van bestaande misdade; in die afsonderlike gevalle gaan dit dus om sameswerings tot die pleging van onder andere hoogverraad, sedisie, saakbeskadiging, moord en aanranding.

Hieruit volg dit dat die Israelse omskrywing van 'n onwettige organisasie verreweg nie so wyd is as die gronde op grond waarvan die Suid-Afrikaanse Staatspresident⁹¹ 'n organisasie onwettig kan verklaar nie. Ingevolge wet 44/1950 word hierdie gronde gekoppel aan die bevordering van die oogmerke van kommunisme - laasgenoemde volgens die "uitgebreide" betekenis wat daaraan geheg word in artikel 1 van die wet. Volgens die Wet op Onwettige Organisasies⁹² is hierdie gronde die bedreiging of waarskynlike bedreiging van die veiligheid van die publiek of die handhawing van openbare orde, terwyl hierdie gronde moet bestaan ten opsigte van die *African National Congress* of die *Pan African Congress* of enige organisasie wat die bedrywighede van hierdie organisasies voortsit of van voornemens is om dit voort te sit.

Regulasie 85 skep 'n hele aantal misdrywe wat in verband met 'n onwettige organisasie gepleeg kan word, byvoorbeeld (ooreenstemmende Suid-Afrikaanse bepalings word in die voetnotas aangedui): om 'n lid, ampsdraer of beampte te wees van 'n onwettige organisasie;⁹³ om enige diens te lewer aan 'n onwettige organisasie tensy die dader kan bewys dat hy *bona fide* geglo het dat die organisasie nie onwettig is nie, om 'n vergadering van 'n onwettige organisasie by te woon en om 'n perseel beskikbaar te stel vir die hou van sodanige vergadering tensy hy kan bewys dat hy *bona fide* geglo het dat die vergadering nie

⁹⁰Hieruit blyk dit dat aan die begrip "terrorisme" al sedert 1945 die betekenis geheg is van persoonlike geweldpleging met "politieke" motiewe.

⁹¹Indien hy daarvan "oortuig is" dat hierdie gronde bestaan - a 2 wet 44/1950.

⁹²34/1960.

⁹³Vgl a 3(a)(i) wet 44/1950.

dié van 'n onwettige organisasie was nie;⁹⁴ om in besit te wees van enige publikasie, fonds, kenteken of eiendom wat behoort aan, of in verband staan, of uitgegee word deur of in belang van 'n onwettige organisasie;⁹⁵ wat skenkings en ledegelde vir 'n onwettige organisasie insamel of ontvang;⁹⁶ op enige wyse direk of indirek te kenne gee dat hy namens 'n onwettige organisasie optree. Vir die pleging van voorgenoemde misdrywe kan hoogstens 10 jaar gevangenisstraf of 'n boete van IL 1 000, of albei opgelê word. Ingevolge die *Prevention of Terrorism Ordinance* word lidmaatskap van 'n terroriste-organisasie strafbaar gestel met hoogstens 5 jaar gevangenisstraf, hulpverlening aan so 'n organisasie met hoogstens 3 jaar gevangenisstraf of IL 1 000, of albei en deelname aan die bestuurs- of opleidingsprogramme van 'n terroriste-organisasie met hoogstens 20 jaar gevangenisstraf.⁹⁷

Soos aangetoon,⁹⁸ is hierdie handeling in verband met "onwettige organisasies" ook in die Suid-Afrikaanse reg strafbaar. Strawwe wissel van hoogstens 3 jaar gevangenisstraf⁹⁹ tot gevangenisstraf van minstens 1 en hoogstens 10 jaar.¹⁰¹ Ten opsigte van die Suid-Afrikaanse maatreëls moet ook rekening gehou word met die prosedure waarvolgens die name van "ampsdraers, beamptes, lede of aktiewe ondersteuners" van 'n onwettige organisasie op 'n lys geplaas word en sekere verswarende gevolge vir diegene wat aldus gelys is daaruit voortvloei of kan voortvloei.¹⁰²

Volgens artikel 5 van die *Prevention of Terrorism Ordinance* kan alle eiendom van 'n terroriste-organisasie op bevel van 'n distrikshof ten gunste van die staat verbeurd verklaar word.¹⁰³

In die Suid-Afrikaanse wet 44/1950 word voorsiening gemaak vir die beredering van die bates van onwettige organisasies en volgens artikel 13 van dieselfde wet kan die hof eiendom wat gebruik is in verband met die pleging van 'n misdryf ingevolge artikel 11(e),¹⁰⁴ sonder benadeling van die regte van *bona fide* derdes, ten gunste van die staat verbeurd verklaar.

In die *Prevention of Infiltration (Offences and Jurisdiction) Law*¹⁰⁵ word voorsiening gemaak vir die misdaad *infiltrasie*. In beide Israel en

⁹⁴Vgl a 11(e) en a 3(a)(iv) (aan die bedrywighede van 'n onwettige organisasie deelneem of iets doen ten voordele van so 'n organisasie) wet 44/1950.

⁹⁵Vgl a 3(a)(ii) en 11(e) *bis* van wet 44/1950.

⁹⁶Vgl a 3(a)(iii) van wet 44/1950.

⁹⁷a 2-4.

⁹⁸voetnotas 93-6.

⁹⁹In die geval van a 11(e) en 11(e) *bis*.

¹⁰¹In die geval van a 3(a).

¹⁰²a 4(10) en 7(2) wet 44/1950 en sien Mathews a w 61-69.

¹⁰³Volgens a 5(c) word enige eiendom in 'n plek wat deur 'n terroriste-organisasie, gewoonlik of by 'n bepaalde geleentheid, as plek van aksie, vergadering, propaganda of stoorplek gebruik word en enige eiendom onder die beheer van 'n lid van 'n terroriste-organisasie, geag die eiendom van 'n terroriste-organisasie te wees tensy die teendeel bewys word.

¹⁰⁴Willens en wetens toelaat dat 'n perseel of ander eiendom gebruik word vir doeleindes of in verband met die pleging van sekere misdade ingevolge die wet.

¹⁰⁵52/1954.

Suid-Afrika sal die strafbare feite ook strafbaar wees as onwettige binnekoms in die staat, maar in die besondere geval is dit duidelik dat dit die oogmerk was dat die onwettige binnekoms van *sekere persone* swaarder gestraf moet word en dat die bewyslas van die staat in die besondere geval verlig moet word. 'n Infiltrerder word in artikel 1 omskryf as 'n persoon wat Israel opsetlik en wederregtelik binnekom en wat na 29 November 1947 burgers was van Libanon, Egipte, Sirië, Saudi-Arabië, Jordanië, Irak of Jemen, of besoekers of inwoners van enige van die voorgenoemde lande of 'n deel van Palestina buite Israel, of Palestynse burgers wat na 29 November 1947 hulle gewone verblyfplek in 'n gebied wat Israel geword het, verlaat het vir 'n plek buite Israel.¹⁰⁶ Die strawwe vir infiltrerders wissel vanaf gevangenisstraf van hoogstens 5 jaar of 'n boete van IL 5 000, of beide, tot lewenslange gevangenisstraf vir infiltrerders wat hulle skuldig maak aan misdade waarvan saakbeskadiging, geweldpleging of vredesteuring 'n element is.¹⁰⁷ 'n Persoon wat Israel onwettig en sonder toestemming binnekom, word vir doeleindes van die wet, geag 'n infiltrerder te wees totdat hy die teendeel bewys het.¹⁰⁸

Regulasie 58 van die 1945-verdedigingsregulasies skep 'n aantal misdade rakende die besit en gebruik van vuurwapens, ammunisie en plofstowwe waarvoor lewenslange gevangenisstraf of die doodstraf opgelê kan word.

Ingevolge artikel 27 van die Suid-Afrikaanse Wet op Ontploffbare Stowwe¹⁰⁹ word die opsetlike of nalatige veroorsaking van 'n ontploffing waardeur lewe of eiendom in gevaar gestel word, strafbaar gestel. Die opsetlike veroorsaking van 'n ontploffing wat iemand dood, word strafbaar gestel met minstens 3 en hoogstens 5 jaar gevangenisstraf,¹¹⁰ terwyl dieselfde straf voorgeskryf word vir die besit of beheer van ontploffbare stowwe onder omstandighede wat aanleiding gee tot 'n redelike vermoede dat die stof gebruik sal word om eiendom te beskadig of iemand te beseer.¹¹¹ Die misdaad *sabotasie* waarvoor die doodstraf opgelê kan word en gevangenisstraf van minstens 5 jaar voorgeskryf word, verbied onder andere ook die onwettige besit van enige ontploffbare stowwe, vuurwapen of wapen.¹¹²

Die strafbare feite word in die Israelse misdade ter beskerming van staatsveiligheid in die algemeen duidelik en ondubbelsinnig omskryf. So ver vasgestel kan word, bestaan daar nie in Israel misdade wat so wyd geformuleer is en terselfdertyd vir die oortreder sulke drastiese

¹⁰⁶Die datum 29 November 1947 is klaarblyklik ingevoeg om die onwettige binnekoms van Jode voor hierdie datum nie strafbaar te stel nie - sien Hausner a w 203.

^{107a} 2-5.

^{108a} 10.

¹⁰⁹26/1956.

^{110a} 27(1)(c).

^{111a} 28.

^{112a} 21(1) van die Algemene Regswysigingswet 76/1962.

strawwe (letterlik) op die hals kan haal nie as sabotasie ingevolge artikel 21 van die Algemene Regswysigingswet 76/1962,¹¹³ die twee halsmisdade ingevolge artikels 11(b) *bis* en *ter* van die Wet op die Onderdrukking van Kommuniste 44/1950¹¹⁴ en terrorisme ingevolge artikel 2 van die Wet op Terrorisme 83/1967.¹¹⁵ Dit is waar dat ondermynende bedrywighede deur hierdie Suid-Afrikaanse misdade strafbaar gestel word wat ook ingevolge die Israelse maatreëls net so swaar gestraf kan word. Dit kan egter nie weggeredeneer word nie dat die genoemde Suid-Afrikaanse bepalings so wyd geformuleer is dat dit ook handeling verbied wat met die soort ondermynende optrede waarop dit klaarblyklik gerig is, weinig te doen het.

Kenmerkend van die Israelse veiligheidsmaatreëls is die voorsiening wat gemaak word vir die *verhoor* van misdade teen die staatsveiligheid deur spesiale tribunale.

1 Misdade ingevolge die *Defence (Emergency) Regulations* van 1945 word verhoor deur militêre howe bestaande uit 'n president, wat 'n offisier met ten minste die rang van kaptein moet wees, en twee verdere lede wat ook offisiere moet wees. 'n Militêre hof mag indien dit daarvan oortuig is "that it is in the interests of justice so to do, admit any particular evidence notwithstanding that it would be inadmissible in England, but in every such case should record its reasons for doing so."¹¹⁶ Appèl kan teen die uitsprake van militêre howe aangeteken word by die militêre appèlhof waarvoor in die *Military Justice (Military Courts Appeals) (Amendment) Law* van 1963 voorsiening gemaak word.

2 Misdade ingevolge die *Prevention of Terrorism Ordinance* word verhoor deur 'n militêre hof bestaande uit drie lede van die weermag waarvan die president iemand moet wees wat as advokaat kan praktiseer of iemand is ten opsigte van wie die prokureur-generaal gesertifiseer het dat hy oor genoegsame regs-kennis beskik.¹¹⁷ Die prosedure wat in militêre howe gevolg word, word ook in hierdie geval gevolg.¹¹⁸ Artikel 10 bepaal dat vir doeleindes van 'n verhoor ingevolge die wet "any matter which appears from its contents to have been published, in writing or orally, by or on behalf of a terrorist organisation, may be accepted as evidence of the facts presented therein."¹¹⁹ Elke skuldige-

¹¹³Sien SA Strauss "Sabotasie, Artikel 21 van die Algemene Regswysigingswet, 1962" 1962 *THRHR* 231-243 en Mathews a w 164-169 en 175 ev.

¹¹⁴Sien Mathews a w 101-105.

¹¹⁵Sien Mathews a w 169-184.

¹¹⁶reg 20. Die verwysing na die Engelse bewysreg sal waarskynlik nou na dié van Israel wees.

¹¹⁷a 12.

¹¹⁸a 12(d).

¹¹⁹Vgl a 12(4)(c) van die Suid-Afrikaanse wet 44/1950 en a 263 *bis* en *ter* van die Strafproseswet 56/1955.

bevinding word voorgelê aan die Minister van Verdediging wat die uitspraak kan bevestig met of sonder strafvermindering, die uitspraak kan ter syde stel en die ontslag van die beskuldigde of 'n herverhoor voor 'n hof met 'n ander samestelling kan gelas.¹²⁰ Teen 'n uitspraak wat aldus bevestig is, kan nie verder geappelleer word nie.¹²¹

3 Oortredings ingevolge die *Prevention of Infiltration (Offences and Jurisdiction) Law* word verhoor deur howe waarvan die regters aangestel word deur die Minister van Verdediging op aanbeveling van die hoof van die weermag.¹²² Teen die uitspraak van so 'n hof wat uit drie regters bestaan het, kan nie geappelleer word nie.¹²³ Die hof mag afwyk van die gewone reëls van die bewysreg indien dit daarvan oortuig is dat die afwyking 'n bydrae sal lewer tot "the discovery of the truth and the just handling of the case." Die redes vir afwyking moet aangeteken word.¹²⁴ Die verhoor vind in die openbaar plaas tensy die hof van mening is dat dit geheel of gedeeltelik *in camera* moet plaasvind "for the maintenance of state security".¹²⁵

VII

Terwyl aspekte van die Israelse en Suid-Afrikaanse veiligheidsmaatreëls naas mekaar gestel is, was dit nie die bedoeling om enigeen van die twee as maatstaf vir die beoordeling van die ander te stel nie. "[J]ustifying a law by the worst example that can be found elsewhere is a dubious exercise"¹²⁶ en om 'n maatreël te verdoem op grond van die beste voorbeeld wat gevind kan word, kan, behalwe vir die vergesigte wat dit 'n sondebok bied op die een of ander utopia wat die sondebok nie is nie en waarskynlik nooit kan wees nie, ewe irrelevant wees. Selfs 'n identiese maatreël uit 'n ander stelsel kan nouliks ter veroordeling of regverdiging gebruik word.

Wanneer die Israelse maatreëls alleen beskou word, sou dit maklik wees om aan te toon dat dit in 'n mindere of meerdere mate afwyk van die een of ander betekenis wat aan die begrip *Rule of Law* geheg word. Bloot op grond daarvan sal die maatreëls allermins as "draconian" bestempel kan word. Terwyl die *Rule of Law* 'n versamelnaam is vir van die hoogste Westerse ideale in juridiese vergestaltung, en as sodanig gedurig voor oë gehou behoort te word, word algemeen aanvaar dat daarvan afgewyk mag word in 'n noodtoestand.¹²⁷ [Terwyl

¹²⁰a 15(a).

¹²¹a 16.

¹²²a 12.

¹²³a 23.

¹²⁴a 25.

¹²⁵a 26(b).

¹²⁶Mathews a w 230.

¹²⁷Sien AJGM Sanders "Die 'rule of law' - 'n gemeenskaplike Westerse gedragskode" 1971 *THRHR* 164 284 op 295-6 en Mathews a w 32 37-42.

daar in beginsel weinig fout te vind is met die maatstawwe vir afwyking soos geformuleer in die byna klassiek-geworde bydrae van Rossiter,¹²⁸ moet dit in gedagte gehou word dat hierdie werk geskryf is voordat die wêreld op groot skaal kennis gemaak het met die soort veiligheidsituasie waarmee juis Israel (veral tussen openlike militêre uitbarstings) te kampe het. 'n Stryd word gevoer sonder definitiewe gevegslinies en die vyand is gewoonlik met die vrywillige of gedwonge samewerking van die burgerlike bevolking van die staat daartoe in staat om sig self selfs vir dekades teenoor 'n verdedigende oormag te handhaaf.¹²⁹ Veral laasgenoemde feit laat ernstige probleme ontstaan oor die mate waarin die verdediger ook teenoor sy eie burgerlike bevolking drastiese stappe mag neem.] In die algemeen word die toelaatbare afwykings so wyd geformuleer dat die noodsaaklikheid daarvan in elk geval van die omstandighede afhang,¹³⁰ in welke geval dit dan onvermydelik aan die skepper van die maatreëls, die beswaarmaker daarteen en die "objektiewe" waarnemer gelaat word om die omstandighede te beoordeel. Pogings om die toelaatbare afwykings vir bepaalde situasies nader te presiseer, kan daarenteen die politieke oortuigings van die formuleerder blootlê; 'n resultaat wat skadelik is vir die *Rule of Law* as sogenaamde suiwer regsbegrip.

Die veiligheidsmaatreëls van 'n staat is die konkretisering van talle nie-juridiese faktore in die bestaan van die staatsgemeenskap. Om waarde-oordele oor veiligheidsmaatreëls uit te spreek aan die hand van sogenaamde suiwer regsbegrippe of op grond van die mate waarin dit meer, minder of ewe ingrypend is as die maatreëls van 'n ander staat, dring myns insiens nie tot die kern van die saak deur nie. Per slot van rekening gaan dit altyd om die vraag: Is die besondere afwykende maatreël nodig onder die bepaalde omstandighede?; en by die beantwoording van hierdie vraag kan veral die waarnemer wat hom binne 'n bepaalde veiligheidsituasie bevind, hom onmoontlik losmaak van sy subjektiewe beoordeling van sowel die feitlike omstandighede as die voorveronderstellings wat die skepper van die maatreël geïnspireer het. Die erkenning van hierdie feit behoort geen afbreuk te doen aan die juris se eerbied vir sy wetenskap nie; veel eerder is dit 'n noodsaaklike vereiste vir die verantwoordelike beoefening van die reg as toegepaste sosiale wetenskap.

¹²⁸a w 297-314.

¹²⁸Sien Joseph B Kelly en George A Pelletier jr "Legal Control of Populations in Subversive Warfare" 1965 *Virginia Journal of International Law* 174-200.

¹³⁰"Die erns en omvang van die spesifieke noodtoestand sal bepaal watter optrede noodsaaklik is om die belange van die gemeenskap te beskerm en in watter mate daar van die *rule of law* afgewyk moet word" - Sanders a w 296; "No general regime or particular institution of constitutional dictatorship should be initiated unless it is necessary or even indispensable to the preservation of the state and its constitutional order" - Rossiter a w 298.

Erkenning van 'n Suid-Afrikaanse egskeidingsvonnis in Nederland

D Pont

Kaapstad

Voor die regbank van Haarlem, Nederland het op 5 Oktober 1971 die saak gedien van 'n Nederlandse vrou wat saam met haar man van Nederland na Suid-Afrika geïmmigreer het en wie se huwelik, terwyl sy en haar man Nederlandse staatsburgers was en in Suid-Afrika gedomisilieer was, deur die hooggeregshof van die Oranje-Vrystaat op die man se eis en op grond van die vrou se kwaadwillige verlating deur egskeiding ontbind is. Die vrou het daarna na Nederland teruggekeer en daar besluit om weer in die huwelik te tree.¹

Die amptenaar aan wie die versoek gerig is om die gebooi af te kondig en die beoogde huwelik te bevestig, het geweier om dit te doen omdat die egskeiding deur die hooggeregshof van die Oranje-Vrystaat uitgespreek is op ander gronde as dié van die Nederlandse reg ten tyde van die uitspraak.

Die gronde van die Nederlandse reg volgens die *Burgerlike Wetboek* destyds was: (1) owerspel; (2) kwaadwillige verlating; (3) veroordeling weens misdryf tot 'n vryheidstraf van vier jaar of langer na die huweliksluiting uitgespreek; (4) sware verwondings of sodanige mishandelings deur die een eggenoot ten opsigte van die ander gepleeg waardeur die ander se lewe in gevaar gestel of waardeur aan hom gevaarlike verwondings toegedien is.²

Voordat die versoekskrif van die vrou om die Suid-Afrikaanse vonnis vir die beoogde doel genoegsaam te verklaar deur die regbank van Haarlem behandel is, is dit volgens voorgeskrewe prosedure eers voorgelê aan die "Offisier van Justisie", 'n amptenaar wat by die regbank 'n posisie beklee wat ooreenstem met dié van die prokureur-generaal by die howe van appèl en by die hoogste hof, die Hoë Raad. Die soort versoek wat die vrou ingedien het, is nl 'n vraag van openbare orde, soos dit heet, wat die algemene belang raak. Die georgani-

¹Nederlandse Jurisprudentie 1971 no 495 1411.

²Nieuw Burgerlijk Wetboek van 1958 art 161 162.

seerde samelewing, die staat is daarby betrokke. Net soos die prokureur-generaal tree genoemde offisier namens die staat ook in siviele sake soos hierdie op.³

By oorweging van die versoek het die offisier tot die gevolgtrekking gekom dat aangesien die man sowel as die vrou ten tyde van die uitspraak van die egskeiding Nederlandse staatsburgers was, die hof van Bloemfontein die Nederlandse materiële reg op die geval moes toegepas het. Omdat dit nie geskied het nie, was hy van oordeel dat aan die uitspraak van die hof van Bloemfontein deur 'n Nederlandse regbank geen erkenning verleen kon word nie. Die vrou was dus nog steeds getroud volgens Nederlandse reg en nie bevoeg om in Nederland weer in die huwelik te tree nie.

Inderdaad het die hof van Bloemfontein nie die reg van Nederland op die geval toegepas nie, omdat volgens die reg van Suid-Afrika die Suid-Afrikaanse hooggeregshof in die onderhawige geval die reg van die domisilie van die partye toepas soos dit geld ten tyde van die instelling van die aksie. Aangesien die partye op dié tydstip in Suid-Afrika gedomisilieer was, is dit die reg van Suid-Afrika wat kragtens die bepaling van die reg van Suid-Afrika deur die Suid-Afrikaanse hooggeregshof toegepas moet word en dan ook toegepas is. Hierdie reël van ons reg om die reg van die domisilie toe te pas, is ontleen aan die reg van Holland uit die 17de en 18de eeu wat met die vestiging van die nedersetting aan die Kaap deur Jan van Riebeeck hier te lande gevestig geraak het.⁴ Die genoemde regsreël sou vermoedelik vandag ook nog in Nederland gegeld het, indien nie daar by geleentheid van die kodifikasie van die reg in die begin van die 19de eeu die reël verander was deur die *Wet houdende Algemene Bepalingen van Wetgeving*, artikel 6, wat die nasionaliteitsbeginsel huldig.⁵

³Vir die amp van offisier by die howe in Holland in die 17de en 18de eeu, kyk: De Monté verLoren *Hoofdlijnen Rechterlijke Organisatie in de Noordelijke Nederlanden* 4e druk 1967; Boey *Woordenboek* 1773, sv officieren en bl 16 89 117.

⁴Kyk: J Voet *Commentarius ad Pandectas* I 4 par 2 (*appendix*), *De Statutis* par 7.

⁵Artikel 6 lui: "De wetten, betreffende de regten, den staat en de bevoegdheid der personen, verbinden de Nederlanders, ook wanneer zij zich buiten 's lands bevinden."

Die Suid-Afrikaanse reg huldig die nasionaliteitsbeginsel by wyse van uitsondering in die geval van die verbodsbepaling op gemengde huwelike.

Die nasionaliteitsbeginsel speel 'n prominente rol by die kodifikasiebeweging in Wes-Europa teen die einde van die 18de en die begin van die 19de eeu as 'n uitdrukking van die strewing om 'n eenvormige regstelsel vir alle burgers van die staat vas te stel en die plaaslike en gewestelike verskille in die reg van die verlede te elimineer. Dit het in Nederland daartoe gelei dat die reg wat in die regsgebied van die hof van Holland, Zeeland en West-Friesland gegeld het, nou voortaan in gekodifiseerde vorm met die nodige aanpassings en wysigings vir die burgers van al die ander samestellende dele van die Federale Republiek van destyds wat nou 'n eenheidstaat geword het, gelykelyk geld.

Vandag verskil die reg van Suid-Afrika op hierdie punt dus van die reg van Nederland in dié sin dat 'n eis om egskeiding in Suid-Afrika beoordeel word volgens die reg van die domisilie van die partye, en in Nederland volgens die reg van hul nasionaliteit. Solank die reg van die domisilie en die reg van die nasionaliteit dieselfde is, dws die partye gedomisilieer is in die land waarvan hulle die nasionaliteit besit, tree die verskil nie aan die lig nie.

Volgens die Nederlandse regstandpunt sal 'n regbank in 'n geval soos die onderhawige waar 'n egpaar met Suid-Afrikaanse nasionaliteit in Nederland by 'n egskeidingsgeding betrokke raak, nie die reg van Nederland nie maar die reg van Suid-Afrika toepas. Die Nederlandse regter sal hom dan moet laat voorlig oor die regsbepalings van die reg van Suid-Afrika wat toepaslik is. Maar uit die betreffende bepalings van die Nederlandse reg volg nie dat kragtens Nederlandse reg die Suid-Afrikaanse regter in 'n ooreenkomstige geval Nederlandse reg moet toepas nie, soos die offisier wel gekonkludeer het.

Die genoemde regbank het die vraagpunt dan ook op 'n ander manier benader. Daar word eers vasgestel dat die egskeidingsgronde in die reg van Suid-Afrika is: (1) owerspel; (2) "malicious desertion"; (3) kranksinnigheid; (4) gewoontemisdadiger.⁶ Die informasie is ontleen aan Martindale-Hubbell se *Law Directory V Law Digests* p 3549, 'n Amerikaanse ensiklopediese publikasie wat hier by ons nie baie bekend is nie.⁷ Dit tref dadelik dat die regbank nie 'n Suid-Afrikaanse publikasie oor die reg van Suid-Afrika tot sy beskikking gehad het nie en dus nie van die beste getuienis van wat ons reg is, gebruik gemaak het nie.

Regters in Suid-Afrika is in die meeste gevalle vermoedelik in die geleentheid om meer outentieke publikasies oor die Nederlandse reg van vandag te raadpleeg as die regters van die regbank van Haarlem ten aansien van die reg van Suid-Afrika gebruik het. (Moontlik kan die regering van die Republiek kragtens die bepalings van die kultuurverdrag⁸ met Nederland van 1951 iets doen om in die leemte te voorsien.) Dit tref verder dat die begrip kwaadwillige verlating deur die regbank by uitsondering in Engels aangedui word, terwyl die ander drie egskeidingsgronde van ons reg uit Engels vertaal is en in Nederlands vermeld word.

Die begrip kwaadwillige verlating is in Suid-Afrika vanaf die tyd van Jan van Riebeeck tot vandag toe steeds met die Nederlands-

⁶Let op dat *malicious desertion* tussen aanhalingstekens staan en in Engels vermeld word.

⁷Aanwesig in die regsbiblioteek van die Universiteit van Kaapstad.

⁸In Nederland word dit *Cultureel Akkoord* genoem.

Afrikaanse woord *kwaadwillige verlating* aangedui. Eers sinds die 19de eeu het in ons regspraak en wetgewing die Engelstalige uitdrukking "malicious desertion" ook sy verskyning begin maak, maar nie om "kwaadwillige verlating" te verdring nie. Moontlik was die egskedingsvonnis van die hof van Bloemfontein in Engels gestel. Maar dit verklaar nog nie afdoende waarom, terwyl die drie ander egskedingsgronde van ons reg uit die Engels van die aangehaalde teks van Martindale-Hubbell in Nederlands vertaal is, die begrip kwaadwillige verlating nie, soos 'n mens tog sou verwag, ook met die naam wat dit in Nederlands sowel as in Afrikaans het, aangedui word nie.

Daar is vanselfsprekend geen rede nie om te veronderstel dat die regbank bedoel het om te stel dat die inhoud van die begrip kwaadwillige verlating in Suid-Afrika verskil na gelang dit in Engels dan wel in Afrikaans (Nederlands) uitgedruk word. Soos uit die verdere verloop van die vonnis blyk, is die rede waarom die regbank die gebruik van die Nederlandse woord kwaadwillige verlating vermy, hierin geleë dat hy nie in staat was om in die feite waarop die uitspraak van die hof van Bloemfontein gebaseer is en wat in die huidige reg van Suid-Afrika as kwaadwillige verlating benoem word, die begrip te herken nie wat in die hedendaagse Nederlandse reg kwaadwillige verlating genoem word, net soos ook in die Romeins-Hollandse reg van die 17de en 18de eeu wat in 1652 hier by ons oorgeplant is. Die Engelstalige uitdrukking "malicious desertion" in die Haarlemse vonnis moet dus blykbaar dien om begripsverwarring in die Nederlandse regspraak te voorkom tussen die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg van Hollandse afkoms en die hedendaagse Nederlandse reg wat ooreenstem met die Suid-Afrikaanse reg van destyds, dus om die anglisering van ons reg op hierdie stuk te beklemtoon.

Ten tyde van die oorplanting van die begrip kwaadwillige verlating in Suid-Afrika het dit nog maar onlangs in die reg van Holland tot ontwikkeling gekom. Voor die kerkhervorming in die tweede helfte van die 16de eeu in Holland het egskeding as regsinstelling nie bestaan nie, soos ook elders in die Christelike wêreld die geval was. Regspraak en wetgewing in huweliksake was onder beheer van die kerk, di die Algemene Christelike Kerk waarvan die biskop van Rome, die pous, die hoof was. En dié kerk het egskeding nie toegelaat nie. Na die kerkhervorming in Holland en nadat die wêreldlike owerheid daar, die State van Holland, die beheer oor regspraak en wetgewing in huweliksake weer onder sy eie gesag teruggeneem het,⁹

⁹Politieke Ordonnantie van 1580 art 18; Hugo de Groot *Inleydinge* I 5 8; III 20 11; vgl Luther: "dass die Ehe ein äusserlich Ding ist wie Kleider und Speise, Haus und Hof, weltlicher Oberkeit unterworfen", P Mikat *Ehe und Familie*, 1962 *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 81 ev, aangehaal deur MWE Koopmann *Het nieuwe echtscheidingsrecht* Zwolle 1971 9.

erken die wêreldlike owerheid egskeiding as regsinstelling in geval van owerspel,¹⁰ soos vroeër voordat die kerk die beheer van die staat oorgeneem het die volksregte egskeiding op grond van owerspel (en ander gronde) erken het.¹¹ In die loop van die 17de eeu word in die praktyk van die Hof van Holland, Zeeland en West-Friesland kwaadwillige verlating as tweede grond vir egskeiding erken. Vir die juriste was egskeiding steeds 'n bekende regsfiguur. Want afgesien van die feit dat die Germaanse volksregte dit geken het, het die Romeinse reg dit eweneens geken.¹² 'n Teks van Julianus¹³ verklaar dat 'n getroude vrou wat deur haar man verlaat is omdat hy deur die vyand gevange geneem is sonder dat bekend is of hy nog in die lewe is dan wel dood, na 'n wagtyd van vyf jaar vanaf die gevangeneneming vry is om 'n ander huwelik aan te gaan. Groenewegen in sy aantekening op Hugo de Groot se Inleydinge by bk I dl 5 par 8 wat van die jaar 1644 dateer, vermeld kwaadwillige verlating as tweede egskeidingsgrond met verwysing na 1 Kor VII 15. En die State-generaal, die vergadering van die afgevaardigdes van die State-vergaderings van die sewe soewereine provinsies van die federale republiek van die Verenigde Nederlande, het in die *Echtreglement voor de Generaliteit* van 1656 in artikel XC statutêre erkenning aan kwaadwillige verlating verleen.¹⁴ Alhoewel die Echtreglement nie deur die State-generaal as reg vir die nederstelling aan die Kaap bedoel was nie,¹⁵ het dit die plaaslike owerheid aan die Kaap kragtens die plaaslike soewereiniteit waarmee hy volgens gewoontereg beklee was, vry gestaan om bepalinge van die Echtreglement vir die regsgebied van die Raad van Justisie aan die Kaap te resipieer indien dit nie reeds kragtens die aantekening van Groenewegen gedoen is nie of ook later op grond van 'n ooreenstemmende teks in die kommentaar van Jan Voet.¹⁶

Die Romeinse reg het vir die bewys van verlating 'n volhardende

¹⁰Op grond van Matthéus V 32 en XIX 9.

¹¹De Blécourt-Fischer *Kort Begrip van het Oud-Vaderlandsch Burgerlijk Recht* 6e druk 71.

¹²D 24 2 *De divortiis et repudiis*.

¹³D 24 2 6.

¹⁴*Groot Plakkaatboek* II 2446.

¹⁵Die vergadering van die State-generaal het geen bevoegdheid gehad om wette te maak vir die regsgebied van die provinsie Holland en Wes-Friesland nie; die vergadering van die State van Holland was die wetgewer vir dié gebied. Die State-generaal se wetgewende bevoegdheid in sake van privaatreë het hom slegs uitgestrek oor die verowerde gebiede van die Republiek, dit is die Generaliteitslande (oa Staats-Brabant, Staats-Vlaandere) en oor die kolonies (oa die gebied van die VOC, insluitende die gebied van die nederstelling aan die Kaap); Fockema Andreae *De Nederlandse Staat onder de Republiek* 3e druk 1969 74 e.v.

Die State van Holland en Wes-Friesland het in die *Ampliatie van die Politieke Ordonnantie van 1666*, art 17, kwaadwillige verlating as egskeidingsgrond erken; *Groot Plakkaatboek* III 592.

¹⁶J Voet *Commentarius ad Pandectas* XXIV 2 9.

houding¹⁷ aan die kant van die verlater vereis, terwyl Julianus, soos gesê, die vereiste van vyf-jaar-wagtyd noem.¹⁸ Dié bepaling is eweneens in die reg van Holland geresipieer.¹⁹ Egskeiding op grond van kwaadwillige verlating kon dus eers na vyf jaar vanaf die verlating verkry word, terwyl die eisende eggenoot verplig was om gedurende dié periode die verlater by herhaling te dagvaar, blykbaar telkens by die begin van 'n nuwe sittingsperiode van die hof.

By geleentheid van die kodifisering van die reg in Nederland in die begin van die 19de eeu is die vereiste van vyf-jaar-wagtyd behou, terwyl dit hier by ons na die inlywing van die nedersetting aan die Kaap as 'n kolonie van die Britse ryk al gou laat vaar is en een dagvaarding as voldoende beskou is.²⁰ En daarmee het egskeiding op grond van kwaadwillige verlating hier by ons 'n baie maklike manier geword om die huweliksband te verbreek. Dit is 'n opvallende voorbeeld van baie ingrypende regsvoorming deur die regter wat op ons huweliksreg 'n ontwrigtende invloed gehad het.

Die vereiste van volharding in die houding van die verlater en die vyfjarige wagtyd het aan die verlater die geleentheid gegee om sy besluit om die ander eggenoot te verlaat, te hersien. Die veronderstelling lê voor die hand dat ons egskeidingsreg van die 17de en 18de eeu die genoemde vereistes gestel het om vir die partye 'n geleentheid te skep om 'n aandeel te verwerf in die algemene menslike ervaring dat huweliksmoeilikhede heel wel daartoe kan lei om aan die huwelik vir die toekoms 'n ander en 'n beter ewewig te verskaf wat die instandhouding daarvan sterker bevorder as die geval was voordat die moeilikhede ingetree het. Die opheffing van die vereiste van 'n wagtyd en herhaalde dagvaarding om volharding te toets deur ons howe het die moontlikheid van 'n innerlike groei van die eggenote na mekaar toe, afgesny. En daarmee is aan die kans op herstel van 'n menslike verhouding afbreuk gedoen op 'n wyse wat stry met die bedoeling waarmee die verhouding eers aangegaan is. Dit het geskied sonder raadpleging van die prokureur-generaal as verteenwoordiger van die algemene belang en sonder oorweging van die wenslikheid om die gevestigde prosedure te bly volg, onderhewig aan die nodige aanpassing daarvan by die eise van 'n nuwe tyd deur die daartoe bevoegde wetgewer. Dit is gedoen deur howe wie se regspraak onderworpe was aan 'n appèl na die Geheime Raad in Londen in 'n tyd toe kwaad-

¹⁷*Perseverentia*; D 24 2 3; D 50 17 48.

¹⁸Gaius *Inst* IV 122, waar die opskortende eksepsie ter sprake is.

¹⁹Van der Keessel *Praelectiones*, ed Van Warmelo ea, I, 249 by de Groot *Inleydinge* I 5 par 18.

²⁰*Mostert v Mostert* (1855) 2 SC 128, waar die meerderheid van die hof (twee regters) 'n periode van slegs ses dae toestaan vir herstel van huweliksregte na kwaadwillige verlating; die minderheidsuitspraak maak melding van die wenslikheid van 'n langer termyn.

willige verlating as grond vir egskeiding in die reg van Engeland nie bestaan het nie en die wêreldlike howe in Engeland geen jurisdiksie in egskeidingsake gehad het nie.

Dit is begryplik dat die regbank van Haarlem in die hedendaagse begrip kwaadwillige verlating van die Suid-Afrikaanse reg die begrip kwaadwillige verlating van die Romeins-Hollandse reg van die 17de en 18de eeu en van die Nederlandse reg vanaf die begin van die 19de eeu, nie herken het nie. Die gevolg daarvan was dat die regbank die egskeiding wat deur die hooggeregshof van die Oranje-Vrystaat op grond van kwaadwillige verlating teen 'n Nederlandse burgeres gewys is, op grond van die bepalinge van die reg van Nederland ten opsigte van kwaadwillige verlating regtens nie kon erken nie. Hierdie bevinding sou tot afwysing van die versoek om erkenning van die Vrystaatse vonnis moet gelei het, indien die regbank in die Nederlandse reg nie 'n ander antwoord op die vraag gevind het nie.

Op 1 Oktober 1971, vier dae voordat die saak gedien het, het in Nederland 'n nuwe wetlike reëling van die egskeiding in werking getree.²¹ Die nuwe regsbepalings het dus nog nie bestaan ten tyde van die egskeidingsproses in die hof van die Oranje-Vrystaat nie. Volgens die nuwe regsbepalings is die vier genoemde egskeidingsgronde van die Nederlandse reg vervang deur een enkele grond, nl duursame ontwrigting van die huwelik. Die regbank het nou uit die stukke kennis geneem van die feite wat gelei het tot die beslissing van die hof van Bloemfontein dat daar kwaadwillige verlating volgens die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg aan die kant van die verweerder was. En op grond van dieselfde feite het die regbank van Haarlem beslis - alhoewel daar geen kwaadwillige verlating volgens die Nederlandse reg wat voor 1 Oktober 1971 gegeld het, was nie - dat daar duursame ontwrigting van die huwelik was, die enigste grond vir egskeiding wat vanaf 1 Oktober 1971 in die Nederlandse reg geld. Die egskeidingsvonnis van die hof van Bloemfontein is dus erken deur die regbank van Haarlem omdat die bewese feite wat volgens hedendaagse Suid-Afrikaanse reg kwaadwillige verlating konstitueer, kwalifiseer as duursame ontwrigting van die huwelik volgens hedendaagse Nederlandse reg.

Die opmerklike van die saak is dat by die beoordeling van die vonnis van die regter van die een land (die verhoorhof) met die oog op erkenning kragtens die reg van die ander land, deur die regter van die ander land (die erkenningshof) nie net - in ooreenstemming met die daar gevestigde leer - reg wat eie is aan die ander land (nasionale reg) toegepas word nie, maar buitendien - billikheidshalwe - reg wat van krag is in 'n ander, dit is 'n later tydperiode as wat in die ander

²¹Wet van 6 Mei 1971, Stb 290; art 151 *ev* *Burgerlijk Wetboek*.

land van krag was ten tyde van die beoordeling van die feite deur die regter van die verhoorhof in die een land, dus uitbreiding deur die regter van die gelding van 'n regsbeplating buite die tydperk wat deur die wetgewer daarvoor vasgestel is.

Vir Nederlandse immigrante in Suid-Afrika wat hier te lande by 'n egskeidingsvonnis betrokke raak en daarna na Nederland terugkeer, kan die genoemde Nederlandse vonnis van betekenis wees as 'n presedent.

And it is no objection to say that it will occasion multiplicity of actions; for if men will multiply injuries, actions must be multiplied too; for every man that is injured ought to have his recompence - per Holt CJ in Ashby v White 92 ER 126, 137 (KB 1703).

Admiraliteitshowe in die Suid-Afrikaanse reg

H Booyesen

Universiteit van Port Elizabeth

SUMMARY

Courts of Admiralty in South African law

Courts of Admiralty and concomitant matters have not received much attention in South African law. For a proper understanding of these matters the origin and history of the High Court of Admiralty in Great Britain must be taken into account.

The Court of the Lord High Admiral in England had both criminal and civil jurisdiction in admiralty matters. Conflict of jurisdiction between admiralty courts and the common law courts led to statutory regulation. At present the court of admiralty is the Probate, Divorce and Admiralty Division of the High Court of Justice.

The law applied by the Court of Admiralty in England was based on public international law, but was not co-extensive with it because of the curbs of precedent and statute. There was mutual influence between the Court of Admiralty and the ordinary courts, and the common law also influenced the law of admiralty.

Vice-admiralty courts were eventually appointed for British colonies. Such courts in South Africa applied the same law as the English Court of Admiralty, *viz* the English admiralty law. Such courts and the ordinary courts had concurrent jurisdiction: in the former the English admiralty law was applied and in the latter Roman-Dutch law. In the Cape Province, unlike the other provinces, a statutory provision (act 8 of 1879) apparently attempted to terminate the possibility that a litigant's rights could differ, depending upon the particular forum in which proceedings were initiated.

Vice-admiralty courts in British possessions were abolished by the Colonial Courts of Admiralty Act 1890, which substituted Colonial Courts of Admiralty for such courts. The legislatures of British possessions were also empowered by this statute to declare any court of unlimited civil jurisdiction a Colonial Court of Admiralty. Did section 2(1) of this act establish Colonial Courts of Admiralty as separate courts or did it merely confer admiralty jurisdiction on existing courts? The following considerations support the former possibility: ordinary courts and courts of admiralty evolved separately; such courts have always been regulated by different statutes; such courts are regulated by different procedural rules; the view of the Appellate Division that the aforesaid act not only conferred a broader jurisdiction, but established a court of admiralty, a view which finds support in the fact that according to our law the ordinary courts apply our common law and not any other system, such as maritime law; a right of appeal from the Appellate Division to the Queen-in-Council existed in admiralty matters, while special leave

to appeal was necessary in the case of appeals from the ordinary courts; the possibility of a Colonial Court of Admiralty being empowered to act as a prize court, while ordinary courts could not be thus empowered.

It may be concluded that our courts of admiralty are obliged to apply the British law of admiralty (possibly amended by statute), and, failing such authority, to be guided by international law and the comity of nations. Moreover, a decision of a court of admiralty cannot be binding authority for the ordinary courts (although there have been some examples of this in practice).

Apparently South Africa's change of status to a republic did not affect the existence of Colonial Courts of Admiralty in this country. The position will change, however, when the Admiralty Jurisdiction Regulation Act 1972 becomes operative. All divisions of the Supreme Court will have admiralty jurisdiction - i.e. apparently as it was in 1890. Questions which arise are the following: Do "powers and jurisdiction" in the 1972 act include admiralty law? Will there henceforth (i.e. after commencement of the 1972 act) be two sets of courts, i.e. admiralty courts and the ordinary provincial and local divisions of the Supreme Court, or only one court? If the latter, admiralty jurisdiction will confer a more comprehensive jurisdiction on the Supreme Court than it used to have. Would there be an implied repeal of the provisions of act 8 of 1879 concerning concurrent jurisdiction? Has the 1972 act repealed the Roman-Dutch common law? The submission is "no" - and that the 1972 act perpetuates the existence of two sets of courts.

Admiraliteitshowe en admiraliteitsregsbevoegdheid het nog weinig aandag in die Suid-Afrikaanse reg geniet. Gewysdes oor hierdie onderwerp is dun gesaai. Dit is dus heeltemaal te verstane waarom appèlregter De Villiers in *Crooks v Agricultural Co-operative Union*¹ kon verklaar het: "The conclusions at which I have arrived on this part of the case I express with great diffidence, as dealing with a subject of law with which our courts are little familiar." Voorts moet in gedagte gehou word dat 'n groep advokate oorspronklik die alleenreg gehad het om in die Engelse admiraliteitshowe te praktiseer en dat die akademiese kwalifikasie wat 'n vereiste vir toetrede tot die groep was, 'n minimum studietydperk van agt tot tien jaar vereis het.

Admiraliteitsregsbevoegdheid het onlangs die onderwerp van wetgewing uitgemaak en daar kan verwag word dat hierdie deel van die reg in belangrikheid sal toeneem, veral gesien in die lig van die toenemende seeverkeer om die Suid-Afrikaanse kus.

Die oorsprong en ontstaan van admiraliteitshowe en admiraliteitsregsbevoegdheid in Suid-Afrika is nou verbonde aan die ontstaan en geskiedenis van die *High Court of Admiralty* in Engeland. Sonder 'n begrip van die ontstaan en werking van laasgenoemde is 'n bespreking van die Suid-Afrikaanse admiraliteitshowe en admiraliteitsregsbevoegdheid onmoontlik. Daar sal dus kortliks gewys word op die belangrikste eienskappe van die *High Court of Admiralty*.

¹1922 AD 423 447.

ADMIRALITEITSHOWE IN ENGELAND

Admiraliteitshowe in Engeland het hulle oorsprong in die antieke Engelse geskiedenis.² In die tyd van Edward III was dit 'n onbetwiste feit dat die kroon die jurisdiksie gehad het om deur middel van die admiraliteitshowe reg te spreek oor seerowery en ander misdade wat ter see gepleeg was.³ Die strafregtelike jurisdiksie van die sogenaamde *Lord High Admiral* is van toepassing op: alle Britse onderdane aan boord Britse skepe of dié skepe nou in die oop see of in vreemde hawens is of Britse onderdane aan boord vreemde skepe waaraan hulle nie behoort nie; alle persone op Britse skepe op die oop see en laastens op seerowers volgens die gemene reg.⁴

Strafregtelike jurisdiksie, alhoewel blykbaar die oudste, sou egter nie die belangrikste jurisdiksie van die *Lord High Admiral* word nie.⁵ Op 'n baie vroeë stadium is die admiraliteitsregsbevoegdheid uitgebrei ook na siviele sake wat met die see in verband gestaan het.⁶ Die uitoefening van hierdie jurisdiksie het die admiraliteitshowe in botsing gebring met die "Common Law Courts" welke botsing tot gevolg gehad het dat die admiraliteitshowe se siviele jurisdiksie beperk is tot sake wat hoofsaaklik in verband gestaan het met skepe in die oop see, byvoorbeeld botsings tussen skepe, onregmatige dade gepleeg op die skepe terwyl in die oop see, die besit van skepe, ens.⁷ Die jurisdiksie van hierdie howe is later deur wetgewing vasgepen of uitgebrei.⁸ Vandag word die admiraliteitsregsbevoegdheid in Brittanje gereël deur die *Administration of Justice Act 1956*,⁹ wat 'n hele reeks sake opnoem wat in die admiraliteitshowe te berde gebring kan word.¹⁰

Die admiraliteitsregsbevoegdheid is ook oorgedra vanaf die *High Court of Admiralty* na die *High Court of Justice* en vandag word alle sake wat ressorteer onder die admiraliteitsregsbevoegdheid verwys na

²Diemont "South African Prize Courts" 1941 *SALJ* 122; Halsbury *Laws of England* 3e uitg vol 1 par 86; sien ook Keith *Constitutional Law* 7e uitg 257-260 vir 'n uiteensetting van die ontwikkeling van die jurisdiksie van die admiraliteitshowe in Engeland; sien ook ES Roscoe *A History of the English Prize Court* 1924 vir 'n uiteensetting van die historiese ontwikkeling van die prysregbevoegdheid van die *High Court of Admiralty*.

³Halsbury a w par 86.

⁴Keith a w 258.

⁵Diemont a w 123.

⁶Halsbury a w par 86.

⁷Halsbury a w par 87; FL Wiswall *The Development of Admiralty Jurisdiction and Practice since 1800* 1970 4 e v.

⁸Halsbury a w par 87. Vergelyk ook vir voorbeelde van sulke wetgewing Halsbury *Statutes of England* 3e uitg vol 1 5.

⁹4 & 5 Eliz 2c 46.

¹⁰Sien in hierdie verband Halsbury *Statutes of England* 6; Sien ook KL McGuffie *British Shipping Laws 1 Admiralty Practice* 1964 4 en ook 3 vir 'n lys van wetgewing wat die admiraliteitsprosedure reël.

die *Probate, Divorce and Admiralty Division* van die *High Court of Justice*.¹¹ In die algemene wandel staan hierdie afdeling bekend as die admiraliteitshof.¹²

DIE REG VAN DIE ADMIRALITEITSHOF IN ENGELAND

Die reg wat die admiraliteitshof toegepas het, was nie die gewone gemene reg van Engeland nie maar 'n afsonderlike reg wat mettertyd bekend geraak het as die Engelse admiraliteitsreg.¹³

Die admiraliteitsreg se oorsprong is geleë in die sg "civil law" en is hoofsaaklik herlei uit die geskifte van Vastelandse skrywers. Hierdie geskifte het die menings bevat van die mees vooraanstaande skrywers oor die volkereg van daardie tyd en kan beskou word as die beginpunt van die moderne volkereg. By die uitbouing en ontwikkeling van die admiraliteitsreg het die howe telkens gaan lig opsteek by die volkereg.¹⁴ Dit is egter duidelik dat die howe volkereg geensins as bindend beskou het nie¹⁵ - nog te minder die menings van die skrywers oor die volkereg, aangesien hulle nie die reg kon skep nie en die howe boonop die *consensus* van state as 'n vereiste gestel het.¹⁶ Die howe het volkereg eerder beskou as riglyn by die vasstelling van die reg.¹⁷ Volkereg het dus gedien as voedings- en hulpbron by die positivering van 'n bepaalde regsreël. Dat die howe oorspronklik as positiveringsmedium van die reg opgetree het, kan myns insiens kwalik betwyfel word.¹⁸

Deur die presedentestelsel, wat as inhoud gehad het dat die ad-

¹¹Sien *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925*; *Halsbury Statutes of England* 6; *British Shipping Laws* 4. Alle afdelings van die *High Court* is egter geregtig om admiraliteitsregsbevoegdheid uit te oefen - sien a 4(4) vol 7 van die *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925*. Vgl egter voetnoot 12.

¹²Sien *British Shipping Laws* 4. Sekere aangeleenthede wat binne die admiraliteitsbevoegdheid val, moet blykbaar na hierdie afdeling verwys word - sien *British Shipping Laws* 43.

¹³*Halsbury Laws of England* par 92.

¹⁴Sien bv *The Parlement Belge* (1880) 5 PD 197; *The Le Louis* 1817 2 Dods 210; *Re Piracy Jure Gentium* 1934 AC 586; *The Kim* 1915 P 215.

¹⁵Sien bv *Chung Chi Cheung v R* 1939 AC 160; *R v Keyn* 1876 2 ExD 63 202 ev.

¹⁶*ibid.*

¹⁷Roscoe a w 20.

¹⁸Sien bv *The Parlement Belge* (1879) 4 PD 129 144, waar verklaar word dat die saak beslis moet word "upon general principles and analogies of law, rather than upon any direct precedent." Sien ook *Re Piracy Jure Gentium supra* 589, waar die Geheime Raad moes beslis of roof 'n element is van die misdaad seerowery. Die hof verklaar: "Speaking generally, in embarking upon international law, their Lordships are to a great extent in the realm of opinion, and in estimating the value of opinion it is permissible not only to seek a consensus of views, but to select what appear to be the better views upon the question."

miraliteitshof sonder afwyking 'n reeks presedente van sy voorgangers sou volg ongeag of daar enige veranderings in die volkereg was of nie,¹⁹ is daar 'n eiesoortige Engelse admiraliteitsreg opgebou. Die admiraliteitshof is ook gebonde aan beslissings van die *House of Lords* en die *Privy Council* en die *Courts of Common Law* vir sover dit die interpretasie van wetgewing betref.²⁰ Selfs al is daar blykbaar nie eers 'n gevestigde presedent in stryd met die volkereg nie, sal die howe nie moderne ontwikkelings van die volkereg *proprio vigore* toepas indien dit sal neerkom op die toepassing van nuwe reg nie.²¹ Wetgewing is natuurlik absoluut bindend op die admiraliteitshof ongeag of dit in ooreenstemming is met die volkereg of nie en het 'n groot rol gespeel om die Engelse admiraliteitsreg 'n eiesoortige karakter te gee.²² Die leerstuk van *act of state* is blykbaar deel van die admiraliteitsreg en het tot gevolg dat die moontlike inkorporasie van sekere volkeregtelike beginsels effektief uitgesluit word.²³

Wedersydse beïnvloeding tussen die admiraliteitshof en die gewone howe is ook nie uitgesluit nie.²⁴ By die nagaan van handboeke en uitsprake, hetsy dit van die admiraliteitshof of van die gewone howe is, is dit opvallend dat daar selde onderskei word tussen 'n beslissing van die admiraliteitshof en 'n gewone hof vir sover dit sekere algemene beginsels van die Engelse reg betref. So kan daar baie regsreëls in die Engelse reg gevind word wat oorspronklik hulle ontstaan gehad het in die admiraliteitshof en toe deur die gewone howe onveranderd oorgeneem is.²⁵ Invloed van die gemene reg op die admiraliteitsreg het ook nie uitgebly nie. Faktore wat hiertoe bygedra het, was die ontbinding van die *Doctors' Commons* en die gevolglike toetrede tot die praktyk van juriste geskool in die gemene reg, en selfs die regbank van die admiraliteitshof en die samesmelting van die *High Court of Admiralty* met die gewone howe.²⁶ Die invloed was egter nie van so 'n mate dat die onderskeid tussen die admiraliteitsreg en die gemene reg verdwyn het nie en in baie gevalle is die invloed deur wetgewing gerektifiseer.²⁷

¹⁹*The English and Empire Digest* vol 1 1961 par 38. Sien ook *Chung Chi Cheung v R* 1939 AC 160.

²⁰*Empire Digest* par 37.

²¹*Sien R v Keyn supra* 203 207.

²²*Sien Empire Digest* par 58; *R v Keyn supra* 207; Wiswall a w 69.

²³*Sien The Parlement Belge* (1879) 4 PD 129, waar 'n besondere *act of state*, nl 'n verdrag, ter sprake was.

²⁴*Sien Empire Digest* par 36.

²⁵*Sien by The Parlement Belge* (1880) 5 PD 197 en *Mighell v Sultan of Jabore* 1894 1 QB 149 asook *Duff Development Co v Government of Kelanton* 1924 AC 797. Sien ook *The Fagernes* 1927 P 311 en *Post Office v Estuary Radio* 1967 3 All ER 663 asook *R v Kent Justices* 1967 1 All ER 560. Vgl ook Wiswall a w 26-7.

²⁶*Sien Wiswall a w* 75 e v 116 208.

²⁷*Wiswall a w* 210.

WISE-ADMIRALITEITSHOWE

Weens die omvang van die Britse ryk was dit dikwels onmoontlik vir die *Lord High Admiral* om alle sake te verhoor wat in die kolonies ontstaan het. Vanaf die sewentiende eeu het die *Lord High Admiral* dus vise-admiraals aangestel om sake te verhoor wat in die kolonies ontstaan het.²⁸ Hierdie aanstellings het hoofsaaklik geskied uit hoofde van die koninklike prerogatief maar somtyds ook uit hoofde van bepaalde wetgewing.²⁹ Die vise-admiraals, wat as die vise-admiraliteits-howe gesit het, het dieselfde jurisdiksie uitgeoefen as die *High Court of Admiralty* in Engeland.

In Suid-Afrika kan met sekerheid gesê word dat die ou Natalse en Kaapse howe wel gemagtig was om as admiraliteitshowe te sit.³⁰ Of daar enige ander admiraliteitshowe was, kan betwyfel word.

Die vise-admiraliteitshowe in Suid-Afrika het dieselfde reg toegepas as die Engelse *High Court of Admiralty*, naamlik die Engelse admiraliteitsreg.³¹ Die vise-admiraliteitshof en die gewone howe het konkurrente jurisdiksie gehad met die gevolg dat 'n litigant kon kies of hh die saak aanhangig wil maak in die admiraliteitshof of in die gewone munisipale howe.³² Indien die saak in die vise-admiraliteitshof aanhangig gemaak word, beslis die hof natuurlik ooreenkomstig die Engelse admiraliteitsreg, maar indien die saak voor die gewone howe gebring word, is die Romeins-Hollandse reg van toepassing volgens die Kaapse hof in *Smith v Davis*.³³ Die gevolg hiervan is dat die partye se regte sal verskil afhangende van die hof waarin die saak oorspronklik te berde gebring is. Dieselfde gevolg sou blykbaar ook in Engeland verkry word, aangesien die Engelse gemene reg heelwat van die admiraliteitsreg verskil.³⁴ Die wedersydse beïnvloeding van die twee regstelsels sou egter in 'n mate 'n demper wees op hierdie gevolg in Engeland.

Na die beslissing in *Smith v Davis* dat die Romeins-Hollandse reg van toepassing is selfs al is die onderwerp van die geding 'n Engelse

²⁸Diemont a w 123; Keith a w 260.

²⁹Keith a w 260.

³⁰Sien *In Re The Ship Myvanny* (1883) 4 NLR 43; *Smith v Davies* 1878 SC 66.

³¹Sien *In Re The Ship Myvanny supra*; *Crooks v Agricultural Co-operative Union* 1922 AD 423 veral 428 en 432, maar vgl war Mason se uitspraak 453. Volgens hom is dit nog net altyd aanvaar dat vise-admiraliteitshowe die Engelse admiraliteitsreg toepas sonder dat daar ooit so beslis was.

³²W Forsyth *Cases and Opinions on Constitutional Law* 1869 95 - die gesamentlike advies van sir C Robinson, sir R Gifford en sir JS Copley; *Smith v Davis supra*; *Crooks v Agricultural Co-operative Union supra* 428.

³³*supra*. Sien ook Bamford *The Law of Shipping in South Africa* 1961 4 en 5, veral n 13 op 5.

³⁴*Crooks supra* 434.

skip, het die Kaapse wetgewer wet 8 van 1879 op die wetboek geplaas. Artikel 1 van hierdie wet het soos volg bepaal:

“In all questions relating to maritime and shipping law in respect of which the Supreme Court has concurrent jurisdiction with the Vice Admiralty Court, the Law of this Colony shall hereafter be the same as the Law of England, so far as the Law of England shall not be repugnant to or inconsistent with any Ordinance, Act of Parliament, or other statute having the force of law in this Colony.”

Saam met bogenoemde artikel moet artikel 4 van dieselfde wet gelees word, wat bepaal: “Nothing in the first . . . section of this Act contained shall have the effect of altering the rules and forms of pleading and procedure, the mode of taking evidence, or the manner of hearing and trying civil suits at present in force or in use in this colony, . . . or in any way of modifying, altering or interfering with the *character* or *extent* of the *jurisdiction* now exercised by the several courts of this Colony . . .”³⁵

Artikel 1 tree slegs in werking indien ’n saak aanhangig gemaak word in die gewone howe in ’n geval waar die vise-admiraliteitshof konkurrente jurisdiksie gehad het.³⁶ In ander gevalle van maritieme en skeepvaartangeleenthede ten opsigte waarvan die vise-admiraliteitshowe nie jurisdiksie het nie, bly die Romeins-Hollandse reg nog geld.³⁷ Die doel met hierdie artikel was blykbaar om ’n einde te maak aan die posisie dat ’n party se regte sal verskil afhangende van die hof waarin die saak ingestel word.³⁸ Of die Kaapse wetgewer in hierdie doel geslaag het, is te betwyfel. Uit artikel 4 is dit duidelik dat die admiraliteitsprosedure nie van toepassing gemaak is op die gewone Kaapse howe nie. Hierdie prosedure en die admiraliteitsreg is juis tot ’n doeltreffende eenheid ontwikkel in maritieme aangeleenthede.³⁹ Verder verander die wet ook nie die aard of omvang van die jurisdiksie van die gewone howe nie. Hiermee word dit duidelik gestel dat admiraliteitsjurisdiksie, in teenstelling met die jurisdiksie van die gewone howe, nie aan die gewone hof verleen word nie.⁴⁰

Wat presies verstaan word onder die woorde “the law of this Colony shall hereafter be the same as the law of England” is ook nie

³⁵My kursivering.

³⁶Bamford a w 5.

³⁷*ibid.*

³⁸Sien *Anderson & Murison v The Colonial Government* (1891) 8 SC 293 296, waar verklaar word: “The object of this section was to put an end to the absurd state of the law which often required the Vice-Admiralty Court in cases such as that of collision, to apply different rules for assessing damages from those which, if the cases had been brought in the Supreme Court, would have been applied by that Court.”

³⁹Sien Bamford a w 8.

⁴⁰Vgl egter *Re SS Sceptre* 1925 EDL 267 276. Sien ook Bamford a w 5 n 15.

duidelik nie. Word met “the law of England” bedoel die Engelse admiraliteitsreg of die Engelse gemene reg? Is eersgenoemde interpretasie moontlik in die lig van artikel 4?⁴¹ Sluit “law of England” ook die verskillende Engelse wetgewing met betrekking tot handelskeepvaart in?⁴² Dit sluit egter nie outomaties Engelse statute in wat na die inwerkingtreding van wet 8 van 1879 gemaak en afgekondig is nie tensy sodanige wetgewing uitdruklik van toepassing gemaak is.⁴³

In Natal en ander provinsies is daar, sover vasgestel kon word, geen soortgelyke bepalings van krag as dié van wet 8 van 1879 nie, met die gevolg dat die gewone howe Romeins-Hollandse reg toepas in alle maritieme aangeleenthede.⁴⁴ Die Engelse admiraliteitsreg sal dus slegs van toepassing gewees het indien die geding in die vise-admiraliteitshof ingestel was.

Koloniale Admiraliteitshowe

Die *Colonial Courts of Admiralty Act* 1890,⁴⁵ wat op die eerste dag van Julie 1891 in werking getree het in elke Britse besitting,⁴⁶ het die vise-admiraliteitshowe afgeskaf.⁴⁷

Artikel 2(1) van die wet het in die plek van die vise-admiraliteitshowe, koloniale admiraliteitshowe gestel. Die artikel bepaal soos volg:

“Every court of law in a British possession, which is for the time being declared in pursuance of this Act to be a Court of Admiralty, or which, if no such declaration is in force in the possession, has therein original unlimited civil jurisdiction, shall be a Court of Admiralty, with the jurisdiction in this Act mentioned and may for the purpose of that jurisdiction exercise all the powers which it possesses for the purpose of its other civil jurisdiction, and such court in reference to the jurisdiction conferred by this Act is in this Act referred to as a Colonial Court of Admiralty . . .”

Volgens die wet beteken onbeperkte siviele jurisdiksie, sodanige jurisdiksie “unlimited as to the value of the subject-matter at issue or as to the amount that may be claimed or recovered.”⁴⁸ Artikel 3 verleen

⁴¹Vgl Bamford a w 5 n 15 waar hy verklaar dat met “law of England” bedoel word die Engelse admiraliteitsreg soos ten tyde van 1890. Dit is tog onmoontlik as in gedagte gehou word dat hierdie woorde gebruik word in ’n wet van 1879!

⁴²Sien in hierdie verband *Re SS Sceptre* 1925 EDL 267 276; *Anderson & Murison v The Colonial Government* (1891) 8 SC 293 296; *R v McGrath* 1949 4 SA 207 (K) 210; *Tychsen v Evans* (1880) 1 EDC 28 41.

⁴³a 3 van wet 8 van 1879; *R v McGrath supra* 210.

⁴⁴Sien *Oxford v Donald Currie* 1881 NLR 227 228; *In re The SS Mangoro* 1913 NPD 67; *Chiazari v The Natal Harbour Board* 1894 NLR 23 30 33; Bamford a w 5.

⁴⁵53 & 54 Vict C27.

⁴⁶a 16(1).

⁴⁷a 17.

⁴⁸a 15.

verder aan die wetgewer van 'n Britse besitting die bevoegdheid om enige hof van onbeperkte siviele jurisdiksie, hetsy dit oorspronklik is of nie, as koloniale admiraliteitshof te verklaar. So 'n wetgewer kon selfs ook aan 'n laer hof beperkte admiraliteitsjurisdiksie verleen.⁴⁹

Sover vasgestel kon word, is geen howe in Suid-Afrika tot koloniale admiraliteitshowe verklaar nie. Natal en die Kaapprovinsie was egter ten tyde van die inwerkingtreding van die wet Britse besittings, met die gevolg dat howe met oorspronklike onbeperkte siviele jurisdiksie in hierdie provinsies outomaties kragtens artikel 2(1) koloniale admiraliteitshowe geword het by die inwerkingtreding van die wet. Afgesien van die Kaapse Provinsiale Afdeling en die Natalse Provinsiale Afdeling, wat definitief beklee is met admiraliteitsregsbevoegdheid sal die volgende afdelings dit blykbaar ook hê: Die Oos-Kaapse Afdeling, die Plaaslike Afdeling, Durban en Kus, die Noord-Kaapse Afdeling en waarskynlik ook die Suidwes-Afrika-Afdeling ten opsigte van Walvisbaai.

Die vraag kan gevra word of artikel 2(1) afsonderlike howe daarstel, naamlik die koloniale admiraliteitshowe, en of die artikel nie net 'n bepaalde jurisdiksie, naamlik admiraliteitsregsbevoegdheid, aan bestaande howe verleen het nie. Artikel 2(1) onderskei nie tussen hierdie twee moontlikhede nie. Enersyds bevat die artikel die woorde "shall be a Court of Admiralty", wat lyk asof te doen gekry word met 'n afsonderlike hof, en andersyds word die woorde "the jurisdiction conferred by this Act", gebruik, wat weer die indruk wek dat slegs aan die bestaande howe 'n meer uitgebreide jurisdiksie verleen word.

Op die oog af lyk dit asof daar slegs met een hof te doen gekry word, maar wat dan slegs in sekere gevalle 'n spesiale jurisdiksie uitoefen. Hierdie afleiding word natuurlik versterk deur die feit dat dieselfde regters voorsit, dat die amptenare dieselfde is, ensovoorts.

Die volgende faktore dui egter daarop dat ons juridies twee afsonderlike howe het.⁵⁰

Ten eerste as die oorsprong van die admiraliteitshowe en die gewone howe nagegaan word, dan is dit duidelik dat hulle langs totaal verskillende lyne ontwikkel het. Verder moet ook in gedagte gehou word dat die koloniale admiraliteitshowe nie volkome met die vise-

⁴⁹a 3(a) en (b).

⁵⁰Sien *Foss Launch & Tug Co v SV Commodore* 1943 NPD 27 29, waar verklaar word: "So that the position then is that if the present application is granted there will be two Courts sitting, one an Admiralty Court and the other a Court with ordinary jurisdiction, each dealing with the rights of creditors against this ship and having to rank entirely differently in the two Courts since the law administered in the two Courts may not be identical."

admiraliteitshowe gebreek het nie.⁵¹ Eintlik het die *Colonial Courts of Admiralty Act* 1890 net die admiraliteitshowe in die kolonies op 'n vaster voet geplaas.

Ten tweede is die koloniale admiraliteitshowe en die gewone howe nog altyd deur verskillende statute gereël. Vandag word die koloniale admiraliteitshowe nog steeds gereël deur die *Colonial Courts of Admiralty Act* 1890, terwyl die hooggeregshof natuurlik gereël word deur die Wet op die Hooggeregshof 1959.⁵²

Ten derde word die admiraliteitshowe en die gewone howe deur verskillende prosedures gereël. Die wet gee die bevoegdheid aan dieselfde orgaan wat reëls kan maak vir die howe met gewone siviele jurisdiksie, om reëls te maak vir die uitoefening van admiraliteitsjurisdiksie.⁵³ Alhoewel hierdie artikel moontlik kan dui op die bestaan van een hof met verskillende jurisdiksies,⁵⁴ moet daarop gelet word dat sover vasgestel kon word hierdie bevoegdheid nooit in Suid-Afrika uitgeoefen is nie. Die gevolg is dat die reëls wat uitgevaardig is onder die *Vice-Admiralty Courts Act* 1863, blykbaar vandag nog in Suid-Afrika geld.⁵⁵

Vierdens die reg wat toegepas word. Om te bepaal watter reg 'n admiraliteitshof toepas, moet artikel 2(2) van die wet wat die jurisdiksie van 'n koloniale admiraliteitshof omskryf, van nader bekyk word. Hierdie artikel bepaal soos volg:

“The jurisdiction of a Colonial Court of Admiralty shall . . . be over the like places, persons, matters and things, as the Admiralty jurisdiction of the High Court in England, whether existing by virtue of any statute or otherwise, and the Colonial Court of Admiralty may exercise such jurisdiction in like manner and to as full an extent as the High Court in England, and shall have the same regard as that Court to international law and the comity of nations.”

Hierdie artikel gee aan die koloniale admiraliteitshowe dieselfde jurisdiksie as dié wat die *High Court of Admiralty* gehad het by die inwerkingtreding van die wet.⁵⁶ Die gevolg is dat die jurisdiksie van die koloniale admiraliteitshowe vasgepen is op dié van die *High Court* op die bepaalde datum en dat latere wysigings of uitbreidings aan die

⁵¹*Sien Crookes v Agricultural Co-operative Union* 1922 AD 423; *Tharros Shipping Corporation SA v Owner of the Ship Golden Ocean* 1972 4 SA 316 (N) 319.

⁵²Wet 59 van 1959.

⁵³a 7(1).

⁵⁴Sien ook a 16(3) wat dit moontlik maak dat die hofreëls van die gewone howe in sekere omstandighede ook kan geld vir die admiraliteitshowe.

⁵⁵Vgl a 16(3).

⁵⁶*Empire Digest* par 1982 op 293; *Halsbury Statutes of England* vol 1 5; *The SS Karatos v The SS Fabion* 1921 CPD 148 149.

jurisdiksie van laasgenoemde nie ook vir eersgenoemde geld nie.⁵⁷ Soos alreeds opgemerk is ten aansien van die vise-admiraliteitshowe, oorvleuel hierdie jurisdiksie soos deur die wet verleen dikwels met dié van die gewone howe.⁵⁸ Die admiraliteitsjurisdiksie soos verleen, is egter wyer as dié van 'n gewone hof s'n. 'n Litigant wat egter die gewone hof se jurisdiksie inroep en nie sy saak oorspronklik ingestel het volgens die admiraliteitsprosedure nie, kan hom nie later gedurende die verhoor op die breë jurisdiksie van die admiraliteitshof beroep nie.⁵⁹

Die vraag is egter of artikel 2(2) slegs slaan op jurisdiksie en of dit nie ook die reg van die Engelse admiraliteitshof omvat nie.

Die Natalse Provinsiale Afdeling was blykbaar die mening toegeedaan dat jurisdiksie ook die reg insluit. 'n Suid-Afrikaanse admiraliteitshof pas dus dieselfde reg toe, naamlik die Engelse maritieme reg, as wat die *High Court of Admiralty* in Engeland toepas.⁶⁰

Die Kaapse Provinsiale Afdeling was egter die mening toegedaan dat 'n koloniale admiraliteitshof nie aan die Engelse beslissings gebonde is nie. Die hof beslis dat 'n koloniale admiraliteitshof "must have the same regard as the High Court in England to international law and the comity of nations, but it is open to it, on any particular point, to form its own opinion as to what international law and the comity of nations requires."⁶¹ Die Engelse beslissings dien volgens die hof slegs as riglyne by die vasstelling van die reg.⁶²

In *Crooks v Agricultural Co-operative Union*⁶³ het die vraag pertinent vir beslissing voor die appèlhof gekom. Na 'n oorweging van artikels 2(1) en 2(2) van die wet beslis die hof dat die wet nie net 'n breër jurisdiksie verleen het nie, maar 'n admiraliteitshof geskep het.⁶⁴ Vir doeleindes van artikel 2 ". . . The Dominion Court ceases to sit as such and becomes an English Court of Admiralty . . ."⁶⁵ Die enigste manier waarop admiraliteitsjurisdiksie op dieselfde manier en tot dieselfde omvang uitgeoefen kan word as dié van sy Engelse eweknie is deur die toepassing van admiraliteitsreg.⁶⁶ In wese kry ons dus twee

⁵⁷Sien, benewens die bronne in n 56 *Tharros Shipping Corp v The Golden Ocean supra* 322-3.

⁵⁸Sien *supra*; sien ook *Crooks supra* 428.

⁵⁹Sien *SS Humber v SS Answald* 1912 AD 546 556.

⁶⁰*In re SS Beaver* 1921 NPD 216 231.

⁶¹*De Howorth v The SS India* 1921 CPD 451 457.

⁶²p 458.

⁶³1922 SA 423 AD.

⁶⁴p 440.

⁶⁵p 447.

⁶⁶p 429.

howe.⁶⁷ Die woorde “whether existing by virtue of any statute or otherwise” in artikel 2(2) omvat volgens die hof dus die jurisdiksie en die reg van die Engelse admiraliteitshof.⁶⁸ Die appèlhof se beslissing dat koloniale admiraliteitshowe die Engelse maritieme reg toepas, is sindsdien konsekwent deur ons howe gevolg.⁶⁹

Soos alreeds opgemerk ten opsigte van vise-admiraliteitshowe, pas die gewone howe in gevalle waar konkurrente jurisdiksie met die admiraliteitshowe bestaan, die Romeins-Hollandse reg toe.⁷⁰ Dieselfde reël geld ook in die gevalle waar die gewone howe konkurrente jurisdiksie met die koloniale admiraliteitshowe het.⁷¹ Dit is ook net logies dat die gewone howe dieselfde reg sal toepas ook na die inwerking-treding van die *Colonial Courts of Admiralty Act*, aangesien hierdie wet geensins die jurisdiksie van die gewone howe beïnvloed het nie. Verder is die reël dat die gewone howe ook in maritieme aangeleenthede Romeins-Hollandse reg toepas, natuurlik volkome in ooreenstemming met die algemene reël dat die gemene reg van Suid-Afrika die Romeins-Hollandse reg is. Geen geregshof het ook die bevoegdheid om in die afwesigheid van wetgewing die gemene reg deur enige ander regstelsel te vervang nie.⁷²

’n Uitsondering op die reël dat die gewone howe in maritieme aangeleenthede Romeins-Hollandse reg toepas, word gevind in wet 8 van 1879, wat slegs in die Kaapprovinsie van toepassing is.⁷³ Alhoewel hierdie wet oorspronklik van toepassing was slegs in gevalle waar die gewone howe konkurrente jurisdiksie met die vise-admiraliteitshowe gehad het, behoort dit ook te geld in gevalle waar die gewone howe konkurrente jurisdiksie met die koloniale admiraliteitshowe het, aangesien laasgenoemde volgens *Crooks* se saak⁷⁴ slegs die opvolger is van die vise-admiraliteitshowe.⁷⁵

In die lig van bogenoemde moet die Kaapse Provinsiale Afdeling se beslissing in *De Howorth v The SS India*⁷⁶ van nader bekyk word. Soos alreeds hierbo aangetoon, het die hof beslis dat artikel 2(2) van die *Colonial Court of Admiralty Act* nie verklaar dat ’n koloniale

⁶⁷p 428.

⁶⁸p 449. Vgl egter war Mason se uitspraak.

⁶⁹Sien *Ex parte Government of the United States of America: In re SS Union Carrier* 1950 1 SA 880 (K) 884; *SAR & H v Lyle Shipping Co* 1958 3 SA 416 (A) 419; *Foss Launch & Tug Co v SV Commodore* 1943 NPD 27 29.

⁷⁰Sien *supra*.

⁷¹Sien *SS Humber v The SS Answald* 1912 AD 546; *Birkbeck and Rose-Innes v Hill* 1915 CPD 687 698; *In re SS Beaver* 1921 NPD 216 231.

⁷²Sien *Trust Bank van Afrika v Eksteen* 1964 3 SA 402 (A).

⁷³Vgl in hierdie verband *Birkbeck and Rose-Innes v Hill* 1915 CPD 687 698.

⁷⁴*supra*.

⁷⁵*Crooks* se saak *supra* 428.

⁷⁶1921 CPD 451.

admiraliteitshof die Engelse beslissings moet volg nie, maar dat dit self kan beslis wat die volkereg of "comity of nations" bepaal.⁷⁷ Daar is ook reeds op gewys dat die Engelse admiraliteitsreg nie in alle opsigte in ooreenstemming met die volkereg was nie.⁷⁸ Hierdie beslissing moet dus in die lig van *Crooks* se saak as omvergewerp beskou word. Ook op ander gronde moet die hof se beslissings verwerp word: Ten eerste kon die hof as admiraliteitshof gesit het ('n kwessie wat die hof nie pertinent wou beslis het nie)⁷⁹ in welke geval die Engelse maritieme reg gevolg moes gewees het. Ten tweede kon die hof as gewone hof gesit het, in welke geval uitgemaak sou moes word of die Engelse reg nie verpligtend was ingevolge artikel 1 van wet 8 van 1879 nie. Die hof se beslissing dat die artikel nie van toepassing was nie omrede "the principles to be applied concern not only ships, but also property of a foreign sovereign which happens to be within our jurisdiction,"⁸⁰ kan eweseer nie aanvaar word nie, want die vraag was juis of daar op 'n skip beslag gelê kon word. As die hof nie as admiraliteitshof gesit het nie (soos, met respek, wel die geval was) sou die hof myns insiens uit hoofde van artikel 1 van wet 8 van 1879 Engelse reg as bindend moes beskou het. Derdens, as artikel 1 van wet 8 van 1879 tog nie van toepassing was nie, soos die hof inderdaad beslis het, kon hy nie verklaar het dat "International law and the comity of nations must . . . govern both applications . . ."⁸¹ nie, want dan sou die Romeins-Hollandse reg moes gegeld het.

Vyfdens moet daarop gelet word dat die appèlhof volgens die wet ook die appèlhof is van 'n koloniale admiraliteitshof en vir hierdie doeleindes, "shall . . . possess all the jurisdiction by this act conferred upon a Colonial Court of Admiralty."⁸² Vanaf die appèlhof was daar altyd 'n reg om te appelleer na die koning-in-rade, terwyl dit in geval van die gewone howe net met spesiale toestemming kon geskied het.⁸³ Die posisie het egter sindsdien verander en vandag is die appèlhof die enigste hof van appèl vir 'n beslissing vanaf die koloniale admiraliteits-howe.⁸⁴ Dit is egter twyfelagtig of hierdie verandering enige effek gehad het op die geaardheid van die koloniale admiraliteitshof as 'n afsonderlike hof.

Sedens kon die koloniale admiraliteitshof gemagtig geword het om as pryshof te ageer, terwyl dit nie die geval was met die gewone

⁷⁷Sien *supra*.

⁷⁸Sien *supra*; Sien ook *Crooks* se saak *supra* 441.

⁷⁹Sien 456.

⁸⁰op 457.

⁸¹op 456.

⁸²a 5.

⁸³Sien a 6(1) van die wet en a 106 van die Zuid-Afrika Wet 1909.

⁸⁴Sien a 1 van die Wet op Appèlle na die Geheime Raad 16 van 1950.

howe nie.⁸⁵ Of hierdie 'n verskil is wat vandag nog sal geld na die inwerkingtreding van die Wet op Prysregsbevoegdheid 1968,⁸⁶ is te betwyfel.

Uit die bestaan van twee afsonderlike howe en in die lig van bogenoemde bespreking ontstaan die volgende gevolgtrekkings en vrae.

Ten eerste is ons admiraliteitshowe verplig om die Engelse admiraliteitsreg toe te pas. Hoewel nie absoluut duidelik nie, lyk dit asof die appèlhof in *Crooks* se saak ook die ontwikkelende Engelse admiraliteitsreg in gedagte gehad het. Die vraag ontstaan egter of die admiraliteitsreg nie ook vasgepen is soos wat dit was in 1890 nie. Immers, die jurisdiksie is op daardie tydstep vasgepen en dieselfde artikel wat die jurisdiksie omskryf, bepaal ook die reg volgens die appèlhof. Moeilike probleme wat hier kan opduik, is die toepassing van die presedenteleerstuk ten opsigte van die Engelse beslissings. Dieselfde probleme sal ook kan ontstaan by die toepassing van artikel 1 van wet 8 van 1879 in die gewone howe.⁸⁷ Na 1950, met die afskaffing van die Geheime Raad as hoogste appèlhof vanaf die admiraliteitshowe, is dit moontlik dat ons appèlhof die Engelse admiraliteitsreg anders kon interpreteer het as die howe in Engeland. Dit sou kon meegebring het dat hier te lande 'n eiesoortige admiraliteitsreg ontwikkel is. In die lig egter van die beperkte aantal gerapporteerde sake sindsdien kan hierdie moontlikheid buite rekening gelaat word.⁸⁸ Die verskil wat hier in gedagte is, is slegs dié wat kan voortspruit uit interpretasie en uitbouing van die gemeenregtelike admiraliteitsreg. Wetgewing in beide lande het seer sekerlik bygedra tot die skepping van twee eiesoortige stelsels.⁸⁹

⁸⁵Sien *Crooks* se saak *supra* 441; Diemont a w 124; a 2(3)(b) van die wet.

⁸⁶Wet 3 van 1968.

⁸⁷Sien Hahlo and Kahn *The South African Legal System and its Background* 1968 258-260. Die skrywers sluit glad nie hierdie twee gevalle in onder die spesiale omstandighede waarin die Engelse presedente in ons reg toegepas moet of kan word nie. 'n Eienaardigheid is dat hulle wel a 2 van wet 8 van 1879 (K) noem wat die "law administered by the High Court of Justice in England" ingevoer het ten opsigte van "every suit, action, and cause having reference to questions of fire, life and marine assurance, stoppage in transitu" ens. Hulle uiteensetting van die toepassing van die presedentestelsel to v lg sal vermoedelik ook geld vir die twee gevalle hier onder bespreking. Daar is egter twee omstandighede wat dit kan verander: Ten eerste bepaal a 1 van wet 8 van 1879, anders as a 2, slegs dat die reg "shall . . . be the same as the law of England . . ." Ten tweede is volgens die appèlhof die koloniale admiraliteitshof 'n replika van die Engelse admiraliteitshof, wat kan dui op 'n sterker gebondenheid selfs na 1950 aan die Engelse beslissings.

⁸⁸Blykbaar is daar net een appèlhofofsaak na 1950, nl *SAR & H v Lyle Shipping Co* 1958 3 SA 416 (A).

⁸⁹By die jurisdiksie van die koloniale admiraliteitshowe is nog vasgepen soos dit was in 1890 terwyl daar verskeie veranderings in Engeland deur wetgewing was - sien *supra*. Sien ook die Handelskeepvaartwet 57 van 1951, veral a 332. In hoeverre hierdie wet admiraliteitsreg affekteer, is nie duidelik nie.

Ten tweede, in gevalle waarvoor die beslissings van die Engelse admiraliteitshowe nie voorsiening maak nie “. . . the Colonial Court of Admiralty must be guided by the same regard to international law and the comity of nations . . .”⁹⁰ Dieselfde beperkings wat geld op die toepassing van volkereg in die Engelse admiraliteitshowe sal ook in hierdie geval van toepassing wees.⁹¹ Die gevolg is dan dat ons admiraliteitshowe in die lig van die bestaande admiraliteitsreg en in die lig van die volkereg en “comity of nations” as positiveringsmedium vir die bepaalde saak sal moet optree. Die reël wat so toegepas word, kan dan deur die presedentestelsels ingeburger word. Dit spreek natuurlik vanself dat so ’n reël ten minste in ooreenstemming sal moet wees met die algemene beginsels van die Engelse admiraliteitsreg. Dit is twyfelagtig of ons admiraliteitshowe hierdie bevoegdheid al aangewend het tot die uitbouing van ’n eiesoortige admiraliteitsreg.

Derdens kan die beslissing van ’n admiraliteitshof (insluitende die beslissing van die appèlhof as appèlhof vanaf ’n admiraliteitshof) nie dien as gesag vir die gewone howe (insluitende die appèlhof as appèlhof van die gewone howe) nie. Die *Colonial Courts of Admiralty Act* 1890 het nooit beoog om eenvormigheid tussen die koloniale admiraliteitshowe aan die een kant en die gewone howe aan die ander kant teweeg te bring nie ten opsigte van die reg wat toegepas moet word.⁹² In Engeland het weliswaar ’n wisselwerking tussen die verskillende howe plaasgevind, maar dit moet ten sterkste afgekeur word in die geval van ons eie howe. Die toepassing van ’n admiraliteitsregsreël sonder meer in die gewone howe is in stryd met ons reg soos hierbo uiteengesit en veral met die appèlhof se beslissings dat ons gemene reg die Romeins-Hollandse reg is en dat geen hof die bevoegdheid het om dit deur ’n ander regstelsel te vervang nie.⁹³

Ongelukkig is daar al wel gevalle waar die gewone howe ’n admiraliteitsregsreël sonder meer gevolg het. In *De Howorth v The SS India*⁹⁴ beslis die koloniale admiraliteitshof⁹⁵ dat “ships, the property of a foreign state and used for public purposes are not subject to at-

⁹⁰*Crooks supra* 441; a 2(2) van die *Colonial Courts of Admiralty Act* 1890.

⁹¹Dit spruit voort uit die feit dat ons admiraliteitshowe maar net ’n replika is van die Engelse howe. Hierdie woorde is myns insiens bloot *ex abundanti cautela* in die wet ingevoeg. Uit die feit dat ons howe dieselfde reg moet toepas as die Engelse admiraliteitshowe vloei logies voort dat hierdie bevoegdheid van die Engelse admiraliteitshowe ook ons koloniale admiraliteitshowe moet toekom. Dus sal ons howe ook aan dieselfde beperkings onderworpe wees as die Engelse admiraliteitshof.

⁹²*Crooks* se saak *supra* 430.

⁹³Sien *supra*.

⁹⁴*supra*.

⁹⁵Sien *supra* waar alreeds die vraag bespreek is of die hof gesit het as admiraliteits-hof of nie.

tachment under an order of the local court"⁹⁶ – 'n beslissing wat volkome in ooreenstemming is met die Engelse admiraliteitsreg maar wat later net so deur die gewone Engelse howe oorgeneem is.⁹⁷ In *Ex Parte Sulman*⁹⁸ het die vraag in die gewone Kaapse hof ter sprake gekom of die hof jurisdiksie het oor 'n skip in diens van 'n vreemde staat en wat gebruik word vir openbare doeleindes. In navolging van *De Howorth* beslis die hof die vraag negatief.⁹⁹ Die Natalse hof in *Kavouklis v Bulgaris*¹⁰⁰ doen dieselfde.¹⁰¹ In *Parkin v Government of the Republique Democratique du Congo*¹⁰² word die immunitet van jurisdiksie op gesag van *De Howorth* selfs na geld uitgebrei.¹⁰³ Nie in een van laasgenoemde sake word eers 'n verwysing na die Romeins-Hollandse reg gevind nie en dit terwyl dit duidelik is in die lig van die appèlhof se beslissings dat die kwessie van jurisdiksie en veral die beslaglegging op die goedere van 'n *peregrinus* om jurisdiksie te vestig juis volgens die Romeins-Hollandse reg beoordeel moet word.¹⁰⁴ Die moontlikheid dat *De Howorth* 'n admiraliteitsbeslissing was, is nooit eers oorweeg nie en nog minder dat die hof uit hoofde van 'n statuut en 'n latere appèlhofuitspraak 'n ander regstelsel moes toegepas het as die gewone howe.¹⁰⁵ Daar kan in die lig hiervan nie veel waarde geheg word aan hierdie drie beslissings nie.

DIE WET OP DIE REËLING VAN ADMIRALITEITSREGSBEVOEGDHEID 1972

Die *Colonial Courts of Admiralty Act* 1890 het bepaal dat elke hof "in a British possession" 'n koloniale admiraliteitshof is. Die vraag is of die koloniale admiraliteitshowe nog na Republiekwording in Suid-Afrika bestaan, gesien die feit dat die Republiek nie meer 'n "British possession" is nie. Die Grondwet bepaal egter dat alle wette wat in enige deel van die Unie van Suid-Afrika gegeld het, van krag bly ook na Republiekwording.¹⁰⁶ Die Zuid-Afrika Wet het 'n soortgelyke bepaling gehad vir wette wat in die verskillende kolonies gegeld het voor

⁹⁶op 464.

⁹⁷Sien *The Parlement Belge* (1880) PD 197 217. Sien ook sake in n 25.

⁹⁸1942 CPD 407.

⁹⁹op 733.

¹⁰⁰1943 NPD 190. Dat die hof in hierdie saak tog as admiraliteitshof gesit het, kan nie bo alle twyfel verwerp word nie. Daar is egter nêrens 'n verwysing in die saak dat dit wel die geval was nie.

¹⁰¹op 192.

¹⁰²1971 1 SA 259 (W).

¹⁰³op 261.

¹⁰⁴Sien *The SS Humber v The SS Answald* 1912 AD 546.

¹⁰⁵Sien ook Dugard "Consular Immunity" 1966 *SALJ* 126 131 waar hy hierdie feit oor die hoof sien by die bespreking van *De Howorth* se saak as "gesag" dat ons howe volkereg toepas.

¹⁰⁶a 107 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 32 van 1961.

Uniewording.¹⁰⁷ Aangesien nòg die *Colonial Courts of Admiralty Act* 1890 nòg wet 8 van 1879 tot op hede herroep is, bly hulle dus van krag.¹⁰⁸ Die feit dat die *Colonial Courts of Admiralty Act* van Britse besittings praat, kan geen effek hê op die gelding van die wet nie, net so min soos 'n koloniale wet wat van kolonies praat se gelding deur die inwerkingtreeding van die Zuid-Afrika Wet geaffekteer is.

Die posisie sal egter verander sodra die Wet op die Reëling van Admiraliteitsregsbevoegdheid 1972¹⁰⁹ in werking tree aangesien hierdie wet die *Colonial Courts of Admiralty Act* herroep vir sover dit op die Republiek van toepassing is.¹¹⁰ Wet 8 van 1879 sal egter nog van krag wees.

Artikel 1 van die Wet op die Reëling van Admiraliteitsregsbevoegdheid bepaal dat die bevoegdhede en jurisdiksie van die admiraliteitshowe van die Republiek vanaf die inwerkingtreeding van die wet, ondanks die herroeping van die *Colonial Courts of Admiralty Act*, by die provinsiale en plaaslike afdelings van die hooggeregshof van Suid-Afrika berus.

Die admiraliteitsjurisdiksie van die howe word dus vasgepen soos wat dit was in 1890. Of hierdie 'n wenslike toedrag van sake is, kan betwyfel word. Die vasstelling van hierdie jurisdiksie sal op sigself 'n moeilike taak wees afgesien van die vraag of dit heeltemal sal voorsien in die behoeftes van 'n moderne wêreld. Dit is jammer dat die wetgewer nie die voorbeeld van die Engelse wetgewer gevolg het, wat die jurisdiksie in die lig van moderne omstandighede presies omskryf het nie.

Waar slegs sekere howe voorheen as admiraliteitshowe kon ageer, is alle afdelings van die hooggeregshof met admiraliteitsjurisdiksie bekleed. Hierdeur is die onsekerheid wat geheers het oor presies watter afdelings as koloniale admiraliteitshowe kon sit ten minste uit die weg geruim.

'n Moeiliker probleem is of "bevoegdhede en jurisdiksie" ook die admiraliteitsreg omvat. Of bevoegdhede los kan staan van die bepaalde reg wat dit verleen, is te betwyfel. Artikel 3 wat bepaal dat 'n aangeleentheid wat in 'n admiraliteitshof hangende is, in die betrokke provinsiale of plaaslike afdeling van die hooggeregshof voortgesit word, versterk die siening dat "bevoegdhede en jurisdiksie" ook die admiraliteitsreg omvat aangesien dit ondenkbaar is dat die

¹⁰⁷a 135 van die Zuid-Afrika Wet 1909.

¹⁰⁸Sien *Tharros Shipping Corp v The Golden Ocean supra* 320.

¹⁰⁹Wet 5 van 1972.

¹¹⁰a 4.

wetgewer beoog het dat daar 'n verandering in reg moet wees tydens die duur van 'n bepaalde saak.

Aan die anderkant moet egter in gedagte gehou word dat baie van die faktore wat die appèlhof in *Crooks* se saak beïnvloed het om te beslis dat jurisdiksie ook die admiraliteitsreg omvat, in hierdie wet afwesig is. So het die *Colonial Courts of Admiralty Act* nie alleen jurisdiksie verleen nie, maar uitdruklik verklaar dat die koloniale admiraliteitshoue "Admiralty Courts" is, terwyl die huidige wet geen sodanige bepaling bevat nie. Artikel 3 stel juis 'n admiraliteitshof teenoor 'n provinsiale of plaaslike afdeling van die hooggeregshof.

Soos alreeds genoem, is dit 'n ope vraag of die reg nie ook vasgepen word op 1890 nie. In die lig van die gespesialiseerde aard van die admiraliteitsreg kan die vaststelling daarvan tot oneindige probleme aanleiding gee. Sou dit nie beter gewees het om net eenvoudig die admiraliteitshoue af te skaf nie?

Nou verbonde aan die vraag of "bevoegdheids- en jurisdiksie" ook die admiraliteitsreg insluit, is die vraag of daar nie nog na die Wet op die Reëling van Admiraliteitsregsbevoegdheid juridies twee houe bestaan nie, naamlik die admiraliteitshoue met admiraliteitsbevoegdheids- en jurisdiksie en wat admiraliteitsreg toepas en die gewone provinsiale en plaaslike afdelings van die hooggeregshof. Van die faktore wat tot so 'n slotsom gelei het in die geval van die *Colonial Courts of Admiralty Act* het natuurlik weggeval - byvoorbeeld die verskil in appèlhoue, moontlik ook die verskil wat bestaan het in prysregbevoegdheid en die verskil wat voortgespruit het uit die feit dat die houe deur verskillende statute gereël is. Die huidige wet handhaaf egter nog in die interimstadium die verskil in hofreëls.¹¹¹

As dit nie die geval is nie, dws as daar slegs een hof bestaan waarvan die bevoegdheids- en jurisdiksie van 'n admiraliteitshof oorgedra is, en daar verder ook aanvaar word dat die admiraliteitsreg hierby ingesluit is, ontstaan die volgende probleme.

Die admiraliteitsjurisdiksie sal in sekere opsigte 'n breër jurisdiksie aan die hooggeregshof verleen as wat dit gehad het. Wat betref die wyer jurisdiksie sal dit redelik maklik wees om die Engelse admiraliteitsreg toe te pas. Maar omvat die admiraliteitsjurisdiksie die hele gemeenregtelike jurisdiksie ten opsigte van maritieme en skeepvaart-aangeleenthede? Indien nie, en dit is iets wat dan telkens vasgestel sal moet word, sal die Romeins-Hollandse reg toegepas moet word ten opsigte van aangeleenthede wat nie binne die admiraliteitsjurisdiksie val nie. In die praktyk kan so 'n geval definitief probleme oplewer. Probleme selfs wat betref die toepassing van die presedentestelsel.

¹¹¹a 2.

Wat van 'n aangeleentheid ten opsigte waarvan die koloniale admiraliteitshowe en die gewone howe konkurrente jurisdiksie gehad het? Dit kan maklik gebeur, soos byvoorbeeld in *Crooks* se saak,¹¹² dat die Romeins-Hollandse reg 'n sekere reël bevat en die Engelse admiraliteitsreg 'n verskillende een.¹¹³ Watter een moet nou toegepas word as die een party op die Romeins-Hollandse reg steun en die ander op die Engelse admiraliteitsreg? Of moet die hof nou maar 'n brousel van die twee toepas?¹¹⁴ Indien wel, hoe kan so 'n situasie ooit regsekerheid skep? Wat gaan die produk van hierdie stelsel wees? Dis tog ondenkbaar om objektief so 'n bedoeling aan die wetgewer toe te skryf. Waar twee afsonderlike howe bestaan, kan dié situasie nooit ontstaan nie, want 'n party se saak staan of val volgens die reg wat toegepas moet word in die bepaalde hof waarin die saak ingestel is.¹¹⁵

Verder, wat word van artikel 1 van wet 8 van 1879 wat bepaal dat die Engelse reg toegepas moet word in die gevalle waar die Kaapse howe konkurrente jurisdiksie met die admiraliteitshowe besit. Kan daar nog sprake wees van konkurrente jurisdiksie indien daar slegs een hof is? Daar kan tog nie ligtelik aanvaar word dat die wetgewer hierdie wet by implikasie van alle krag wil ontnem nie. 'n Uitdruklike herroeping was tog voor die hand indien die wetgewer slegs een hof bedoel het.

Die moontlikheid dat die wetgewer bedoel het om deur die oordra van die "bevoegdheede en jurisdiksie" van 'n admiraliteitshof na die provinsiale of plaaslike afdelings van die Hooggeregshof, die Romeins-Hollandse reg af te skaf, kan in die lig van die woorde van die wet nie as 'n moontlikheid aanvaar word nie. Die afskaffing van die Romeins-Hollandse reg as gemene reg kan tog nie so ligtelik aanvaar word nie.

In die lig van die bestaande regsposisie en die faktore hierbo genoem, moet tot die slotsom gekom word dat die Wet op die Reëling van Admiraliteitsbevoegdheid 1972 die *status quo* handhaaf, naamlik dat daar na die inwerkingtreding nog twee howe sal bestaan. Hierdie wet stel geen breuk met die verlede nie, soos die woorde "en ondanks die herroeping van daardie Wet [*Colonial Courts of Admiralty Act 1890*] deur hierdie Wet" in artikel 1 ook aandui.

Die enigste verandering is dan dat die wet die howe wat as admiraliteitshowe mag sit, vasgestel het en dat die Suid-Afrikaanse admiraliteitshowe nou ook gereël word deur die Wet op die Hooggeregshof 1959.

¹¹²Sien ook *Humber v Answald supra*.

¹¹³Sien by *In re The SS Mangoro* 1913 NPD 67 88.

¹¹⁴Soos die minister blykbaar in gedagte gehad het - sien Volksraaddebatte van 7 Februarie 1972 451.

¹¹⁵Sien *Humber v Answald supra*.

Contribution towards costs

Erwin Spiro

Member of the Cape Town Bar

I INTRODUCTION

Applications for contribution towards the costs of legal proceedings are of frequent occurrence in matrimonial causes,¹ the wife usually being the applicant. There is often also a prayer for maintenance of the applicant and/or a minor child born of the marriage *pendente lite*.²

Here, as elsewhere, the claim as such must be distinguished from the procedural remedy by which it must be pursued. The claim flows from the duty to maintain (to supply the necessaries of life); indeed, it does not matter whether the parties are married in or out of community of property.³ The procedural form by which the claim is pursued is an application *pendente lite* which is in the nature of an interdict and shows no specific features.

Are such applications for contribution towards the costs of legal proceedings and/or maintenance *pendente lite* confined to husband and wife or are they feasible also in other instances of maintenance owed by operation of law, more particularly between parent and child and vice versa? There is hardly any authority dealing with the point, and the few cases which do are not based on principle.

II CLAIM TO CONTRIBUTION

1 Necessaries of life

Maintenance embraces the necessaries (necessities) of life, such as food, clothing and shelter, education and care in sickness, etc.⁴ JP Surdus whose book on aliments⁵ has often been quoted by such

¹Spiro 1948 (65) *SALJ* 419 *et sqq.* See also Hahlo *South African Law of Husband and Wife* 3rd ed Cape Town 1969 505 *et sqq.*

²eg in *Van Niekerk v Van Niekerk* 1947 2 SA 8 (T) there was a prayer for contribution towards the costs of the suit and for maintenance of the applicant and a minor child *pendente lite*.

³Spiro 1948 (65) *SALJ* 420.

⁴Spiro *Law of Parent and Child* 3rd ed Cape Town 1971 371.

⁵*Tractatus de Alimentis* Geneva 1645. An earlier edition appeared in 1602.

Roman-Dutch writers as Van Groenewegen, Van Leeuwen and J Voet is even of the opinion⁶ that where a testator has bequeathed the necessaries of life (*quando testator legavit necessitatem vitae vel sustentationem vitae*) there is in reality a bequest of maintenance. What matters is the status or standard of living of the child⁷ (provided the parent has sufficient means⁸), the position being *mutatis mutandis* the same when a child is liable to maintain a parent.⁹ Much still depends on parental (or the child's) affection¹⁰ or, if a court is seized of the matter, on the discretion of the judge.¹¹

Ingratitude on the part of the recipient does not as a rule, it is considered, terminate the duty to maintain,¹² nor does such duty cease by reason only of the fact that the child sues for maintenance¹³ or marries without the requisite consent¹⁴ or, *a fortiori*, institutes proceedings for the replacement of the parental consent.¹⁵ Marriage had to be mentioned in this connection because, although it always terminates the parental power,¹⁶ it does not necessarily bring the duty to maintain to an end.¹⁷

2 Expenses of litigation

(a) General remarks

The expenses of litigation constitute a distinct incident. They may be, as it has been held,¹⁸ essentially non-recurring. But that is a feature common to many items falling within the concept of maintenance. For instance, the costs of the removal of an appendix are clearly non-recurring, but nobody will doubt that they must be borne by the person who is subject to the duty to maintain. The real question is, it is considered, whether or when do the costs of litigation belong to the necessaries of life.

⁶*Ibid tit 2 quaest 5 n 1.*

⁷*Surdus op cit tit 4 quaest 18; Spiro op cit 372.* Due regard must also be had to the background of the whole family and other families of a similar standing, see *Spiro op cit 372* and also *Surdus op cit tit 4 quaest 18 n 3* and *quaest 19.*

⁸*Surdus op cit tit 1 quaest 78 n 3; Spiro op cit 368 374.*

⁹*Spiro op cit 377.*

¹⁰*Spiro op cit 372.*

¹¹J Voet *Commentarius ad Pandectas* The Hague 1707 25 3 4.

¹²*Surdus op cit tit 1 quaest 110 n 12; Spiro op cit 371.*

¹³*Surdus op cit tit 1 quaest 110 n 10.*

¹⁴*Surdus op cit tit 1 quaest 6 n 11* (if the other spouse is "honest" as defined). See also *ibid n 10* (if a statute permits so).

¹⁵As to which see *Spiro op cit 173.*

¹⁶*Spiro op cit 228.*

¹⁷*Spiro op cit 21-22 376.*

¹⁸*Davis v Davis* 1939 WLD 108 at 114 per Ramsbottom J, as he then was.

(b) Necessaries of life

Gardiner JP, in *Meyer v Mahommed*¹⁹ said that, as a father should supply his son with necessaries, so also, if litigation was necessary, should he supply his son with the amount needed, the son, then, having a claim against his father for the supply of the necessary money of litigation. No authority was quoted, but that dictum was followed by text book writers and the courts until, after a lapse of twenty-four years, De Villiers J, in *Grobler v Potgieter*²⁰ attacked it for the first time because the costs of the proceedings were not a liability of the father - as they were not in the analogous case of a wife married in community of property a liability of the husband - which followed also from the fact that except for frivolous or reckless cases the costs were never directed against the father. The reasoning is, with respect, not conclusive, and what is more, the learned judge himself did not act upon it, but dismissed the application for leave to sue *in forma pauperis* on the ground - consistent only with a liability of a father to supply his son with the necessary money of litigation - that it had not been established that the father was not able to support the son. However, on the strength of the decision in *Grobler v Potgieter*, the fact that pauper relief was discretionary and a dictum of Tatham AJP, in *Weston v Daddy Bros and Johnstone (Pty) Ltd*²¹ to the effect that the financial position of a guardian (?) of a pauper minor was not the governing consideration upon an application for a minor for leave to sue *in forma pauperis*, Shearer J, in *Lalla v Lalla*²² felt himself unpersuaded that the costs of litigation were necessaries and that it was part of the duty of support for the guardian (?) or husband to provide them. It is that view, it is respectfully submitted, which lacks persuasive force, but as none of the cases quoted resorts to principle or authority a closer enquiry is clearly warranted.

One may first of all again turn to Surdus, that specialist of the 16th century who was still deeply steeped in the writings of the glossators and post-glossators. Although I have not found any passage where he specifically says that a father is liable for his son's necessary litigation, there are passages from which such a rule may be inferred. He clearly distinguishes between *alimenta*, on the one hand, and *sumptus litis*, on the other.²³ A son who sues for maintenance must be provided

¹⁹1930 CPD 301 at 302.

²⁰1954 2 SA 188 (O) at 191.

²¹1930 NPD 133 at 135.

²²1973 2 SA 561 (D) at 563-64.

²³See e.g. Surdus *op cit tit 1 quaest 110 n 1 (saepe petit actor sibi provideri de alimentis a reo et aliquando etiam de expensis litis); tit 1 quaest 120 n 10 (alimenta sunt plus favorabilia, quam litis expensae); tit 7 quaest 42 n 2 (praeter alimenta multi alii sumptus sunt necessarii pro litis defensione); ibid n 5 (see ad notam 26).*

with *alimenta*²⁴ even *pendente lite*.²⁵ In another passage²⁶ he first points out that the father is excused if the son has enough means for his support and the expenses of litigation as he had already done earlier,²⁷ but then he goes on to say that the father must contribute *quatenus deest filio ad integra alimenta et sumptus litis*. Nowhere does Surdus require aliments to be necessary, but when dealing with *sumptus litis* in the passage just referred to, only a few sentences earlier,²⁸ he passed the remark *praeter alimenta multi alii sumptus sunt necessarii pro litis defensione*. Considering all this, it can, in my submission be inferred that, according to Surdus, a father had to contribute to an indigent son the costs of necessary litigation.

If the litigation of a son is "just" (*rechtmaessig*), also Von Leyser²⁹ was for reasons of equity of the opinion that a father was liable to the son for the costs thereof. Glueck³⁰ quotes Von Leyser, apparently with approval.

The German Civil Code³¹ provides in its paragraph 1610(2) which is Roman law that maintenance extends to all necessities of life. The Federal Court (*Bundesgerichtshof*) has held³² that, if litigation is of vital importance as in maintenance and accident cases and generally in cases affecting personal status, its costs fall into the category of necessities of life. In this connection it may be mentioned that also according to Grotius³³ maintenance is a *geheel begrijpende*.

(c) South African law

The apparent silence of the institutional writers - which is only in line with their reluctance to deal with claims between parents and children³⁴ - is no conclusive evidence of the absence of the principle that a parent is liable to an indigent child for the costs of necessary litigation. It rather opens the way to resort to the Roman law and generally to all its expounders.³⁵ It is thus quite legitimate to accept the views of Surdus, Von Leyser and Glueck, etc. The concept of maintenance owed by operation of law in South Africa, as also that

²⁴Surdus *op cit tit 1 quaest 110 n 10*.

²⁵Surdus *op cit tit 1 quaest 110 n 11*.

²⁶Surdus *op cit tit 7 quaest 42 n 5*.

²⁷Surdus *op cit tit 1 quaest 112 n 31*.

²⁸Surdus *op cit tit 7 quaest 42 n 2*.

²⁹*Meditationes ad Pandectas* 12 vols Halle 1772-75 vol II Specim LXXXIV medit 5.

³⁰*Ausfuehrliche Erlaenterung der Pandekten* vol 28 Erlangen 1826 57 (*D* 25 3).

³¹of 1896, in force since 1st January 1900.

³²1964 *New Juristic Weekly* 2151.

³³*Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdtheyt* Amsterdam 1738 2 22 26.

³⁴Spiro *op cit* 219 *et sqq*.

³⁵Hahlo & Kahn *The Union of South Africa* London and Cape Town 1960 36.

contained in the definition of Grotius referred to,³⁶ is indeed wide enough to lend itself to the inclusion of the costs of a child's necessary litigation. Moreover the principle of the paramount importance of the interests of the child³⁷ may often, if not always, irresistibly call for the inclusion of such costs. For all these reasons it is considered that in South Africa maintenance owed by a parent to a child by operation of law extends to or covers the costs of his necessary litigation. On the other hand, should the litigation of the child be frivolous or absolutely hopeless, a parent would hardly be liable for the costs connected therewith. But this would not necessarily be the case if in the event of a parent withholding his consent to the marriage of a minor child the latter availed himself of the statutory remedy to approach the court³⁸ as happened in *Lalla v Lalla*³⁹ and the costs may here very well have to be borne by the parent *vis-à-vis* the child.

(d) Range of duty

It goes without saying that the ordinary requisites of maintenance owed by operation of law also apply to that part thereof which relates to necessary litigation of a child, more particularly the parent must be able to afford the expense⁴⁰ whereas the child must be unable to do so.⁴¹ It may, of course, happen that a parent has just not enough for the costs of necessary litigation of a child. *Surdus* again did not overlook that contingency and resorted here to what he called *favor alimentorum*,⁴² meaning that *alimenta sunt plus favorabilia, quam litis expensae*. In modern law an application of the child, if need be duly represented, for leave to sue *in forma pauperis* would here be the appropriate remedy.⁴³

III PROCEDURAL REMEDY

What procedural remedy is available to a child having a claim against his parent for the payment of the costs of necessary litigation?

As regards ordinary maintenance no special rules apply any more,⁴⁴ and the child may proceed by way of action or application as required by the circumstances. This applies equally in regard to the costs of necessary litigation for which a parent is liable. Whether maintenance proper is at stake or that part of maintenance which relates to the costs

³⁶See note 33 and *ad notam* 33 above.

³⁷*Spiro op cit* 261.

³⁸*Spiro op cit* 173 and see *ad notam* 15 above.

³⁹1973 2 SA 561 (D).

⁴⁰*Spiro op cit* 368.

⁴¹*Spiro op cit* 370.

⁴²*Surdus op cit tit 1 quaest 120 n 10.*

⁴³*Spiro op cit* 189 191 372.

⁴⁴*Spiro op cit* 373.

of necessary litigation of the child - there is no reason in either instance why in a case of emergency urgent steps should not be taken, more particularly why then payments *pendente lite* should not be applied for. There is, in my respectful submission, no need for a precedent as any such urgent measure is wholly borne out by the general law. Moreover, if a parent may in proceedings against the other spouse apply for maintenance of a child of the parties *pendente lite*,⁴⁵ why should not such a child be entitled to a like remedy in direct proceedings against a parent for maintenance? As the interests of the child are of paramount importance in the present law of South Africa,⁴⁶ does not the observation of Surdus that *filiis alimenta efficacius debentur quam uxori*⁴⁷ become true again?

All power is, in Madison's phrase, "of an encroaching nature." Judicial power is not immune against this human weakness. It must also be on guard against encroaching beyond its proper bounds, and not the less so since the only restraint upon it is self-restraint.

Felix Frankfurter in *Trop v Dulles* 356 US 86

⁴⁵See above *ad notam* 2.

⁴⁶See above note 37.

⁴⁷Surdus *op cit tit 1 quaest 1 n 4.*

Regsubjektiwiteit

JD van der Vyver

Potchefstroomse Universiteit vir CHO

Regsubjektiwiteit kan beskryf word as die vermoë van iets of iemand om as subjek (en nie as objek nie) aan die regsverkeer deel te neem. Regsubjektiwiteit gee uitdrukking aan die feit dat iets of iemand regsobjek is en nie regsobjek nie.

Daar word betreklik algemeen aanvaar dat regsubjektiwiteit materieel geleë is in die kompetensie om die draer van regte en verpligtinge te wees; en daar bestaan eweneens weinig meningsverskil as dit op die vraag aankom *wie* met regsubjektiwiteit in daardie sin bekleed gaan. Die antwoord op laasgenoemde vraag lui, ooreenkomstig bedoelde algemeen aanvaarde standpunt, dat regsubjektiwiteit aan die natuurlike persoon en die regspersoon toekom. Die natuurlike persoon is die individuele mens. Oor die struktuur van die regspersoon bestaan daar groot meningsverskil. Daarop wil ek hier nie ingaan nie. Dit is vir die doeleindes hiervan voldoende om die regspersoon te beskryf as 'n groep persone wat *sáám* (as 'n eenheid) as enkele subjek in die regsverkeer optree. Met hierdie omskrywing stel ek my op die standpunt dat alleen die mens, as enkeling of in 'n groepsverband, regsobjek kan wees.

Maar dit gaan nie nou dáárom nie. Die vraag wat ek hiermee ter sprake wil bring, betref die geïkte opvatting dat regsubjektiwiteit basies geleë is in die kompetensie van die natuurlike persoon en die regspersoon om regte en verpligtinge te kan hê. Hierdie opvatting word klaarblyklik in twyfel getrek deur die analise van regsubjektiwiteit deur FJ van Zyl (vgl Van der Vyver en Van Zyl *Inleiding tot die Regswetenskap* 156-162). Dit val 'n mens naamlik op dat Van Zyl in sy analise van regsubjektiwiteit nie alleen met die kompetensie om regte en verpligtinge te hê, doenig is nie maar ook ingaan op die subjek se kompetensie om regshandeling aan te gaan en om eisend of verwerend in 'n hofgeding te kan optree. Hy gaan naamlik van die standpunt uit dat "n persoon in méér opsigte in die juridiese wetskring as subjek optree" as bloot wanneer hy regte en verpligtinge verkry (aw 156).

Die bedoeling hiermee is om die perspektiewe van Van Zyl ten opsigte van regsubjektiwiteit te diagnoseer.

KOMPETENSIES, REGTE EN BEVOEGDHEDE

Wanneer gesê word dat 'n regsobjek die draer is van regte, gaan dit vaagweg om dit wat op Engels "rights" genoem word. Die genoemde Engelse term is egter meersinnig. Vir die doeleindes hiervan is drie betekenis van "rights" van belang, welke betekenis in die volgende sinne tot uitdrukking kom:

- 1 A verkry die "reg" om 'n testament te maak wanneer hy 16 jaar oud word.
- 2 B het 'n "reg" op die motor wat hy gekoop het.
- 3 B het die "reg" om met sy motor rond te ry.

In die eerste sin gaan dit om die vermoë van 'n regsobjek (A) om 'n sekere handeling te verrig ('n testament te maak). Vergelyk 'n mens hierdie sin met die tweede en derde sinne val dit op dat daarin nie na 'n regsobjek verwys word nie.

Die tweede sin gee uitdrukking aan die aanspraak van 'n regsobjek (B) op 'n regsobjek (die motor).

Die derde sin het betrekking op 'n geoorloofde handeling van 'n regsobjek (B) met 'n regsobjek (die motor).

Die intieme korrelasie tussen die tweede en die derde sin val 'n mens op, nie net formeel vir sover albei daardie sinne na 'n regsobjek refereer nie, maar ook omdat dit duidelik blyk dat die "reg" in die derde sin inhoud gee aan die "reg" in die tweede sin. Omdat B 'n "reg" (in die tweede sin) op die motor het, daarom het hy die "reg" (in die derde sin) om met die motor rond te ry.

Daar is ook 'n verwantskap tussen die eerste en die derde sin, naamlik vir sover daar in albei daardie sinne sprake is van 'n "reg" om te handel. Hier moet die klem egter val op 'n belangrike teëstelling. Die "reg" in die eerste sin gee uitdrukking aan dit wat 'n persoon regtens *kan* doen terwyl die "reg" in die derde sin aandui wat 'n persoon regtens (met 'n regsobjek) *mag* doen. Die verskil tussen *kan* en *mag* kom daarmee in die gesigskring. Wat daardie betekenisverskil tussen *kan* en *mag* is, val nie maklik te verduidelik nie. Die bedoelde onderskeid blyk egter duidelik as 'n mens dit van die negatiewe kant besien, dus vanuit die gesigspunt van hy wat nie *kán* nie en hy wat nie *mág* nie. Die kind onder die ouderdom van 16 jaar *kán* nie 'n testament maak nie. Dit wil sê hy kan dit *waaragtig* nie doen nie. Al sou so 'n kind 'n dokument wat voorgee 'n testament te wees noukeurig volgens die voorskrifte van die Wet op Testamente opstel, onderteken en deur getuies laat onderteken, en al staan hy ook al op sy kop, sal daardie dokument steeds geen testament wees nie want hy *kán* eenvoudig nie die bedoelde verbod oortree nie.

Aan die ander kant, die persoon wat hom die gebruik van my eiendom aanmatig, doen dit hoewel hy dit nie mág doen nie. 'n Mens kan dus in stryd handel met voorskrifte van die reg wat bepaal dat jy nie mag nie. Kortom, as jy nie regtens kán nie, dan kan jy geheel en al nie; as jy nie regtens mág nie, dan is dit jou nie geoorloof nie maar dan kan jy nog steeds (hoewel jy dan natuurlik onregmatig optree).

Nou is dit vanuit akademiese oogpunt verkieslik om verskillende begrippe met verskillende terme uit te beeld en daarom doen ons aan die hand dat "reg" vervang word: in die eerste sin met "kompetensie", in die tweede sin met "subjektiewe reg" en in die derde sin met "bevoegdheid". Dus:

- 1 A het die *kompetensie* om 'n testament te maak.
- 2 B het 'n *subjektiewe reg* op die motor.
- 3 B het die *bevoegdheid* om met die motor te ry.

In die verbygaan kan daarop gewys word dat die Engelse taal hom nie tot so 'n woordonderskeiding leen nie. Sou 'n mens "right" vir "subjektiewe reg" reserveer, kan jy wel terme soos "competency", "capacity" of "capability" in die omskrewe betekenis van "kompetensie" gebruik, maar ek vind "bevoegdheid", in die sin van dit wat iemand met 'n subjektiewe reg regtens met die toepaslike regsobjek mag doen, onvertaalbaar. Dat dit sin het om aldus tussen die genoemde drie betekenisse van "right" te onderskei, kan met die volgende voorbeeld geïllustreer word.

Maasdorp *Institutes of South African Law* (vol 2 *The Law of Property* 9e uitg deur CG Hall) bl 25 definieer eiendomsreg as "the sum total of all the real rights which a person can possibly have to and over corporeal property." Hy stel "real rights" gelyk aan *jura in rem* (bl 9) en tabuleer op een plek die volgende *jura in rem*: besit, eiendomsreg, serwitute en hipoteke (bl 10). Vat 'n mens dit alles saam, kom jy tot die onsinnige konklusie dat eiendomsreg gelyk is aan eiendomsreg plus besit plus serwitute plus hipoteke. Hierdie onsinnigheid spruit uit die feit dat Maasdorp nie onderskei tussen "rights" in die sin van subjektiewe regte en "rights" in die sin van bevoegdhede nie. Wat Maasdorp eintlik wil sê, is dat eiendomsreg die somtotaal van sekere *bevoegdhede* is en dat besit, eiendomsreg, serwitute en hipoteke die verskillende (saaklike) *subjektiewe regte* is.

Teen hierdie agtergrond vervolgens enkele samevattende gedagtes oor kompetensies, regte en bevoegdhede.

Kompetensie gee uitdrukking aan dit wat 'n persoon regtens kán doen. Dit gaan nie om wat hy met regsobjekte mag doen nie maar bloot om dit wat hy as regsobjek kan doen. Die vermoë waaroor 'n

persoon beskik om bepaalde handeling in die regsverkeer te verrig, is sy kompetensies en dit waartoe hy regtens nie in staat is nie, daartoe is hy nie kompetent nie.

'n Persoon se kompetensies kan in verskillende groepe ingedeel word. Ek doen die volgende indeling aan die hand.

Eerstens is daar die kompetensie van 'n regs subjek om die ampte van 'n regs subjek te beklee waarby die kompetensie om draer te wees van die regte en verpligtinge, wat uit sulke ampte (bv 'n eggenoot, testateur, maatskappydirekteur, volksraadslid, ensomeer) voortspruit, inbegryp is. Hierdie kompetensie word gangbaar *regsbevoegdheid* genoem. Twee opmerkings kom hierby te pas. Van Zyl reserveer die term "regsbevoegdheid" vir die kompetensie om regte te hê en onderskei daarom naas regsbevoegdheid 'n sogenaamde "pligsbevoegdheid" (*Inleiding* bl 157). Tweedens moet daarop gelet word dat die term "regsbevoegdheid" verwarring kan stig omdat daardie woord inderdaad 'n kompetensie uitbeeld en nie 'n bevoegdheid in die derde omskrewe betekenis van "right" nie. Ek volstaan met die term "regsbevoegdheid" en met die inhoud van die begrip soos aangedui omdat daardie term in die omskrewe sin reeds só ingeburger is dat 'n woord soos "regskompetensie" dit nouliks sal kan verdring.

Die tweede soort kompetensie is die vermoë van 'n regs subjek om regshandeling aan te gaan, byvoorbeeld 'n testament te maak of 'n huwelik of 'n kontrak te sluit. Hierdie kompetensie word gangbaar *handelingsbevoegdheid* genoem. Hieroor ook enkele opmerkings. Wat hierbo in verband met die term "regsbevoegdheid" gesê is, geld ook *mutatis mutandis* vir "handelingsbevoegdheid". Verder moet daarop gelet word dat die woord "regshandeling" nie alle juridies relevante handeling insluit nie en ook 'n enger begrip is as "regmatige handeling". 'n Regshandeling is alleen daardie regmatige handeling waarby die reg in besonder notisie neem van die gevolge wat die dader met sy handeling beoog het en wel met die doel om daardie gevolge (vir sover dit regtens aan die wil van die dader toegereken word) te laat intree. Dit is naamlik daardie handeling waarby beginsels soos die *plus valet-reël* ter sprake kom. Die bekendste voorbeelde van regshandeling is die maak van 'n testament, die aangaan van 'n huwelik en die sluit van 'n kontrak. Die onderskeid tussen regsbevoegdheid en handelingsbevoegdheid kan eenvoudigerwys soos volg saamgevat word: Regsbevoegdheid dui op wat 'n persoon *is* en *het*; handelingsbevoegdheid dui op wat 'n persoon kan *doen*.

Die derde soort kompetensie gee uitdrukking aan die vermoë van 'n persoon om as eiser of verweerder in 'n hofgeding te kan optree, bekend as *verskyningsbevoegdheid* of *locus standi in iudicio*. Nogmaals moet gewys word op die verwarring wat kan ontstaan deur die gebruik van die term *-bevoegdheid* in hierdie sin.

Dan is daar ook nog die kompetensie van 'n persoon om onregmatig te kan handel, welke kompetensie verband hou met die persoon se toerekeningsvatbaarheid en die vermoë insluit om sowel misdade as onregmatige dade te kan pleeg.

En ten slotte moet gewys word op 'n reeks kompetensies wat miskien samevattend administratief- of publiekregtelike kompetensies genoem kan word, soos die kompetensie om te stem, 'n drank-, vuurwapen- of bestuurderslisensie te bekom, ensomeer.

Die *subjektiewe reg* kan vir die doeleindes hiervan kortweg gedefinieer word as die beskermde aanspraak van 'n regsobjek op 'n regsobjek, byvoorbeeld eiendomsreg ('n saaklike reg), outeursreg ('n immaterieelgoederereg), die reg van 'n persoon op sy goeie naam en aansien ('n persoonlikheidsreg) en die reg van 'n werkgewer op die dienste van sy werknemer ('n vorderingsreg).

'n *Bevoegdheid* gee inhoud aan die subjektiewe reg. Die term dui op dit wat 'n regsobjek met 'n regsobjek mag doen omdat hy 'n subjektiewe reg op daardie objek het. Dit wat 'n subjektief geregtigde persoon aldus geoorloof is om met die objek van sy reg te doen, kan saamgevat word as die bevoegdheid om die objek te geniet en daaroor te beskik.

In die onderhawige verband nog net 'n enkele woord: 'n Persoon se kompetensies spruit voort uit sy regsobjektiwiteit; 'n persoon se bevoegdhede spruit voort uit sy subjektiewe regte. Anders gestel, 'n persoon het kompetensies omdat hy 'n regsobjek is, hy het bevoegdhede omdat hy subjektiewe regte het.

REGSBEVOEGDHEID, HANDELINGSBEVOEGDHEID EN VERSKYNINGSBEVOEGDHEID

In die lig van die bostaande analise kom die gangbare definisie van regsobjektiwiteit daarop neer dat 'n regsobjek iets of iemand is met regsbevoegdheid. Regsbevoegdheid beteken naamlik (onder meer) die kompetensie om regte en verpligtinge te hê. Van Zyl se standpunt waarna hierbo verwys is, kom daarop neer dat 'n mens in jou omskrywing van regsobjektiwiteit van regsbevoegdheid, maar ook van handelingsbevoegdheid en verskyningsbevoegdheid, gewag moet maak.

Van Zyl se standpunt veronderstel vanselfsprekend dat *alle* regsobjekte (onder meer) handelingsbevoeg en verskyningsbevoeg is. Hierdie insig tref die kern van die meningsverskil waarom dit gaan. 'n Betreklik algemeen aanvaarde standpunt, wat aansluit by die omskrywing van regsobjektiwiteit in terme van alleen regsbevoegdheid, gee naamlik te kenne dat daar regsobjekte is wat nie handelingsbevoeg en verskyningsbevoeg is nie. Wat die Suid-Afrikaanse reg betref, word die *infans* en geestelik gekrenkte of gebrekkige persoon

(kranksinnige) gewoonlik in dié verband genoem. As dit wel so is dat sekere persone, soos die *infans* en die kranksinnige, nie handelingsbevoeg en verskyningsbevoeg is nie, kan regssubjektiviteit vanselfsprekend nie in terme van daardie kompetensies omskryf word nie.

Die kern van die vraag is dus of alle regssubjekte naas regsbevoegdheid ook handelingsbevoegdheid en verskyningsbevoegdheid het. Ons oorweeg die vraag eerstens aan die hand van die handelingsbevoegdheid van *infantes* en kranksinniges.

Almal is dit eens dat 'n *infans* en 'n kranksinnige nie 'n testament kan maak of kan trou nie. Die probleem kan dus, wat handelingsbevoegdheid betref, gereduseer word tot die kompetensie om kontrakte te sluit.

Die gangbare standpunt in dié verband kan soos volg geformuleer word: Die *infans* en 'n kranksinnige kan nie kontrakte sluit (byvoorbeeld 'n fiets koop) nie, die ouer of voog van die *infans* of die kurator van die kranksinnige moet dit vir en namens hom doen. Van Zyl se standpunt kan soos volg geformuleer word: Die *infans* en 'n kranksinnige kan wel sekere kontrakte sluit (byvoorbeeld 'n fiets koop), hulle kan dit net nie *self* doen nie - die ouer of voog van die *infans* en die kurator van die kranksinnige moet dit vir en namens hom doen.

Hierdie vereenvoudigde formulering van die standpunte waarom dit gaan, mag die indruk skep dat dit bloot 'n kwessie van aksent is, maar in der waarheid lê daar 'n *prinsipiële* konstruksie van die betrokke regsreëling ten grondslag aan die meningsverskil. Van Zyl sien dit naamlik só dat die handeling van die ouer of voog vir en namens die *infans* en van die kurator vir en namens die kranksinnige 'n handeling van die *infans* en die kranksinnige (respektiewelik) is. En daarmee het hy na my mening volkome gelyk.

Die ouer of voog van die *infans* en die kurator van die kranksinnige tree in die onderhawige verband as orgaan van die *infans* en die kranksinnige op, net soos byvoorbeeld 'n direkteur as orgaan van 'n maatskappy optree wanneer hy vir en namens die maatskappy kontrakte sluit. As A (*in casu* die ouer of voog van 'n *infans*) 'n fiets vir en namens B (die *infans*) by C koop, dan is B en C die kontrakspartye, B word eienaar van die fiets en B moet die fiets betaal. Dit is daarom prinsipiël verkeerd om te beweer dat B nie 'n fiets kan koop nie: hy kán, hoewel hy nie self kan optree nie maar van 'n orgaan gebruik moet maak om vir en namens hom te handel.

Só beskou, is die *infans* - en dit geld ook vir die kranksinnige - handelingsbevoeg. Sy handelingsbevoegdheid is wel beperk in tweeledige sin: eerstens is daar sekere regshandelinge wat die *infans* en kranksinnige glad nie kan aangaan nie; hulle kan byvoorbeeld nie 'n

testament maak, 'n huwelik sluit en 'n voorhuwelikse kontrak aangaan nie; en tweedens is hulle ten opsigte van daardie kontrakte wat hulle wel kan sluit, byvoorbeeld 'n fiets koop, self handelingsonbevoeg, dit wil sê hulle kan sulke kontrakte nie self sluit nie maar moet van 'n orgaan gebruik maak om dit vir en namens hulle te doen. Nogtans, ten spyte van hierdie beperkinge, is die *infans* en die kranksinnige wel handelingsbevoeg in die sin dat daar regshandeling is, by name sekere kontrakte, wat hulle wel met behulp van 'n orgaan kan sluit.

Dieselfde geld *mutatis mutandis* vir die verskyningsbevoegdheid van kinders wat nog nie jare van diskresie bereik het nie (die Suid-Afrikaanse reg opereer in dié verband nie met die *infans*-begrip nie), van kranksinniges en van ander persone wie se *locus standi* aan beperkinge onderhewig is.

Met 'n suiwer konstruksie van die prinsipaal-orgaanverhouding is die slotsom onvermydelik dat alle regssubjekte, wat die Suid-Afrikaanse reg betref, wel handelingsbevoeg en verskyningsbevoeg is. Dit mag daarom geoorloof wees om, náás regsbevoegdheid, ook handelingsbevoegdheid en verskyningsbevoegdheid by die begrip van regssubjektiwiteit te inkorporeer.

REGSUBJEKTIWITEIT

Hoewel dit so is dat alle persone ooreenkomstig die Suid-Afrikaanse reg regsbevoeg, handelingsbevoeg en verskyningsbevoeg is, kan daar nogtans redes bestaan waarom al hierdie kompetensies nie by die begrip van regssubjektiwiteit geïnkorporeer behoort te word nie. Enkele oorwegings moet in dié verband geld.

Hoewel die Suid-Afrikaanse reg aan alle persone regsbevoegdheid, handelingsbevoegdheid en verskyningsbevoegdheid toesê, moet in gedagte gehou word dat daardie kompetensies alleen by regssubjektiwiteit as regsfilosofiese begrip ingesluit kan word as dit in enige en alle regstelsels noodwendig aldus gereël moet word. Indien 'n regstelsel denkbaar is waarin persone, wat wel regssubjekte is, hoegenaamd nie (met of sonder die hulp van organe) regshandeling kan aangaan of as eiser of verweerder in 'n privaatregtelike geding kan optree nie, wil dit sê dat handelingsbevoegdheid en verskyningsbevoegdheid nie tot die essensie van regssubjektiwiteit behoort nie.

Kortom, dit is nie noodwendig doenlik om alle funksies wat deur regssubjekte in 'n bepaalde regstelsel vervul word, by regssubjektiwiteit in te begryp nie. 'n Mens moet deurdring tot die kern van regssubjektiwiteit *an sich* en jouself afvra waarin die wese, essensie of struktuur van regssubjektiwiteit noodwendig geleë is ten einde 'n begrip van regssubjektiwiteit te vind. Uiteraard sal jou slotsom in dié verband saamhang met jou siening van die wese/essensie/sinkern van die reg as sodanig. As 'n mens byvoorbeeld van die standpunt uitgaan dat die

linguale aspek van die werklikheid om simboliese betekening sentreer, sal jy die linguale subjek beskryf as hy wat betekenis aan simbole verbind terwyl die linguale objek dit is wat simbolies beteken word. Die feit dat die linguale subjek ook sinne maak, skryf, lees, praat, ensomeer hoef nie by jou begrip van linguale subjektiwiteit ingesluit te word nie. Soortgelyk, as 'n mens van die standpunt uitgaan dat die reg in sy wesenlike kern met regte en verpligtinge te make het, kan jy regssubjektiwiteit in terme van regsbevoegdheid definieer sonder om dus in jou definisie melding te maak van al die ander funksies op regsgebied wat deur 'n regsobjek vervul word, soos kontrak sluit, in die hof prosedeer, regsreëls positiver, misdade pleeg, ensomeer.

Sou 'n mens aan die ander kant vir jouself die taak wou stel om in jou omskrywing van regssubjektiwiteit in te gaan op al die subjektiewe funksies wat in die regslewe vervul word, dan betree jy die terrein van die bykans onmoontlike. En as jy 'n tussenweg verkies, doen die vraag hom voor waar die grens sinvol getrek moet word.

Wat spesifiek Van Zyl se omskrywing van regssubjektiwiteit betref, wil ek met twee algemene opmerkings volstaan:

Hierbo is vyf soorte kompetensies onderskei. Van Zyl inkorporeer drie daarvan in sy omskrywing van regssubjektiwiteit, naamlik regsbevoegdheid, handelingsbevoegdheid en verskyningsbevoegdheid. Moet 'n mens dan nie ook maar die kompetensie om onregmatig op te tree en die publiekregtelike kompetensies waarna verwys is in jou omskrywing insluit nie? Dit hang natuurlik weer met ander vrae saam. Ooreenkomstig die Suid-Afrikaanse reg kan alle regsobjekte onregmatig handel (*infantes* en kranksinniges kan byvoorbeeld misdade pleeg waarvan skuld nie 'n element is nie), maar is dit in alle regstelsels noodwendig so? Is 'n regstelsel wat aan bepaalde regsobjekte hoegenaamd geen publiekregtelike kompetensies verleen nie, denkbaar? Dan moet 'n mens natuurlik ook die moontlikheid voor oë hou dat die gemelde soorte kompetensies nie die bestaan van ander soorte kompetensies uitsluit nie.

Die tweede opmerking het betrekking op die samevattende definisie van regssubjektiwiteit waarvolgens 'n regsobjek die draer van kompetensies, regte en verpligtinge sou wees. Die kompetensies waarna verwys word, is klaarblyklik regsbevoegdheid, handelingsbevoegdheid en verskyningsbevoegdheid. Die vermoë om draer van regte en verpligtinge te wees, is reeds by regsbevoegdheid inbegryp en is daarom in die bedoelde definisie tautologies.

Hierdie paar slotvrae en opmerkings is nie bedoel om die afdoende antwoord aangaande die inhoud van regssubjektiwiteit te suggereer nie maar om gedagtes te prikkel ten einde 'n prinsipiële verantwoordbare omskrywing van regssubjektiwiteit te vind. □

Aspects of the law governing contingencies for which the testator has not provided

CJ Rowland

University of South Africa

(*Conclusion*)

There are probably two basic tests for necessary implication. They have been stated as follows by Burrows (*op cit* 407):

“The current tests for the implication of terms play a large part. Although one finds many different statements of them, it may be said that there are two basic tests: (1) that a term cannot be implied unless the parties must necessarily have intended it so that both would have answered ‘Oh of course’ to an officious bystander had he suggested it in negotiations and (2) that the term must be ‘necessary for business efficacy.’ These tests may be different statements of the same thing, they may be cumulative, or they may be different tests, either of which can be used; it is not certain. But neither of them is automatic of application; they both require a creative effort by the judge. In the one, he must guess at hypothetical intention, and in the other he has to place a meaning on ‘business efficacy,’ a very vague standard indeed!”

This statement emphasises the uncertain state of the law governing necessary implication in England. In South Africa in relation to wills a similar degree of uncertainty exists. The remarks which follow are in the nature of suggestions only, and it is admitted that these suggestions have not been adequately researched for this article.

(a) *The first test* - In order to impose a solution which seems to the court just and reasonable in the circumstances, the court establishes from the terms of the will in the light of the surrounding circumstances, the actual, underlying intention of the testator, to such a degree of certainty that “an intention to the contrary cannot be supposed,” and then the court extrapolates from that underlying intention, in the light of the will in the surrounding circumstances, assuming that the testator is a reasonable and just testator, until the court has found and formulated a reasonable solution in the circumstances. The court uses its own criteria of reasonableness and justice, to make a suitable provision for the circumstances. The extrapolation, it is submitted, must harmonise with the testator’s underlying and expressed intentions to

such a degree that an intention contrary to the provision formulated for the testator by the court cannot be supposed.

Thus, where the testator has specifically prohibited a particular solution to a problem which arises after his death, the courts will not "tear up" the will in order to use the prohibited solution, even though that solution might otherwise be reasonable - *In the matter of the minor Robert Cecil Glynn* 15 SC 29; *Ex parte Hodgson* 1917 CPD 457; *Ex parte Roberts* 1931 WLD 214; *Ex parte Richards* 1939 NPD 170; *Ex parte Dell's Estate* 1939 EDL 86; *Ex parte Burstein* 1941 CPD 87; *Ex parte Estate Rose* 1944 WLD 29.⁴⁸

(b) *The Second Test* - The court's freedom to imply terms is strictly limited in extent by the principle of freedom of testation. Thus, the courts will not imply a term *merely* because it would have been reasonable to imply the term suggested. It must be a *necessary* implication - necessary, (analogously to the phrase "to give business efficacy to the contract") to "avoid serious frustration of the testator's underlying intention." This will happen when circumstances arise or are found to exist for which the testator has failed to provide, or which his words apparently cover, but in a way which the circumstances show the testator probably did not intend - *Cuming v Cuming* 1945 AD 201 213 - provided that these circumstances are such that the testator's actual, basic intention (sometimes called his "real" or "true" intention) will be *frustrated* either because of anomalous, unreasonable results if the will is carried out literally, or because, if it is impossible to carry it out literally, bequests or provisions will fail. Both these tests are to be found in the following statement, which is, however, of much wider application. The statement is taken from *Ex parte Insel* 1952 1 SA 71 (T) 75:

"In these circumstances in my view this is one of the exceptional cases in which the court is entitled to sanction a departure from the terms of the will, to the extent which may be necessary to enable the wishes of the testator to be carried out, by authorising an increase in the allowance to be paid to the widow for the support of herself and the support and education of the children . . . In authorising a departure from the will the court should in my opinion be careful not to go further than is necessary for the purpose of enabling the scheme of the testator to be executed. As was pointed out by Schreiner J in *Ex parte Estate Lowenthal* 1939 WLD 78 at p 81, the testator has the right to have his plan carried out, and in my view the directions of the will should not be relaxed further than is rendered necessary by the unexpected change of circumstances which has called for the court's intervention."

⁴⁸(Cf Steyn *op cit* 88 and *Ex parte Dawoodji* 1961 2 SA 170 (SR). In *Dawoodji's* case the express prohibition seems to have been an important factor in the decision. In *Richards* and *Dell* the courts held that fixing a date for distribution amounted to an express prohibition of prior distribution. In the light of recent developments in relation to acceleration of benefits it would seem that this finding is not correct, but nevertheless, the principle that the courts should not override an express prohibition still stands.)

(c) Although some of the cases which deal with necessary implication in the sense with which we are here concerned appear to suggest that once the court has discovered that the underlying intention of the testator will be frustrated unless the court formulates and applies a suitable putative intention for the testator, the court *must* proceed to do this (*Ex parte Sampson* 1955 3 SA 228 (E) 231), it is submitted that this is not the position. Most of the cases in which the duty of the court in relation to necessary implication has been put in peremptory terms are cases which were, in fact, concerned with "necessary implication" in the sense of pure interpretation - *ie* where the testator *has* actually contemplated and provided for the situation as it exists - *Ex parte Vermaak* 1959 3 SA 254 (C) 258 and *Chapman v Ballim* 1968 2 SA 809 (D) 812C.

The doctrine of "necessary implication" as it applies to wills may be stated thus: The courts have an inherent power to alter or add to the terms of a will to the minimum extent necessary to prevent frustration of the testator's actual, underlying intention, where circumstances for which the will does not provide have arisen; provided that the alteration or addition be not contrary to the expressed intention of the testator; such alteration to be a fair and reasonable extension by the court of the actual underlying intention of the testator *in casu*. (It must be repeated that this statement is not intended to be taken as a denial of the existence of another form of necessary implication which is purely interpretation, as exemplified in *Chapman v Ballim* 1968 2 SA 809 (D)).

The use of the words "necessary implication" in the wide sense with which we are now concerned imports a fiction, namely that the court concerned is merely interpreting when it is in fact modifying the words before it.

Professor ADJ van Rensburg has stated in his thesis⁴⁹ that the only permissible type of fiction is the *verdeckte Verweisung* or concealed reference which acts as a type of legal shorthand without divorcing law from reality. Any fiction in which law really is divorced from reality must lead to "inkonsekwensies en onbillikhede" (at 134). It is conceded that use of the words "necessary implication" imparts a fiction of the objectionable type, and clearly, retention of the words results in conflicting court decisions, and as a result it will not be clear whether the court merely has the discretion, or whether it is obliged, to formulate and apply a putative intention for the testator. At present, all that can be said is that rules do evolve to deal with particular types of cases (for instance, the *si sine liberis decesserit* rule, the *cy-près* doctrine and now

⁴⁹ *Juridiese Kousaliteit en Aspekte van Aanspreeklikheidsbeperking by die Onregmatige Daad* Pretoria 1970 134 135, and see too the instructive *Legal Fictions* by Lon L Fuller, Stanford University Press Stanford 1967 esp pp 6-11 70 71 116 *et seq*.

the law dealing with acceleration of benefits), and where such rules evolve, the courts are bound to follow them in the absence of a contrary indication in the will. A full and consistent answer to the question will not be forthcoming until the fiction is eliminated, and when that happens the courts will be entitled *and obliged*, once they have discovered that the underlying intention of the testator will be frustrated unless the court formulates and applies a suitable putative intention for the testator, to formulate and apply his putative intention.

A further conflict arises as a result of the fiction. Courts which restrict themselves to the words themselves may be inclined to be too closely bound to the view that *actual* intention to imply the provision pleaded for must be proved, while other courts will be prepared to hold that a term is "implied" even where the testator had no actual intention that the implication be made. This kind of conflict is to be found in our cases. On the other hand, without denying the seriousness of these conflicts and the resulting uncertainty in the law, at least two advantages flow from retention of the name "necessary implication." Firstly, as Findlay and Kirk-Cohen have pointed out on p 152 of their article, the fiction provides a cloak under which the law is free to develop, while lip service continues to be paid to the old crystallised doctrines. Secondly, as Burrows points out on pp 406-7 of his article:

"But this phraseology of 'implied term' and 'intention' is useful and flexible; it really is the most effective way of ensuring that each case is fully examined on its facts. It does make superficial sense to say that if a matter really depends on what these parties intended, it cannot be relevant to look at rules laid down in earlier cases involving different parties. The implied term approach allows the court to come to a case as nearly untrammelled by precedent as the law can ever be, and to take into account all the relevant factors."

Ultimately, however, in the interests of legal certainty and consistency, the fiction will have to be discarded.

It is submitted that the doctrine of necessary implication in the wider sense covers the same ground as the other doctrine stated earlier in this article, namely that the courts have an inherent power to alter or add to the terms of a will in order to avert frustration of the testator's underlying intention. The identity of the two doctrines appears not only from the apparent identity of the requirements for the application of the two doctrines, but also from the fact that in cases like *Tomson supra*, *Sampson supra* and *Ex parte Smith* 1970 4 SA 122 (O) the identity of the two doctrines has been suggested, if not fully recognised.

The discussion which follows is intended, therefore, to apply equally both to the doctrine of "necessary implication" as described above, and to the general principle that the courts have the power to depart from a will to the minimum extent necessary to prevent frustration of the testator's underlying intention. It must be emphasised that the testator's underlying intention is an actual intention, and must

be sought out from the will in its "context" (in the sense that this word was given in *Cuming v Cuming* 1945 AD 201 210). The courts are, it is submitted, entitled in this search for the underlying intention of the testator to have regard to the surrounding circumstances, not only in order to fit the document to the outside world, and not only in order to put the court, as it were into the testator's "armchair," but it may refer to all the surrounding circumstances which are available to the court in cases of ambiguity, to the extent that this is necessary in order to determine the testator's underlying intention.⁵⁰

The importance of ascertaining the testator's underlying purpose as part of his intention is confirmed by the emphasis the courts have placed on "context,"⁵¹ in the cases dealing with interpretation.

The courts must in each case determine, not the meaning of the words apart from their context, but what the testator meant by using those words.⁵² There is always a contrary tendency to fail to look for the particular testator's intention, and instead to apply to the clause narrowly concerned in the problem dogmatic rules which have tended to become crystallised over the years, and which give to the particular phrase a single meaning, irrespective of its context. In applying rules of this kind uncritically the courts have occasionally tended to lose sight of the principle which underlies almost all the rules of this kind, namely, the desire to determine and give effect to the underlying intention of the testator. This danger and its effects are well illustrated by the history of the law governing accrual in cases of jointer *verbis tantum* in testamentary bequests. The reality of this danger, and the importance of avoiding it, have been increasingly recognised in our courts, not least in relation to the *ius accrescendi*.⁵³

The interpreter of a will has to determine the meaning of a phrase or word in a will, not *in abstracto*, but in its context. Thus, in *Furstenburg v Liebenberg* 1921 OPD 18 21 McGregor J said:

"... on seeking to catch the intention one should, speaking generally, have regard to the intention as expressed in the will. It all seems to amount to this, that we should, as a general rule, seek to interpret any term in the will in the

⁵⁰Generally on the admissibility of evidence of surrounding circumstances, see *Cuming v Cuming*; *Ex parte Froy: In re Estate Brodie* 1954 2 SA 366 (C); *Allen v Bloch's Estate* 1970 2 SA 376 (C); *Aubrey Smith v Hofmeyr* 1973 1 SA 655 (C). See Van der Merwe and Rowland 2 ed chapter VII.

⁵¹*Cuming v Cuming* 1945 AD 201 210.

⁵²*Cuming's* case *supra* at 206.

⁵³*Estate Kemp v McDonald's Trustee* 1915 AD 491 505; *Vaughan's Executrix v The Master* 1919 TPD 363 373; *Gordon's Bay Estates v Smuts* 1923 AD 160 165; *Cuming v Cuming* 1945 AD 201 214; *Van Zyl v Van Zyl* 1951 3 SA 288 (A) 291; CP Joubert 1953 *THRHR* 240 241; Van der Merwe and Rowland *op cit* 475 and for cases on this aspect of the *ius accrescendi* see Van der Merwe and Rowland 435 *et seq.* See too *Lello v Dales* 1971 2 SA 330 (A).

way that best harmonises with the general scheme or thought or *voluntas* underlying the will, *ie*, regard must be had to the context.”

Many cases may be found which illustrate the importance of finding and giving effect to the “general scheme or thought or *voluntas* underlying the will” (that is, the testator’s underlying intention). Many of the cases referred to above in connection with the variation of a will by the courts in order to avoid failure of a bequest or frustration of the testator’s intentions illustrate this point. *Ex parte Parker* 1968 1 SA 253 (C) 256D and 261E-F, and *Ex parte Jordaan* 1969 4 SA 413 (A) 418G-419 are strong cases.⁵⁴ Nearly all wills show, as part of the testator’s underlying intention, a basic plan or scheme of distribution involving a number of legacies of specific property belonging to the testator, or even belonging to third persons, and a bequest of the residue of the estate which may be divided between a number of heirs. The testator is usually aware of the approximate size of his estate, and in drawing up his will he normally intends to achieve a particular proportion or ratio between the legacies *inter se* and between the legacies as a whole and the residue. These proportions or ratios are a central, underlying part of his intention, and must never be lost sight of in interpreting a will. In accordance with the principle stated in *Furstenburg v Liebenberg* (*supra*), if the basic scheme of distribution is a major aspect of the testator’s underlying intention (the scheme or *voluntas* of the will), then any particular word or phrase in the will should, other things being equal, be interpreted so as to preserve and give effect to the testator’s basic scheme of distribution. Interpretations which have the effect of altering this express or implied ratio should be avoided. A corollary of this principle would be that a bequest of specific property means *prima facie* that the testator’s primary, underlying intention is to benefit the legatee concerned, preferably, but not absolutely necessarily, by giving him the property concerned. If it is *in casu* impossible to carry out the will literally by giving the actual property bequeathed to the beneficiary, then the court should make a reasonable extension of the testator’s underlying intention, and alter or add to the will to the minimum extent necessary to avoid frustration of the testator’s underlying intention, which includes his scheme of distribution. This would mean, in many cases, giving the legatee the *value* of the property actually bequeathed. There are at present several areas of the law in South Africa in which this reasonable extension of the testator’s underlying intention has become so well recognised as proper that it is no longer a discretionary *ad hoc* activity by the courts, but a clear rule of law, *requiring* this to be done. Some such areas of the law have been described above: another may be mentioned here.

⁵⁴Other cases are mentioned in Van der Merwe and Rowland 463 464; and *cf* *Breytenbach v de Villiers* 1959 4 SA 560 (T) 564D; *Wilz v Gouws* 1961 4 SA 222 (T) 225.

If property belonging to a third person is bequeathed by the testator, the bequest is effective if the testator knew that the property belonged to a third person, but not if the testator did not know this. If the third person refuses to part with the object bequeathed, the legatee is entitled to its value.⁵⁵

This rule, and the reasons behind it, indicate recognition of the principle that the testator has a basic underlying scheme of division which the law maintains and preserves. If the testator knew that the property belonged to another, then he knew that its purchase price, which will normally be a measure of its value, must be taken from the residue of the estate. If the property cannot be bought because the owner will not sell, then it would frustrate the testator's underlying purpose or scheme of distribution to insist that the legacy should fail. The law in effect, therefore, builds onto the testator's underlying intention, and so the bequest is read as a bequest of the property itself or its value. If, however, the testator did not know that the property belonged to another, then the law does not require the residue of the estate to be depleted by the bequeathed property's value for the benefit of the legatee, for, *ex hypothesi*, the bequest is made under a misconception which, if the will were to be carried out, would negate the underlying intention of the testator which includes his basic scheme of distribution.⁵⁶ These rules are in accordance with the decision in *Ex parte Lategan* 1943 CPD 567.

These rules are subject to an instructive exception, which was recognised in Roman as well as in Roman-Dutch law. This exception, by departing somewhat from the principle that the testator's basic scheme of distribution must not be upset, shows that the basic scheme of distribution is not absolute, but only one of the elements in the actual, underlying intention of the testator. The rule provides that the bequest of property belonging to a third person is effective, and the property, or (if the property cannot be given because the third party will not part with it) its value must be given to the legatee, even if the

⁵⁵Van der Merwe and Rowland *op cit* 230 *et seq* 398 399. The reason given in Justinian's *Institutes* 2 20 4 - Sandars' translation - is: "if he had known it he would not perhaps have left such a legacy." In an analogous case the *Digest* (31 67 8) - Scott's translation - says: "relief should be granted heirs to prevent them from being compelled to purchase property which the testator bequeathed under the impression that it was his own. For men are much more inclined to bequeath their own property than to purchase that of others, and thereby impose a burden upon the heirs . . ." Voet 30-32 26 gives the same reason.

⁵⁶*Cf* the remarks of Banks J in *Ex parte Adams* 1964 2 SA 135 (C), 137 138: "The reason underlying this position seems to be that a testator would realise that his executor would have to utilise money in the estate to purchase such property if he knew the property belonged to a third party but not if he thought the property was his own."

testator did not know that the property did not belong to him, if the legatee is the testator's wife or other close relative.⁵⁷ The reason behind this rule seems to be that even if the testator had been aware that the property belonged to a third person, he would still have left it to his close relative, because a testator will normally go out of his way to benefit such a person. Contrariwise, a testator will presumably not have so strong an intention to benefit a more distant relative or a stranger. (The rule might seem to go too far, but this is not necessarily so, for this is a case where effect is given to the bequest *as written*, because the probable intention of the testator is not so clearly contrary to the effect of the words of his will that the law must depart from his words in order to prevent frustrating his basic intention.) This exception is therefore based on seeking out the testator's basic intention, and, where necessary, making the minimum changes necessary to avoid frustrating this intention.

There are many other circumstances which can help to indicate the testator's probable underlying intention in the actual case before the court, but little purpose would be served in trying to list these possible types of indication. Some of these indications will appear from the remainder of the will in its context, while some of them, like the well-recognised rule that the testator will tend to prefer close relatives to strangers or that he wishes to treat his children equally, arise out of the fact that the testator is part of common humanity. Either way, they serve to indicate the probable actual underlying intention of the testator. They cannot usually go all the way, and indicate exactly *how* the actual testator *in casu* would probably have dealt with the circumstances as they are found to be. This last step must be taken by the courts using their own criterion of reasonableness to create a new provision in the will in order to avoid frustrating the testator's probable, actual, underlying intention.

Apart from the rules and principles set out above, the South African law does not allow the courts to vary the terms of a will. As has been pointed out, the main grounds for variation are impossibility, or, where the terms are capable of being carried out, the results of doing so are so inconvenient or anomalous that they amount to a frustration of the underlying intention of the testator. These exceptions to the general principle that the courts must enforce the provisions of a

⁵⁷*C* 6 37 10; *D* 34 2 10; Voet 30-32 26. Scott's translation of *C* 6 37 10 reads: "When anyone knowingly bequeaths property which belongs to another, whether it be a legacy or has been left under a [fideicommissum], it can be claimed by him who has a right to it under either of these titles. If, however, when the testator bequeathed it, he believed it to be his own the bequest will not be valid unless it was left to a near relative, to his wife, or to some other such person; and this will be the case even if he was aware that the property did not belong to him."

will be recognised both in English and in American law.⁵⁸ Scott *on Trusts*, s 167 p 1280 states, in relation to trusts, that where there is a change of circumstances such that compliance with the terms of the trust is not impossible, but would defeat the purposes of the trust, the court has the power to vary the terms of the trust.

“In all these cases the court in conferring power upon the trustee is attempting to prevent the failure or substantial impairment of the purpose for which the settlor created a trust. It is permitting the trustee to do, not what the settlor intended to permit him to do, but what it thinks the settlor would have intended to permit if he had known of or anticipated the circumstances which have happened.”

Both in England and in the United States the *mere* benefit of the beneficiary is *not* on its own sufficient, in the absence of statutory authority, to allow the court to sanction the trustee's departure from the terms of the trust.⁵⁹ The courts in England have wide statutory powers, however, to consent to variation of trusts merely for the benefit of the beneficiary, (section 53 of the Trustee Act 1925 and the Variation of Trusts Act 1958) or for the purposes of administration in management (section 57 of the Trustee Act 1925). Under the Settled Land Act 1925 (section 64) the tenant for life has the power under an order of court to deal with settled land as if he were absolute owner, if, in the opinion of the court it would be for the benefit of the settled land, or the persons interested under the settlement.⁶⁰ Many jurisdictions in the United States have statutes allowing sale or mortgage where this is in the best interest of the beneficiaries. The court also has the power to accelerate income or principal in certain cases. In the United States:⁶¹

“Even though the settlor has expressly forbidden what the court permits to be done, the theory is that he would not have forbidden it, but on the contrary would have authorised it, if he had known of or anticipated the circumstances. In so doing the court is not interpreting the terms of the trust, but is permitting a deviation from them in order to carry out the purpose of the trust. If it appears that the settlor did, however, anticipate the circumstances and clearly provided that the trustee should nevertheless have no power to act in such a way as to prevent the failure of the trust, it would seem that the court would not be justified in permitting the trustee so to act . . .”

In England, a trust may be terminated or varied by the mere agreement of the beneficiaries, if they are all *sui juris* and their rights have vested⁶² even if some trust purposes have not been carried out. In the

⁵⁸See, in relation to trusts, Pettit *Equity and the Law of Trusts* Butterworths London 1966 254 *et seq*; Underhill's *Law of Trusts and Trustees* 12th ed 1970 Butterworths London 311 *et seq*; Scott *on Trusts* 3rd ed 1967 Little, Brown & Co Boston ss 165 167.

⁵⁹*Cf* Underhill *op cit* 292; Scott *op cit* s 167 p 1279.

⁶⁰*Cf* Pettit *op cit* 253 - 262.

⁶¹Scott *op cit* s 167 p 1280.

⁶²Pettit *op cit* 253 284 316.

USA most jurisdictions uphold the trust if a material, underlying purpose of the settlor of the trust is still capable of fulfilment.⁶³

It is clear that the South African law is very conservative and restrictive in this field, and that there may well be reason to consider the possibility of enacting legislation to give the courts substantially greater powers to vary testamentary provisions than they have at present.

In a most valuable and enlightening article PW van der Ploeg in *Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-Ambt en Registrasie* 22nd May 1965 p 265 *et seq* gives an outline of Continental rules governing the power of the legal processes which can be used to take care of situations arising out of circumstances which the testator never foresaw. Van der Ploeg deals with several Continental systems, and his article would constitute a useful starting-point for an analysis of the problem in terms of Continental law. No such analysis is undertaken in this article. One striking point is however that German law apparently takes the question of "ergänzende Auslegung" (or "aanvulling" in Dutch) a very long way. □

APPENDIX

EX PARTE HC GODRICH (Transvaal Provincial Division)

10th December 1943

For the Applicant: Adv G Findlay

Adv D Gould as *curator ad litem* to the grand-children born or unborn

BARRY JP: This is an application which comes before the court under s 102 of Act 46 of 1935 in which the applicant asks the court to make a declaratory order.

The petition and affidavits show that the applicant carries on business as a miller at Bronkhorstspuit. This is the principal asset in the joint estate of himself and his late wife who died early in this year. The applicant has drawn attention to the fact that he has from time to time furnished security to the Wheat Industry Control Board, that the guarantee at the present time is in the neighbourhood of £7,000.0.0., and that he is unable to find that amount in view of the provisions of the will. In order to overcome the difficulty that presents itself to him, the applicant proposes to refuse to adiate under the terms of the joint will between himself and his late wife, and in that event he will receive his half share of the estate which accrues to him by virtue of the marriage in community, and the other half would accrue to the applicant's children. The only question that is exercising the applicant is whether the remaining half share vests at once in his children. The question of unborn children being affected has been recognised and a *curator ad litem* appointed to represent them and to appear in court, and he supports the application. The six children of the applicant and his late wife are all majors and have proposed, in the event of the applicant adiating and the property vesting at once in them, to donate their half share of the property to the applicant for the purpose of the business.

⁶³*Cases on Trusts and Succession* by Palmer and Wellman Foundation Press Brooklyn 1960 464-475; Scott *op cit* s 337.

Two questions arise in this application: firstly whether this is a proper case to be dealt with under s 102 of the act, and on the authorities to which Mr *Findlay* has referred the court I do not think that there can be any doubt that this is such a case. Then the court is asked to predetermine the position on behalf of the applicant and also on behalf of the children in the event of the applicant not adiating in terms of the will. The question that the applicant is concerned with is, as I have indicated, whether the remaining half share would vest at once in his children so as to enable them to carry out their purpose of donating that half share to him.

The will appoints Barclays Bank to be the executor and administrator of the joint estate, and a further provision is that the children are appointed sole and universal heirs. Then provision is made in the event of the applicant predeceasing the testatrix, when a trust is created: the bank carries on the business and pays the income to the testatrix until her death and then divides the joint property amongst the children. In the event of the testatrix predeceasing the applicant then it is provided that the bank is to hand over the joint estate to the applicant to be used by him for his benefit until his death.

It seems to me that the predominating consideration under the will is the benefit of the heirs. It is clear that the children were appointed the sole and universal heirs, with an interest in the income as far as the testatrix was concerned if she survived the applicant, and the benefit of the estate if the applicant survived the testatrix. The circumstances of the will are similar to those in the case of *In re Estate Van Zyl* 1931 CPD 301. In that case, too, there was a joint will and there was a renunciation by the testatrix of her rights under the will. When she renounced her rights the children applied at once for an order authorising transfer to them of the property in the estate free of any encumbrances. It seems to me that the decision in that case is in point, and that the effect of the applicant renouncing his rights under the joint will will be that the children are entitled at once to their half share of the remaining portion of the joint estate.

The court, therefore, will declare that, in the event of the applicant repudiating his half share in the joint estate, the other half-share will forthwith vest in the children. The costs of this application, including those of the *curator ad litem*, will be paid out of the joint estate.

MARITZ J: I agree.

Theodore Roosevelt:

"I may not know much about law, but I do know one can put the fear of God into judges."

Aantekeninge

BLANKO SPASIES

Dit is in die moderne sakewêreld geen onbekende verskynsel dat kontrakpartye gebruik maak van voorafgedrukte of -getikte kontrakvorme wanneer hulle 'n kontrak wil sluit of 'n kontrak op skrif wil laat stel nie. Na aanleiding van hierdie gebruik kan daar natuurlik probleme ontstaan. Hieronder word daar gewys op enkele probleme wat voorkom wanneer die gedrukte of getikte vorm nie behoorlik voltooi word nie.

I

Die eerste soort geval waarna verwys kan word, is dié wat voorkom waar die een party sonder 'n voorafgaande ooreenkoms 'n gedeeltelik voltooide kontrakvorm aan 'n ander party wegstuur. Sy optrede is vatbaar vir verskeie vertolkings:

- 1 Hy is besig om 'n uitnodiging aan die ander party te rig om met hom te onderhandel oor die sluiting van 'n kontrak met sekere bedinge soos deur hom aangedui in die voltooide gedeeltes van die vorm. Die blanko spasies dui aan die onderwerpe waaroor daar onderhandel moet word ten einde tot volle wilsooreenstemming te kom.
- 2 Hy is besig om 'n aanbod aan die geadresseerde te maak wat die geadresseerde kan aanneem.

In die laasgenoemde geval sou daar geredeneer kan word dat die aanbod beperk is tot die ingevulde gedeeltes van die vorm. Die geadresseerde sou die onvoltooide gedeeltes van die vorm kan deurhaal en die werklike aanbod kan aanneem. Aan die ander kant kan die geadresseerde die onvoltooide gedeeltes voltooi en die vorm terugstuur aan die aanbieder. Omdat 'n aanname met die oorspronklike aanbod moet ooreenstem en dit nie die geval is as die geadresseerde die vorm voltooi en teken nie, beteken dit dat hy in so 'n geval 'n teenaanbod aan die aanbieder maak. Die aanbieder kan dan die teenaanbod van die hand wys.

In die regspraak is daar egter duidelike aanduidings dat die howe gevolg sal gee aan 'n bedoeling van die afsender van die onvoltooide dokument om gebonde te wees aan wat die geadresseerde ook al daarop invul sonder om verdere instemming van sy kant af te vereis.

In *Inrybelange (Edms) Bpk v Pretorius* 1966 2 SA 416 (A) sê appèlregter Botha op 425:

“Sou die opsiegewer moontlik bedoel het dat die oop ruimtes deur die opsiehouer voltooi moes word, sou hy geen beswaar kon gemaak het indien die opsiehouer ’n tydperk of datum ingeskryf het wat onder die omstandighede redelik sou gewees het nie.”

Ook in *National & Grindlays Bank Ltd v Yelverton* 1972 4 SA 114 (R) 118 kry ons dieselfde gedagte:

“If a person signs what is on the face of it an inchoate agreement . . . he must . . . be taken to have intended, in the absence of allegations to the contrary, that the contract should be made choate by filling in the blank spaces.”

Die verklaring vir hierdie soort geval is onvermydelik dat die aanbieder aan die geadresseerde ’n volmag gee om namens die aanbieder met die geadresseerde te kontrakteer. Die geadresseerde wat die vorm voltooi, kontrakteer teoreties met homself namens die aanbieder. Dit spreek dan vanself dat die voltooiing van die vorm ooreenkomstig die volmag van die geadresseerde moet geskied of, anders gestel, ooreenkomstig die wil en bedoeling van die aanbieder. As niks besonders in die korrespondensie of mededelings tussen die partye gesê is nie, dan moet die maatstaf van redelikheid geld. Soos uit die dictum hierbo blyk, sal daar nie beswaar kan wees teen die invulling van redelike bedinge nie. Teen die onredelike kan die aanbieder en volmaggewer wel in verzet kom en die ooreenkoms soos voltooi in die geheel verwerp.

II

’n Volgende geval is waar die partye mondeling ooreenkom en dan hulle ooreenkoms op skrif stel deur ’n gedrukte kontrakvorm in te vul. As hulle nie al die blanko spasies in die kontrakvorm òf voltooi òf deurhaal nie, dan ontstaan die vraag of hulle ooreenkoms onbehoorlik of onvolledig opgeteken is dan wel of hulle ooreenkoms as sodanig onvolledig is en dié onvolledigheid net weerspieël word in die onvoltooide toestand van die kontrakvorm. As dit sou blyk dat die kontrakvorm bedinge bevat oor aangeleenthede waaroor die partye geen ooreenkoms aangegaan het nie, is die onvoltooide gedeeltes van die kontrakvorm eintlik oortollige of onnodige gedeeltes en behoort dit as *pro non scripto* beskou te word. As die partye wel ’n ooreenkoms bereik het oor aangeleenthede waaroor die onvoltooide gedeeltes handel, is die posisie dat hulle ooreenkoms nie volledig op skrif gestel is nie. Maar as die partye van voorneme was om nog oor daardie onderwerpe te onderhandel en hulle nog nie tot enige verstandhouding in verband met daardie aangeleenthede gekom het nie, is hulle ooreenkoms onvolledig en is daar geen voltooide *consensus* tussen die partye nie.

Die saak kan toegelig word deur ons gewysdes.

In *Miller & Miller v Dickenson* 1971 3 SA 581 (A) bevat die kontrakvorm 'n klousule wat lui:

"All notices required shall be sent by registered post to which address the purchaser accepts as his *domicilium citandi et executandi* for the purposes thereof."

Die bedoeling agter die insluiting in die kontrak van 'n beding met die bogenoemde strekking sou wees om die gewone reëls van die gemene reg dat 'n kennisgewing die geadresseerde moet bereik ten einde werksaam te wees, te vervang met 'n ooreengekome reëling dat dit vir doeleindes van die bepaalde kontrak voldoende sal wees as die kennisgewing na 'n bepaalde adres gestuur word, hetsy dit die geadresseerde bereik al dan nie. Die beslissing van die hof was dat die partye wel so 'n bedoeling gehad het maar dat hulle nie wilsooreenstemming bereik het oor die adres waarheen die kennisgewing gestuur moes word nie. Daar word vervolg:

"Because an address was not inserted in clause 17 (*die tersaaklike klousule*), the parties did not agree to which address the warning notice from the sellers had to be sent to, and *prima facie* it becomes the duty of the sellers to bring to the actual notice of the purchaser the fact that they were demanding payment of the arrear instalments within the time agreed upon." (588).

(Sien ook *Miller v Mulbarton Gardens (Pty) Ltd* 1972 1 SA 328 (T) 330-1.) Die gevolg is dat die betrokke klousule nie in werking gestel kon word soos deur die opsteller van die kontrakvorm (nie noodwendig die partye nie) beoog is nie en dat die reëlende reg in die plek daarvan geld. Waar die kontrak deelbaar is, skyn dit in orde te wees dat die hof 'n sekere klousule nie afdwing nie terwyl dit ander wel afdwing (sien *Van de Pol v Silbermann* 1952 2 SA 561 (A)).

'n Verdere voorbeeld vind ons in *Blundell v Blom* 1950 2 SA 527 (W). Die kontrak het die koopprys van bepaalde onroerende goed genoem en het dan bepaal:

"I agree to pay the sum of as a deposit, immediately on the signing hereof . . . The balance is to be paid by me in cash against registration."

Hieruit is dit duidelik dat die partye dit in die vooruitsig gestel het dat die koper 'n deposito sou betaal by die ondertekening van die kontrak maar dat die kontrakvorm voltooi is sonder dat dit blyk wat hulle oor hierdie saak ooreengekom het. Die hof sê:

"It seems to me that the result is that he (*dit wil sê die verkoper*) waived the right to claim any deposit, and I agree with Mr. Coetzee that the way to interpret this part of the document signed by both parties with the blank in it is that the parties agreed that no deposit was to be paid on the signing of the contract."

Die hof vertolk die skriftelike stuk en kom tot die gevolgtrekking dat die partye geen ooreenkoms oor die onderwerp bereik het nie sodat

geen deel van die prys by ondertekening betaalbaar was nie maar die hele prys eers by transportgewing betaalbaar was. Die *waiver* waarvan daar melding gemaak word, is die negering of die skrapping van die onvoltooide beding.

Die partye kan natuurlik self 'n aanduiding verskaf dat hulle 'n bepaalde beding wil deurhaal of negeer en wel deur 'n streep deur die blanco spasie te trek. In *Oosthuizen v Wentzel* 1957 1 SA 653 (W) het die kontrak voorsiening gemaak vir die versekering van die koopsaak deur die koper vir 'n bedrag wat nie minder sou wees nie as 'n bedrag wat in 'n bepaalde blanco spasie ingevul moes word. 'n Streep word deur die spasie getrek en die hof sê na aanleiding daarvan:

“Myns insiens het die verkoper, in wie se guns die assuransie-bepaling is, afgesien van die assuransieverpligting deur die ruimtes oop te laat, of meer pertinent nog deur hulle te deurstreep.”

Die hof kom eintlik tot die gevolgtrekking dat die klousule negeer moet word en dus dat dit *pro non scripto* gereken moet word.

Daar moet ten slotte verwys word na die moontlikheid dat die kontrak soos dit op skrif gestel is juridies betekenisloos of nietig kan wees. In *King v Potgieter* 1950 3 SA 7 (T) was daar klousules insake die datums waarop paaiemente betaal sou word, van rente op die prys verskuldig en van die datum waarop besit aan die koper gegee sou word nie voltooi ten tye van die ondertekening nie. Na ondertekening is die betrokke klousules wel voltooi maar die hof neem nie daarvan kennis nie want die vraag waarmee dit besig was, was of die kontrak ten tye van die ondertekening daarvan geldig was. Daar word tot die gevolgtrekking gekom dat die kontrak ten tye van die ondertekening nie ten volle op skrif gestel is nie en, omdat die opskrifstelling van die kontrak ten tye van ondertekening by implikasie deur 'n statuut in die bepaalde geval voorgeskryf was, dat dit nietig was.

'n Mens sou die posisie soos volg kan weergee: Die partye is van voorneme om na die ondertekening wilsooreenstemming te bereik aangaande die aangeleenthede wat nog ingevul moet word. Wanneer hulle later wilsooreenstemming bereik, is daar 'n volledige ooreenkoms tussen hulle maar die vraag of dit juridies werkbaar is, hang af van die voorskrifte insake vormvereistes vir die betrokke soort kontrak. In die reël vereis die voorskrifte insake vormvereiste, by implikasie indien nie uitdruklik nie, dat die kontrak volledig opgeteken moet word voordat dit onderteken word. Opskrifstelling en ondertekening is nie afsonderlike vereistes waaraan daar onafhanklik van mekaar voldoen kan word nie. Ondertekening volg volledige opskrifstelling.

DJ JOUBERT
Universiteit van Wes-Kaapland

“ADVERSE USER” EN DIE NUWE VERJARINGSWET

Verjaring word reeds sedert 1 Desember 1970 gereël deur die Verjaringswet, 1969¹ wat die Verjaringswet, 1943² vervang het. Waarskynlik in afwagting van ’n reeds aangekondigde volledige behandeling van die Suid-Afrikaanse verjaringsreg het weinig kommentaar op die nuwe wet tot dusver verskyn. ’n Enkele vraag verdien egter, myns insiens, om aan die orde gestel te word, en dit naamlik die vraag hoe die vereiste van “adverse user” in die lig van die nuwe wet beoordeel moet word.

Artikel 2(1) van die Verjaringswet, 1943 het geen verwysing na “adverse user” as ’n vereiste vir verkrygende verjaring bevat nie, behalwe vir sover as wat die prekaris deur die vereiste van *nec precario*-besit belet is om op verkryging deur verjaring aanspraak te maak.³ Die houe het egter die standpunt ingeneem dat die wet nie ’n kodifikasie is “in the sense of attempting to set out exhaustively, or as exhaustively as can be done in a code, all rules and principles by which that branch of the law is in future to be applied. It was intended to clarify or settle certain aspects of the law . . .”⁴ Hierdie benadering het die weg geopen vir die neerlegging van addisionele vereistes buite om die vereistes wat uitdruklik in die wet neergelê is, soos wat dan ook met die vereiste van “adverse user” gebeur het.

In *Payn v Estate Rennie*⁵ word “adverse user” met goedkeurende verwysing na *Bell’s South African Legal Dictionary* gedefinieer as “the use and enjoyment of a thing without molestation by, and in conflict with the rights of the owner thereof.” Voor 1954 kom die term “adverse user” dikwels in ons gewysdes voor,⁶ maar dit skemer telkens deur dat die begrip as ’n element van die besitsvereiste beskou is. So word bv in *Malan v Nabygelegen Estates*⁷ die volgende gesê: “. . . mere occupation⁸ of property *nec vi, nec clam, nec precario* for a period of thirty years does not necessarily vest in the occupier a prescriptive title to the ownership of that property. In order to create prescriptive title, such

¹wet 68 van 1969.

²wet 18 van 1943.

³A 2(1) lui soos volg: “Verkrygende verjaring is die verkryging van eiendomsreg deur die besit van ’n ander se roerende of onroerende goed of die gebruik van ’n serwituut ten opsigte van onroerende goed, voortdurend vir dertig jaar, *nec vi, nec clam, nec precario*.”

⁴*Swanepoel v Crown Mines Ltd* 1954 4 SA 596 603. Sien ook *Dambuza v Estate Mckwa* 1946 NPA 94.

⁵1960 4 SA 261 262.

⁶Sien bv *Gifford v Owen, Hopley, Arnold and Fagaza* 1916 NPD 197; *Welgemoed v Coetzee* 1946 TPD 701 en *Malan v Nabygelegen Estates* 1946 AD 562.

⁷*supra* 574.

⁸ie kursivering.

*occupation*⁹ must be a user adverse to the true owner and not *occupation*¹⁰ by virtue of some contract or legal relationship such as lease or usufruct which recognises the ownership of another." Dit is opvallend dat die hof die term "occupation" gebruik en nie "possession" nie, terwyl dit algemeen aanvaar word "that the possession required of the claimant in prescription is the full juristic possession - *possessio civilis* - the holding or detaining of the corporeal thing with the intention of keeping it for oneself."¹¹ Daar kan kwalik aan die gedagte ontkom word dat die hof die standpunt inneem dat okkupasie (of feitelike beheer) plus "adverse user" gelykstaande is aan *possessio civilis*.

In 1954 word, veral in die uitspraak in *Pratt v Louwrens*¹² "adverse user" uitdruklik as 'n addisionele verjaringsvereiste gestel: "Notwithstanding the wording of s 2(1) of Act 18 of 1943, it is a mistake to suppose that prescriptive title depends solely upon thirty years continuous possession *nec vi, nec clam, nec precario*. In addition, such possession must be adverse to the true owner . . . If the possessor acknowledges the rights of the owner, his ownership *ipso facto* ceases to be adverse to him." Ooreenkomstig hierdie standpunt kan 'n besitter dus nooit aanspraak maak op die loop van verjaring as hy eenmaal die eiendomsreg van die eienaar erken het nie. In dieselfde jaar bevestig die appèlhof dié standpunt in *Swanepoel v Crown Mines Ltd.*¹³ Van belang vir die verdere bespreking hieronder is die feit dat die hof die vereiste van "adverse user" in verband bring met die huurder en vruggebruiker: ". . . the act does not mention adverse user, yet it is inconceivable that the act could have intended that, *eg* a lessee or a usufructuary of property . . . should become its owner if his occupation lasts for thirty years."¹⁴ Ongelukkig word weer eens die term "occupation" en nie "possession" nie, gebruik.

Na 1954 word steeds pogings aangewend om "adverse user" nie as selfstandige vereiste nie maar wel as 'n element van besit te sien. In *Campbell v Pietermaritzburg City Council*¹⁵ word die uitleg wat hierbo aan die dictum uit *Malan v Nabygelegen Estates* gegee is, in alle opsigte onderskryf: ". . . if the court is satisfied that there was *possessio civilis* in the sense in which the phrase was explained in *Welgemoed v Coetzer, supra*, it is superfluous to enquire whether there was adverse user and that if, on the other hand, the court is satisfied that possession was *nec precario* and adverse to the owner's rights, it will also have been

⁹ie kursivering.

¹⁰ie kursivering.

¹¹*Welgemoed v Coetzer supra* 712.

¹²1954 4 SA 281.

¹³*supra*.

¹⁴*supra* 604.

¹⁵1966 2 SA 674 680.

civilis possessio.” Ook in *Albert Falls Power Co (Pty) Ltd v Goge*¹⁶ verklaar regter Jansen onomwonde: “I do not wish to be understood to hold that ‘possession adverse to the owner’ is anything more or less than *possessio civilis*.” Telkens word dit egter ook uitdruklik gestel dat “adverse user” ’n addisionele vereiste is.¹⁷

Dit moet egter sterk betwyfel word of dit inderdaad korrek is om “adverse user” as ’n element van of as gelykstaande aan *possessio civilis* te beskou. Dit is volkome korrek dat ’n besitter kragtens die een of ander titel geen “adverse user” is nie en nie *possessio civilis* het solank as wat hy *bona fide* optree nie. Solank as wat hy as vruggebruiker, huurder, prekaris edm optree, ontbreek dit hom aan die *animus domini*. Die vraag is egter juis wat die posisie sou wees indien sodanige besitter *mala fide* homself as eienaar begin voordoën en daar benewens feitlike beheer nou ook die bedoeling om as eienaar te hou, aanwesig is. Sou verjaring nou wel ten gunste van hierdie besitters loop?¹⁸ Indien “adverse user” as ’n addisionele vereiste vir verjaring geld, is die aanspraak van hierdie besitters natuurlik uitgesluit omdat daar eenvoudig nie “in conflict with the rights of the owner” besit word nie. Indien “adverse user” geen addisionele vereiste is nie kan die loop van verjaring alleen belet word indien geredeneer word dat sodanige besitter nie besit nie, geen *possessio civilis* het nie. ’n Eerste argument wat ten gunste van hierdie redenasie geopper kan word, is die standpunt dat die eienaar steeds *possessor jure civili* bly en die vruggebruiker edm dus nooit *possessio civilis* kan hê nie. Andersyds kan geargumenteer word dat besit wat eenmaal kragtens die een of ander titel verkry is nie eensydiglik in *possessio civilis* omskep kan word nie. ’n Analogie vir hierdie redenasie kan miskien gevind word in die Romeinsregtelike reël van *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* wat deur Kaser¹⁹ soos volg verduidelik word: “. . . a person who had no *iusta causa* could not himself create one at will (and so require civil *possessio*); in particular, the mere detentor (. . . eg the hirer or lessee) could not create the title *pro herede* after the civil possessor’s death.” ’n Derde moontlikheid is om te redeneer dat “adverse user” as ’n addisionele vereiste, benewens feitlike beheer en *animus domini*, vir besit vir doeleindes van verjaring in die Suid-Afrikaanse reg ontwikkel het.

Die alternatief tot die bogenoemde argumente skyn eenvoudig te wees dat verjaring wel loop ten gunste van die besitter kragtens titel wat die saak *mala fide* met eienaarsbedoeling hou. Die eienaar kan hom

¹⁶1960 2 SA 46 48.

¹⁷Sien die uitspraak van regter Caney in *Albert Falls Power Co (Pty) Ltd supra*; *Molotegi v Brummerhoff* 1955 1 SA 592.

¹⁸Met die vereiste van *nec precario*-besit in die ou wet sou verjaring natuurlik nooit ten gunste van die prekaris kon loop nie.

¹⁹*Roman Private Law* (vertaling deur Rolf Dannenbring) 84 *in fine*.

egter in gepaste gevalle op estoppel beroep: die besitter aanvaar immers die saak as besitter kragtens titel en skep daardeur die skyn dat hy kragtens daardie titel hou. Estoppel sal egter slegs die eienaar te hulp kom solank as wat die besitter nie sy *animus domini* teenoor die eienaar openbaar nie. Gee hy eenmaal openlik sy bedoeling te kenne, sal verjaring wel moet loop omdat daar vanaf daardie oomblik geen valse skyn teenoor die eienaar ten opsigte van sy besitsbedoeling geskep word nie.

Vir welke van bogenoemde benaderingswyses daar grondige argumente uitgemaak kan word, wil ek nie poog om hier te beslis nie. Wat egter wel duidelik is, is dat daar voor die inwerkingtreding van die nuwe wet geen klarigheid bestaan het oor die vraag of die vereiste van "adverse user" die besitter kragtens titel absoluut belet het om deur verjaring eienaar van 'n saak te word²⁰ nie. My eie aanvoeling is dat indien sodanige feitestel wel voor ons howe sou gedien het, die funksie van "adverse user" as selfstandige vereiste ingesien sou gewees het en die hof die besitter kragtens titel op grond daarvan 'n verjaringsaanpraak sou ontsê het.

Die nuwe wet bevat, soos sy voorganger, geen verwysing na 'n vereiste van "adverse user" nie, nóg vir doeleindes van eiendomsverkryging,²¹ nóg vir doeleindes van die vestiging van 'n serwituut.²² Vir eiendomsverkryging word eenvoudig vereis dat 'n saak openlik en soos 'n eienaar vir die voorgeskrewe termyn besit moet word. Die probleemgeval wat hierbo aangestip is, skyn hierdeur beslis nie uit die weg geruim te wees nie; trouens die verdwyning van die *nec precario*-vereiste betrek nou ook die prekaris by die geval van die besitter kragtens titel wat *mala fide* met eienaarsbedoeling begin hou.

Die nuwe wet, in sy geheel gelees, maak dit myns insiens duidelik dat die wetgewer op die oog gehad het om 'n omvattende reëling ten opsigte van verjaring daar te stel en kan daar gevolglik geen ruimte wees vir die howe om enige addisionele vereistes te stel buite om die vereistes soos uitdruklik deur die wet neergelê word nie.²³ Indien 'n vruggebruiker, huurder, prekaris e.d.m. belet wil word om op grond van verjaring op eiendomsverkryging aanspraak te maak, sal aangevoer

²⁰of 'n serwituut te vestig indien die aanspraakmaker kragtens ooreenkoms of vergunning die bepaalde bevoegdhede uitoefen.

²¹Artikel 1 lui soos volg: "Behoudens die bepalings van hierdie hoofstuk en van hoofstuk IV, word iemand deur verjaring eienaar van 'n saak wat hy openlik en asof hy eienaar daarvan was, besit het vir 'n ononderbroke termyn van dertig jaar of vir 'n termyn wat, tesame met die termyn waarvoor die saak aldus deur sy voorgangers in titel besit is, 'n ononderbroke termyn van dertig jaar uitmaak."

^{22a} 6.

²³Of die argument in elk geval ten opsigte van die 1943-wet geldig was, word daar gelaat.

moet word dat hy òf (1) nie *openlik soos 'n eienaar* besit het nie, òf (2) nie *besit* het nie.

Dit is klaarblyklik 'n bloot feitlike vraag of 'n besitter voldoen aan die vereistes in (1) genoem. As geen juridiese beswaar in te bring is daarteen dat 'n dief vir besit soos 'n eienaar kan kwalifiseer nie, geld dit seer sekerlik ook ten opsigte van die besitter kragtens titel. Al wat van belang is, is dat die besitter kragtens titel soos 'n eienaar moet besit, en nie soos vruggebruiker, huurder edm nie. Dat bewys hiervan bes moontlik 'n *probatio diabolica* sal wees, is nie ter sake nie. Slaag die besitter daarin, voldoen hy eenvoudig aan die vereiste en verval meteens ook die beskerming wat die leerstuk van estoppel aan die eienaar bied omdat sy *openlike* "eienaarsbesit" sy ware bedoelinge aan die werklike eienaar openbaar.

Die vereiste in (2) genoem, is nie 'n bloot feitlike nie, eenvoudig omdat die vraag nog steeds uitgemaak moet word of die besitter kragtens titel hoegenaamd vir doeleindes van verjaring kan besit. Myns insiens, en ten spyte van die moontlike argumente wat reeds hierbo geopper is, behoort die besitter kragtens titel wel vir verjaringsdoelindes te kan besit indien hy voldoen aan die *corpore et animo*-vereiste, eenvoudig omdat die grondslag vir die reg insake verkrygende verjaring daarin te vinde is dat 'n langdurige skyn tot regs werklikheid verhef word.²⁴ Dié benadering spreek duidelik uit die wyse waarop die verjaringsvereistes in die wet geformuleer word: die asof-eienaar word werklike eienaar na verloop van dertig jaar. Die *causa* vir die besit is dus irrelevant. Deur verjaring wel ten gunste van 'n besitter kragtens titel te laat loop, sal die eienaar normaalweg nie in 'n ongunstige posisie geplaas word nie. Die besitter kan immers eers daarop aanspraak maak dat hy nie meer bevoegdhede aan sy titel ontleen, uitoefen nie, maar homself bevoegdhede van 'n eienaar aanmatig. Hierteen kan en behoort die werklike eienaar hom met gepaste remedies te verset, by gebreke waarvan dit hom selfs ten laste gelê kan word dat hy meewerk om 'n juridiese skyntoestand te skep. 'n Enigsins problematiese geval is egter dié waar die besitter bv bloot openlik te kenne gegee het dat hy eienaar is en moontlik selfs die saak te koop aanbied sonder om ooit daadwerklik tot die sluit van 'n koopkontrak oor te gaan. Op hierdie stadium is daar immers nog geen noodsaak vir die ware eienaar om op te tree nie.

Of die wetgewer die moontlikheid voorsien het dat daar na die inwerkingtreding van die nuwe wet 'n saak voor uit te maak is dat die besitter kragtens titel wel in gepaste gevalle 'n verjaringsaanspraak kan

²⁴Die standpunt dat verjaring dien om die nalatige eienaar te straf (*Welgemoed v Coetzer supra* 711 en gesag daar aangehaal), moet beslis verwerp word: die dief word immers ook eienaar selfs al sou die ware eienaar alle pogings aanwend om sy saak te vind en daar van nalatigheid aan sy kant geen sprake is nie.

hê, is moeilik om te beantwoord. Moontlik het die wetgewer dit juis beoog. Dit is egter jammer, veral gesien die onsekerheid van die “adverse user”-faktor onder die ou wet, dat daar nie groter klarigheid na die een of die ander kant deur die nuwe wet gebring is nie. Dit sal uitsonderlike gevalle wees waarin dispute hieroor sal ontstaan, maar dat dispute wel kan ontstaan, is seker. Die enigste troos lê daarin dat sodanige dispuut waarskynlik eers na die jaar 2000 voor ons howe sal dien!²⁶

JT DELPORT

Universiteit van Port Elizabeth

REGSKOSTE IN VERGOEDINGSAKE VOORTSPRUITENDE UIT ONTEIENING

In sy artikel “Regskoste by Onteiening” (*De Rebus Procuratoriis*, Desember 1972) kritiseer die skrywer daarvan die bepaling van artikel 10 van die Onteieningswet 55 van 1965, soos gewysig, wat betrekking het op die grondslag van toekenning van regskoste in sake van hierdie aard. Artikel 10(2) van die betrokke wet lui soos volg:

“Indien die vergoeding wat in so ’n geding deur die hof toegeken word –

- (a) gelyk is aan of meer is as die bedrag wat deur die betrokke eienaar laas vóór die aanvang van die geding geëis is, word koste teen die minister toegeken;
- (b) gelyk is aan of minder is as die bedrag wat deur die minister laas vóór die aanvang van die geding aangebied is, word koste teen die betrokke eienaar toegeken;
- (c) minder is as die bedrag wat laas deur die betrokke eienaar aldus geëis is, maar meer is as die bedrag wat laas deur die minister aldus aangebied is, word soveel van die koste van die eienaar teen die minister toegeken as wat tot sodanige koste in dieselfde verhouding staan as wat die verskil tussen die vergoeding aldus toegeken en die bedrag aldus aangebied, staan tot die verskil tussen die bedrag aldus aangebied en die bedrag aldus geëis.”

Die uitwerking van die betrokke formule kan soos volg opgesom word:

“Gee die hof die eiser gelyk, betaal die staat nog alle koste, maar gee die hof die staat gelyk, moet die eiser alle koste dra. Met die doel om ’n eienaar te beweeg om sy eis meer redelik en realities te maak, word ’n formule geskep wat die gevalle dek waar die vergoeding deur die hof toegeken, meer is as die

²⁶As ons aanvaar dat die vereiste van “adverse user” die besitter kragtens titel tot en met die inwerkingtreding van die nuwe wet van ’n verjaringsaanspraak ontsê het.

aanbod maar minder is as die eis. In dié gevalle betaal die staat al sy eie koste plus soveel van die eienaar se koste as die verhouding waarin die verskil tussen die hof se toekenning en die aanbod teenoor die verskil tussen die eis en die aanbod staan. Byvoorbeeld die staat bied R1 000 aan, die eienaar eis R2 000 en die hof ken R1 100 toe. Dan betaal die staat slegs een-tiende van die eienaar se koste, terwyl as die eis vir R1 200 was, sou die staat die helfte van sy koste moet dra. (1965 Hansard nr 14 kolom 5253)".

Die bepalings van artikel 10 is hoofsaaklik daarop gemik om die onteiene party te probeer beïnvloed om sy eis vir vergoeding op 'n realistiese grondslag te benader en dusdoende die uitkakeling van langdurige gedingvoering en aansienlike regs-koste meer moontlik te maak. Om buitensporige bedrae te eis, is heel dikwels 'n simptomatiese kenmerk van eisers se optrede in onteieningsake en om dit te probeer teenwerk, is die beginsel dus in artikel 10 neergelê dat die toekenning van koste rekening moet hou met die bedrag van die aanbod wat deur die staat gemaak is in verhouding met die hof se toekenning en die eienaar se eis. Eis die eienaar dus veel meer as wat sy onteiene goed werd is, sal hy 'n deel van die hofkoste moet betaal al ken die hof 'n bedrag van vergoeding toe wat die onteienende gesag se aanbod oorskry.

In sy kritiek op die bepalings van artikel 10 het die skrywer, met eerbied, uit die oog verloor dat 'n onteieningsaak in sekere kardinale aspekte van 'n gewone siviele saak te onderskei is.

Aanspreeklikheid oor die verpligting om vergoeding te betaal, is nooit in geskil nie. Statutêr is die instansie wat onteien, verplig om die eienaar van die saak of reg wat hom deur onteiening ontnem word, te vergoed vir die verlies aan hom veroorsaak deur sodanige onteiening. Die geskil tussen die partye gaan dus bloot oor die *quantum* waarop die eiser weens die onteiening geregtig is. Onteiening is nie 'n delik of onregmatige daad wat moontlik aanleiding tot aanspreeklikheid vir "damages" kan gee nie. (*Union Government v Jackson* 1956 2 SA 398 (A)). Dit is regmatige owerheids-optrede wat die onteieningsinstansie wetteregterlik aanspreeklik stel om deur skadeloosstelling ("compensation") die onteiene eienaar sover as wat dit geldelik moontlik is, in dieselfde posisie te plaas asof sy saak of reg hom nie ontnem is nie. Dus is aanspreeklikheid aan die kant van die staat om vergoeding te betaal nooit in geskil nie maar alleen die bedrag wat die eienaar vergoed moet word. Daar is derhalwe geen *lis inter partes* vanuit 'n juridiese oogpunt beskou nie. Die vergoeding word nie *diskresionêr* deur die hof vasgestel nie maar word bepaal ooreenkomstig die vasgestelde voorskrifte van artikels 7 en 8 van die Onteieningswet.

"[A] judge determining compensation under secs 7(1) and 8(1) of Act 55 of 1965 is not giving a discretionary decision, but a valuation." (*Estate Marks v Pretoria City Council* 1969 3 SA 227 (A) 253). So 'n waardebeoordeling ("valuation") kom neer op 'n feitelike bevinding wat bereik word deur 'n logiese afleiding van feitelike data te maak. (per *Ar Fagan in Union Government v Jackson* 1956 2 SA 398 (A) 419).

'n Hof wat ingevolge die bepalinge van artikels 7 en 8 van die Onteieningswet vergoeding vir onteiene eiendomme vasstel, tree dus nie op soos 'n gewone geregshof wat aanspreeklikheid tussen partye op die voorgelegde getuienis moet besleg nie. Die plig van so 'n hof is om die *verskuldigde vergoeding vas te stel volgens die grondslag soos uiteengesit in die wet*.

Wat die kostebevel kragtens artikel 10 betref, het die hof, net soos by die vasstelling van die vergoeding kragtens artikels 7 en 8, nie 'n diskresionêre bevoegdheid nie. Die bepalinge van artikel 10 kom egter daarop neer dat die algemene reël ten opsigte van kostebevele verpligtend gemaak word soos AC Cilliers dit stel (*Law of Costs* 327):

"It is true, of course, that the mandatory provisions of section 10(2) amount to an affirmation of the general rule that costs follow the event, but it is submitted that these provisions go somewhat further, and oblige the court to apply the general rule in all cases falling under section 10(2). The provisions of section 10 do not, however, apply to the costs on appeal."

(*Estate Marks*-saak *supra* 257). Hierdie stelling verwys nie na die kosteformule in artikel 10(2)(c) nie en is alleen van toepassing op artikels 10(2)(a) en (b) van die Onteieningswet. Daarbenewens, in gevalle wat nie deur artikel 10(2) gedek word nie, het die hof inderdaad kragtens artikel 10(3) 'n diskresie ten opsigte van koste. Hierdie bepaling is, soos reeds gesê, daarop gemik om buitensporige eise te beperk, soos prof DV Cowen dit tereg stel:

"In the first place, the ordinary rule in litigation that costs follow the result - that the party who substantially succeeds is awarded costs - has been departed from. Under the act costs are pro-rated according to what I consider to be a very fair and logical formula. Where an owner holds out for payment of an inflated claim, then even though he substantially succeeds in litigation under the act, he does not get all his costs. If, for example he claimed R20 000, was offered R10 000 and is awarded R12 000 by the court, the expropriating authority will be ordered to pay one-fifth only of the costs. In short, the owner is penalized for making an inflated claim; and it is right and proper, I think, that this should be so; for had the claim been less extravagant, a settlement might have been reached. It is easier to do a deal at R12 000 (to take the figure awarded by the court in our example) with an owner who claims R14 000 than with an owner who insists on R20 000." (1972 *THRHR* 148)

Prof Cowen spreek dan ook die hoop uit dat hierdie bepaling in die voorgestelde gekonsolideerde wetgewing oor onteiening behoue sal bly. Ek vereenselwig my met hierdie standpunt.

Wat geld vir die een party geld ook vir die ander en die staat word dus ook met die oog op 'n moontlike kostebevel gedwing om sover moontlik 'n realistiese aanbod te maak ten einde onnodige litigasie en waarskynlike aansienlike koste te probeer uitkakel.

Die geleerde skrywer van die betrokke artikel hierbo aangehaal, stel as alternatief voor dat die wet slegs moet bepaal dat *indien die quantum van 'n bepaalde eis 50% meer is as die toekenning*, dan is die eis

buitensporig en moet die hof steeds sy wye diskresie behou om 'n kostetoekenning te maak met inagneming van hierdie feit. Weer eens behoort dieselfde reël wat vir die een party neergelê word seker ook vir die ander party te geld, en is dit slegs logies om in hierdie gevalle te verwag dat daar dus net 'n kostebevel teen die staat verleen word indien sy aanbod van vergoeding 50% te min sou wees. Met 'n 50%-speling na beide kante toe word die basiese doel wat met artikel 10 nagestreef word in iedere geval verydel.

Maar afgesien hiervan is dit blykbaar die bedoeling van laasgamelde voorstel dat slegs in die omstandighede daarin aangehaal die hof (statutêr) gemagtig kan word om die onteiene party sy koste te ontnem. Hierdie voorstel hou sekere wesenlike ongerymdhede in bv waar die toekenning van vergoeding minder as 50% van die eis bedra, moet sodanige eis blykbaar by implikasie as redelik beskou word – selfs as die toegekende vergoeding slegs 'n paar sent hoër as die staat se aanbod is. Dit sou ook indruis teen die erkende reël ten opsigte van verdeling van koste *vis-à-vis* geslaagde afsonderlike eise of verwere. Dit sou ook skynbaar meebring dat waar die eienaar 'n redelike aanbod van vergoeding verwerp sy eis nogtans as redelik beskou moet word as dit 50% minder as die toegekende vergoeding bedra (*Wade v Union Government* 1938 CPD 84).

Hierbenewens kan die toepassing van die betrokke voorstel in sekere gevalle onbillik teenoor die onteiene party wees. (Byvoorbeeld in die *Marks*-saak *supra* is ingevolge die formule ongeveer 27% van die eiser se koste aan hom toegeken maar in die lig van die bogenoemde voorstel sou sy eis as onredelik beskou word wat die gevaar inhou dat al sy koste hom ontnem kan word). Volgens my beskeie sienswyse dien hierdie voorstel geen nuttige doel nie.

In teenstelling met ander tersaaklike statutêre bepalings betreffende die grondslag van toekenning van regskoste is die formule vervat in artikel 10(2)(c) van die Onteieningswet heeltemal billik. Sien byvoorbeeld:

- (i) Artikel 9(1)(c) van die Spoorwegonteieningswet 37 van 1955 wat meebring dat 'n onteiene party wat minder vergoeding as sy eis ontvang sy eie koste moet dra;
- (ii) Artikel 83(17) van die Inkomstebelastingwet 58 van 1962 wat meebring dat die Inkomstebelasting Spesiale Hof *geen* bevel betreffende koste mag toeken nie behalwe waar die eis van die Sekretaris (van Binnelandse Inkomste) onredelik is, of die gronde van appèl beuselagtig is.

Die neiging van sommige howe om meer *skade* as wat aangebied is, toe te ken ten einde eisers teen koste te vrywaar, is alreeds juridies opgemerk. (Jones & Buckle *Civil Practice of the Magistrates' Courts in*

South Africa 6e uitg 468). Sodanige neiging sou natuurlik meebring dat behartiging van vergoedingsake daardeur bemoeilik word. Die kardinale vraag wat egter opduik, is waarom koste dikwels teen die staat in sake van hierdie aard toegeken word in gevalle waarin aansienlik minder vergoeding as wat geëis word deur die hof vasgestel is (en slegs effens meer as wat aangebied is). In hierdie omstandighede is dit gewoonlik duidelik dat die onteiene party nie bereid sou wees om enige verhoogde aanbod van vergoeding te aanvaar nie. (*Union Government v Gass* 1959 4 SA 401 (A) 412).

'n Litigant wat wesenlik slaag, behoort sy koste te verhaal (Rubin *Law of Costs in South Africa* 32-33). Hierdie posisie word egter ook grotendeels bereik deur die toepassing van die kosteformule uiteengesit in artikel 10(2)(c) van die Onteieningswet. Indien die bedrag wat in gewone gedingvoering aan die eiser toegeken word egter betreklik gering is in verhouding met die *quantum* van die eis, word koste gewoonlik nie aan die eiser toegeken nie. (*Letsitele Stores (Pty) Ltd v Roets* 1959 4 SA 579 (T) 582; Rubin aw 33 en sake daarin aangehaal; *Prince v Graetz* 1921 EDL 64.) Hierdie benadering is slegs logies.

Indien die eiser egter daarin slaag om 'n substansiële *reg* te handhaaf of te bewys (al sou die toegekende bedrag nie noemenswaardig wees nie), word koste gewoonlik aan hom toegeken. (Rubin aw 74; *Heydenreich v Van Rensburg* 1926 OPD 47.) Waar in hierdie gevalle egter slegs 'n nominale bedrag verhaal word, sal koste waarskynlik ook nie toegeken word nie. (*Subramani v Mohideen* 1945 NPD 296.) Die benadering van die howe met betrekking tot laasgemelde aspek is nie altyd konsekwent nie. (Rubin aw 74-75.)

In vergoedingsake voortspruitende uit onteiening is dit egter twyfelagtig of 'n wesenlike *reg* gehandhaaf word, en wel aangesien die verpligting om vergoeding te betaal reeds deur wetgewing verskans en gebiedend is. Daar bestaan geen twyfel oor die aard en omvang van sodanige verpligting (of die basis van enige toekening) nie, en in hierdie opsig is dit derhalwe twyfelagtig of enige *lis* in die aanvaarde sin bestaan. (*Union Government v Jackson* 1956 2 SA 398 (A) 440.) *A fortiori* behoort die beginsel betreffende ontneming van koste in gevalle waar slegs geringe meer vergoeding toegeken word in laasgemelde geval te geld, veral aangesien slegs die *quantum* van vergoeding in dispuut is. Dit wil voorkom of hierdie benadering tot dusver nie deur die howe toegepas was nie.

Selfs al sou die hof geneë wees om effens meer as die bedrag van die aanbod toe te ken, sal eiser waarskynlik sy koste ontnem word indien hy 'n redelike en billike aanbod verwerp. (*Askew v Moller* 1 CTR 129; *Queenstown Medical Board v Union Government* 1923 EDL 66; *Wade v Union Government* 1938 CPD 84; Jones & Buckle aw 468 en *Union Government v Jackson* 1956 2 SA 398 (A) 436.)

Laasgenoemde posisie geld veral waar dit blyk dat al sou 'n hoër aanbod deur verweerder gemaak gewees het dit nie aangeneem sou gewees het nie (*Gass* se saak 412; *Heydenrych v Nigrini* 1925 CPD 230; Rubin a.w. 318.) In hierdie gevalle kan dit gebeur dat die eiser gelas word om *al* die koste van die geding tussen party en party te dra. (*Queenstown Medical Board v Union Government* 1923 EDL 66 en *Heydenrych* se saak *supra*.) In teenstelling met die laasgenoemde resultaat is dit nodig om te vermeld dat selfs onder die omstandighede daarin uiteengesit 'n onteierende party ten minste 'n gedeelte van sy koste sal kan verkry ingevolge die formule uiteengesit in artikel 10(2)(c). Vanuit hierdie oogpunt beskou, begunstig die toepassing daarvan die onteierende party.

Dit is insiggewend om op te merk dat in sake waarin die bepalings van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956 van toepassing is, daar 'n neiging bestaan om oorweging te skenk aan verdeling van koste in verhouding tot die graad van skuld van die partye. (Cilliers a.w. 174; *Wright v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk* 1971 4 SA 105 (NK); 1962 *SALJ* 169-170.) *A fortiore* geld sodanige oorweging waar die geskilpunt hoofsaaklik op *quantum* gebaseer is.

Dit is jammer dat die geleerde skrywer van die bo-aangehaalde artikel in *De Rebus Procuratoriis* die gevolgtrekking bereik dat:

“. . . die huidige onbevredigende kostebepalings 'n voldoende rede is waarom Natal die huidige arbitrasie-prosedure moet behou en dit eers moet prysgesien indien die kostebepalings in die wet reggestel word.”

Die strewe behoort te wees in die rigting van eenvormige ont-eieningswetgewing en daarbenewens bevat die betrokke arbitrasie-prosedure in Natal (soos beliggaam in ord 19/1945) heelwat leemtes (afgesien daarvan dat arbitrasieverrigtinge *per se* sekere gebreke in teenstelling met die gewone hofprosedure openbaar) byvoorbeeld:

- (a) Die Natal Arbitrasieraad is nie verplig om redes te verstrek vir sy toekenning van vergoeding nie;
- (b) Die grondslag waarop vergoeding vasgestel word, blyk ietwat onbevredigend te wees aangesien:
 - (i) Artikel 13 van die ordonnansie voorsiening maak dat die Raad 'n bedrag van vergoeding moet vasstel *wat nie 'n maksimum mag oorskry* nie, terwyl dit vir 'n maatstaf waarvolgens die vergoeding bereken kan word, voorsiening behoort te maak.

Die vergoeding wat deur die Raad vasgestel word, mag naamlik nie die volgende perke oorskry nie:

- (a) Die redelike waarde van die grond sonder verbeterings;

- (b) Die redelike waarde van die geboue en ander verbeterings op die grond;
- (c) Vergoeding vir enige ongerief of verliese deur die onteiening veroorsaak, of wat moontlik daardeur veroorsaak sal word;
 - (ii) Die afsonderlike waardering van grond en geboue is nie baie bevredigend nie;
 - (iii) Daar is geen voorsiening gemaak vir die betaling van rente op die toegekende bedrag nie.

Aangesien skrywer hiervan verantwoordelik was vir die skepping van die tersaaklike kosteformule in artikel 10 van die Onteieningswet kan dit my miskien gegun word om die ondergemelde voorstelle ter verbetering van die huidige posisie te maak:

- (a) In gevalle waar een van die gedingvoerende partye die verrigtinge bowemate laat verleng deur die roep van onnodige getuienis of deur te lang ondervraging of kruisondervraging of deur te uitvoerige beredenering, behoort die hof 'n diskresionêre reg te hê om sodanige party te penaliseer deur middel van 'n spesiale kostebevel (reël 39(24) van die eenvormige hooggeregshofreëls).
- (b) In die gevalle waar een van die partye slaag ten opsigte van 'n afsonderlike of skeibare geskilpunt, behoort die hof 'n diskresie te hê om 'n spesiale kostebevel ten gunste van sodanige party in verband met die betrokke geskilpunt toe te ken (*May v Union Government* 1954 3 SA 120 (N) en *Cilliers a w* 19-20).
- (c) Die kosteformule word tans gekoppel aan die aanbod van en eis om vergoeding wat *voor die aanvang van die geding* (dws uitreiking van dagvaarding - *Labuschagne v Labuschagne*, *Labuschagne v Minister van Justisie* 1967 2 SA 575 (A)) geskied. Die vraag wat egter opduik, is of dit nie eerder onderskeidelik op die aanbod en eis toegepas behoort te word *op 'n latere stadium* nie (bv by sluiting van pleitstukke). Dit sou meebring dat beide partye op die tydstip wanneer regskoste wesenlik begin ophoop hulle onderskeie posisies *vis-à-vis* die hangende geding meer realisties kan oorweeg. Dit verleen aan hulle 'n tydperk van besinning op 'n stadium wanneer hulle die geleentheid sou gehad het om meer intensief vir verhoor voor te berei en meer deurtastende gegewens betreffende die samestelling van die vergoeding tot hulle beskikking, ingesamel het.

K NEETHLING
Adjunk-staatsprokureur

Vonnisse

SMITH AND LARDNER-BOURKE V WONESAYI 1972 3
SA 289 (RA)

Actio iniuriarum - Animus iniuriandi - Onregmatigheidsbewussyn nie 'n vereiste nie

Rhodesiese staatsamptenare het met die bedoeling om aan die bepalings van 'n proklamasie (proklamasie 4 van 1969) uitvoering te gee, onder andere op sekere goed van die eiser beslag gelê en ander vernietig (hierdie feite was nie in geskil nie). Die eiser (nou die respondent) beweer verder dat hy gevange gehou is, mishandel is terwyl hy in die gevangenis was, aangerand is deur die polisie en in die Gaeresi Ranch rondgejaag is deur polisie met honde. Hy voer aan dat hierdie optrede onregmatig was en eis *inter alia* (met die *actio iniuriarum*) genoegdoening vir die aantasting van sy "person and dignity" (293-294 van die verslag). Teen hierdie eis word twee alternatiewe verwere geopper, naamlik (1) dat die daders ingevolge 'n statutêre bevoegdheid gehandel het of (2) as eersgenoemde verweer misluk, dat daar nie *animus iniuriandi* by die verweerders aanwesig was nie omdat hulle *bona fide* aan die bestaan van die statutêre bevoegdheid geglo het. In die hof *a quo* word teen beide verwere eksepsie opgewerp (*ibid*). Eersgenoemde word van die hand gewys terwyl laasgenoemde gehandhaaf word. Sowel die verweerders as die eiser appelleer teen hierdie uitspraak. Die Rhodesiese appèlhof bevestig wat albei verwere betref, die beslissing van die hof *a quo*. Dit blyk dat die appèlhof van mening is dat die verweerders, afhangende van die feite soos by 'n verhoor mag blyk, hul inderdaad met sukses op die regverdigingsgrond "uitoefening van 'n statutêre bevoegdheid" kan beroep, maar dat die *bona fide* geloof aan die bestaan van so 'n regverdigingsgrond op sigself geen goeie verweer is nie. Hiermee kies die appèlhof uitdruklik kant téén die vereiste van onregmatigheidsbewussyn as element van *animus iniuriandi*.

Hoofregter Beadle, wat die uitspraak van die hof lewer, vind dit nie nodig om in hierdie verband tussen die verskillende verskyningsvorms van *iniuria* te onderskei nie, en neem trouens laster (wat in die onderhawige geval glad nie as eisgrond aangevoer is nie) by uitstek tot voorbeeld by sy bespreking van die probleem (299H). Hy beweer dat die Suid-Afrikaanse juriste hoofsaaklik in twee skole gedeel kan word sover dit hul beskouing van *animus iniuriandi* aangaan, naamlik wat die

regter enersyds as die “old school” en andersyds as die “purist school” tipeer (300A en D). Eersgenoemdes is in navolging van Engelsregtelike beginsels van mening dat slegs bewys van ’n bevoorregte geleentheid of ’n dergelike regverdigingsgrond die vermoede van *animus iniuriandi* (wat by laster uit die publikasie van lasterlike woorde ontstaan) kan weerlê (300A-B). (Die blote bewys van afwesigheid van onregmatigheidsbewussyn weerlê dus nie die vermoede van *animus iniuriandi* nie. Volgens die regter geld hierdie standpunt ook vir onregmatige arrestasie en onregmatige beslaglegging (305C-D)). Selfs waar ’n verweerder die bestaan van ’n bevoorregte geleentheid of dergelike regverdigingsgrond bewys, kan die eiser steeds slaag mits hy op sy beurt kan aantoon dat dit die opset van die verweerder was om hom te benadeel (“that the defendant had the intention to injure” 300H).

Die laasgenoemde skool, wat weer die Romeins-Hollandse reg navolg, handhaaf daarenteen die standpunt dat die verweerder aanspreeklikheid kan ontduik deur aan te toon dat hy *bona fide* opgetree het en nie die bedoeling gehad het om die eiser te benadeel nie. In die besonder moet hy vry uitgaan as hy kan bewys dat hy toe hy gehandel het, geglo het dat sy optrede regtens geregverdig was, selfs al blyk dit dat hy hom in dié opsig misgis het (300E-G). Anders gestel, die aanhangers van die “puristes skool” beskou onregmatigheidsbewussyn as ’n noodsaaklike element van *animus iniuriandi*.

Na ’n ondersoek van die regspraak kom hoofregter Beadle tot die gevolgtrekking dat “a long line of South Africa’s most distinguished Judges have consistently applied the principle of English law that a defendant cannot . . . rebut the presumption of *animus injuriandi* without proving objectively that his statement was made in circumstances which, in the eyes of the law, justified his making it” (314H-315A). Hy beslis dat die Engelse reg deur resepsie die Romeins-Hollandse reg op dié gebied in Suid-Afrika vervang het.

Die wyse waarop die hoofregter tot hierdie gevolgtrekking kom, illustreer onteenseglik hoe maklik ’n mens op hierdie moeilike terrein onklar kan trap indien ’n mens nie die fyn onderskeidinge waarom dit gaan, duidelik voor oë hou nie. Met alle respek kom dit voor asof die hoofregter by sy ontleding van die regspraak en -teorie die volgende uit die oog verloor het:

- (a) dat wat die *animus iniuriandi*-vereiste betref, alle vorme van *iniuria* nie oor dieselfde kam geskeer kan word nie;
- (b) dat die feit dat die “puriste” van mening is dat die afwesigheid van *animus iniuriandi* op enige wyse hoegenaamd bewys kan word, nie beteken dat hulle die afwesigheid van *animus iniuriandi* as die *enigste* verweer teen ’n aksie op grond van *iniuria* beskou nie - met

ander woorde die regter fouteer as hy aanneem dat dit vir dié mense by elke moontlike verweer, in die eerste plek en uitsluitlik om die aan- of afwesigheid van *animus iniuriandi* gaan;

- (c) dat die feit dat die “puriste” van mening is dat die afwesigheid van *animus iniuriandi* op enige wyse bewys kan word, nie beteken dat hulle naïef genoeg is om te aanvaar dat ’n goeie motief noodwendig *animus iniuriandi* uitsluit nie.

Ad (a)

Op 305C stel die hoofregter dit onomwonde dat wat die *animus iniuriandi*-vereiste betref “there seems to be no basic difference in principle between the various types of *injuria*” (so ook 302D). Met hierdie uitgangspunt is dit nie moeilik om voorbeelde uit die regspraak te kry waar die *animus iniuriandi*-vereiste dan misken sou gewees het nie.

Eerstens steun die hoofregter vir sy algemeen geformuleerde standpunt sterk op onregmatige arrestasie- en beslagleggingsvonnisse (veral op *Whittaker v Roos and Bateman* 1912 AD 92 wat op 302E-303B bespreek word, en ’n hele reeks verdere beslissings genoem op 305 D-H). Nou is dit juis so dat ’n mens hier om verstaanbare beleidsoorwegings ’n uitsondering op die algemene reël het. In *Smit v Meyerton Outfitters* 1971 1 SA 137 (T) (waarna die hoofregter nie verwys nie) stel regter Myburgh dit eers in die algemeen dat “[i]n die geval van die *actio iniuriarum* . . . die skuldbegrip met twee oorwegings te make [het]. Die eerste is dat die verweerder opsetlik . . . gehandel het en die tweede is dat hy geweet het dat die handeling onregmatig is” (139D). Hy laat egter hierop volg: “In die geval van onregmatige arrestasie, hoewel dit uit die *actio iniuriarum* ontwikkel het, is die tweede oorweging [dié van onregmatigheidsbewussyn] nie ’n vereiste vir aanspreeklikheid nie” (*ibid*). (Opvallend genoeg word in ’n aanhaling wat hoofregter Beadle self uit die *Whittaker*-saak (*supra*) maak pertinent op die onderskeid tussen ’n “real injury” en ’n “verbal or literal one” gewys sover dit die weerlegging van die *animus iniuriandi*-vermoede betref - 302G-H.)

Die negering van die opsetvereiste in tradisionele sin by onregmatige arrestasie, gevangenhouding, beslaglegging en dergelike aktiwiteite waarby amptenare van die staat meestal betrokke is, moet in eerste instansie aan Engelsregtelike invloed toegeskryf word. Met die gemeenregtelike grondslae van die *actio iniuriarum* strook dit beslis nie. Nietemin kom daar in hierdie uitsonderingsgevalle besondere oorwegings te pas wat goeiebegryplik ’n afwyking van die gemeenregtelike posisie regverdig. Veral twee faktore maak hierdie gevalle buitengewoon. Eerstens staan die betrokkenes in ’n verhouding van volslae ongelykheid teenoor mekaar: aan die een kant die magtige, gesiglose staatsorganisasie met sy onweerstaanbare dwangmiddels en feitlik on-

beperkte finansiële vermoë en aan die ander kant die feitlik weerlose enkeling - die ongelukkige slagoffer van die ongetwyfeld onregmatige optrede van die staatsvertegenwoordigers. Tweedens word by die meeste van hierdie gevalle van onregmatige staatsoptrede juis dié regsgoed aangetas wat vir die individu, naas sy lewe, die waardevolste is, naamlik sy vryheid, sy fisies-psigiese integriteit. Geen wonder dat regter Myburgh in die *Smit*-saak (*supra*) verklaar nie: "Dit is ondenkbaar dat 'n onskuldige gearresteer word, en dat die verweerder vry kan gaan met die verskoning dat hy 'n fout begaan het" (140A). Dieselfde standpunt tref 'n mens aan in die saak *Cohen Lazar & Co v Gibbs* 1922 TPD 142. Dáár word gesê: "It is revolting to one's common sense to think that a person unsupported by any judgment could induce a clerk to issue him a writ, seize a person's property, and escape liability merely because he acted without malice and under the impression that no judgment was required" (145). Billikheid en regverdigheid eis dat die staat, of dan die persoon wat soos in die *Cohen*-saak van die staatsmasjinerie misbruik maak, aanspreeklik gehou word selfs al ontbreek dit hom aan onregmatigheidsbewussyn. Wie op die besondere wyses die persoonlikheidsfeer van 'n ander binnedring, moet bereid wees om ook die risiko te dra dat sy optrede buite sy wete onregmatig mag wees.

Afgesien van die atipiese arrestasie-, gevangehouding- en beslaglegging gevalle, steun hoofregter Beadle vir sy algemeen geformuleerde standpunt tweedens ook op 'n geval waar dit gegaan het om die aanspreeklikheid van die eenaar, redakteur, drukker en verspreider van 'n koerant vir lasterlike bewerings daarin vervat, naamlik *Norton v Ginsberg* 1953 4 SA 537 (A) (303F-H van die verslag). Weer eens het 'n mens hier 'n tipe geval wat van die normale afwyk (sien Strauss, Strydom en Van der Walt *Die Suid-Afrikaanse Persreg* 2e uitg 228 ev). Dit strook met gemeenskapsopvattinge dat die persone wat so 'n magtige kommunikasie-middel soos die pers vir hul eie finansiële gewin bedryf, die risiko moet dra om op grond van laster aanspreeklik te wees sonder dat daar noodwendig opset in die regstegniese sin by hulle aanwesig was. Strauss, Strydom en Van der Walt (*supra*) waarsku dan ook spesifiek teen die valstrik waarin die hoofregter trap: "In die lig van die regverdiging wat daar onses insiens bestaan om ten opsigte van die pers die beginsel van skuldlose aanspreeklikheid vir laster te aanvaar, volg dit dat die verwerping van die *animus iniuriandi*-vereiste in ons vroeë regspraak in geval van die pers, nie as argument aangevoer kan word om aan te toon dat *animus iniuriandi* algemeen as vereiste vir aanspreeklikheid laat vaar is nie" (232). (Eienaardig genoeg, het die appèlhof, waarskynlik ten onregte, in *Craig v Voortrekkerpers Bpk* 1963 1 SA 149 (A) tog *animus iniuriandi* as 'n vereiste vir die aanspreeklikheid van die uitgewer en eenaar van 'n koerant in 'n lasteraksie gestel.)

Ad (b)

Hoofregter Beadle is blykbaar van mening dat dit vir die “puriste” by enige verweer teen ’n aksie op grond van *iniuria* in die eerste plek en uitsluitlik om die aan- of afwesigheid van *animus iniuriandi* gaan. As ’n puris dan byvoorbeeld by ’n lasteraksie sou ondersoek instel of die lasterlike woorde nie moontlik by ’n geprivilegieerde geleentheid gebruik is nie, meen die hoofregter dat die puris dan eintlik maar besig is om langs ’n omweg te bepaal of *animus iniuriandi* nie dalk by die verweerder ontbreek het nie. Vir die puris, volgens hoofregter Beadle, kom die vraag na *animus iniuriandi* (of dan die verweerder se moontlike *bona fides* wat *animus iniuriandi* sou uitsluit) ter sprake by albei die sogenaamde “stadia van die ondersoek”, naamlik (a) of die geleentheid waarop die woorde gebruik is, geprivilegieerd was en (b) of die verweerder nie dalk die perke van privilegie oorskry het nie (301A-D).

Nadat die hoofregter hierdie standpunt aan die puriste toegeskryf het, is dit nie vir hom moeilik om voorbeelde uit die regspraak te kry waar uitdruklik gesê is dat die subjektiewe gesindheid van die verweerder nie vir die vraag na moontlike privilegie ter sake is nie (hy verwys hiervoor na passasies uit *De Waal v Ziervogel* 1938 AD 112 (303B-E); *Tromp v McDonald* 1920 AD 1; *Young v Kemsley* 1940 AD 258; *Schoeman v Fourie* 1941 AD 125; *Jordaan v Van Biljon* 1962 1 SA 286 (A) en *Benson v Robinson* 1967 1 SA 420 (A) (laasgenoemde vyf vonnisse almal op 304A-D)). Op hierdie manier meen hy dan die puriste in die ongeluk te gestel het. Inderdaad het hy maar net die strooiop omgestamp wat hy self staan gemaak het.

Nou is dit waar: (a) dat ons ou skrywers nie duidelik tussen die verskillende verweersgronde teen ’n lasteraksie onderskei het nie - vir die ou skrywers is omstandighede, wat volgens hedendaagse opvattinge ’n geprivilegieerde geleentheid daarstel, inderdaad slegs van belang vir sover hulle op die afwesigheid van *animus iniuriandi* sou dui (sien bv Voet 47 10 20; Matthaeus *De Criminibus* 47 4 1 en Ranchod *Foundations of the South African Law of Defamation* 1972 76); (b) dat waarnemende regter De Villiers wat in *Maisel v Van Naeren* 1960 4 SA 836 (K) as kampvegter vir die *animus iniuriandi*-vereiste optree, blykbaar self die verweerde vermeng (hy sê: “there can be no doubt that . . . the situations corresponding to the occasions of qualified privilege in English Law were mere examples, and nothing more, of sets of circumstances which would *prima facie* indicate the absence of *animus injuriandi*” (841C); en (c) dat die bekende “trilogie” van die appèlhof (*Jordaan v Van Biljon supra*; *Craig v Voortrekkerpers Bpk* 1963 1 SA 149 (A) en *Nydoos v Vengtas* 1965 1 SA 1 (A)) ook nog nie op hierdie gebied volkome duidelikheid gebring het nie; maar aan die ander kant hét die lig intussen sonhelder deurgebreek in die uitspraak van regter Jansen in *Wentzel v SA Yster en Staalbedryfsvereniging* 1967 3 SA 91 (T)

waar hy dit pertinent stel dat privilegie (en 'n mens neem aan dergelyke verwere soos waarheid en openbare belang en billike kommentaar) in der waarheid *regverdigingsgronde* is wat *onregmatigheid* uitsluit en nie *skulduitsluitingsgronde* wat *animus iniuriandi* weêrlê nie (98A-C). Dwaling by die verweerder ten aansien van die regmatigheid van sy optrede sal daarenteen 'n *skulduitsluitingsgrond* wees omdat dit onregmatigheidsbewussyn en dus *animus iniuriandi (dolus malus)* weêrlê. Die regs wetenskaplike korrektheid van hierdie standpunt is so vanselfsprekend en sluit so presies by dié van die "puriste" aan (sien Joubert en Van der Walt se bespreking van die vonnis in 1967 *THRHR* 375-380) dat dit net as 'n ramp beskou kan word dat hoofregter Beadle blykbaar nie daarvan kennis geneem het nie. Het hy dit wel gedoen, sou hy besef het dat die rede hoekom die *bona fides* van die verweerders, in die sake waarna hy verwys, nie in die sogenaamd eerste stadium van die ondersoek ter sprake gekom het nie, eenvoudig is dat die verweerders in daardie sake op die *regverdigingsgrond* privilegie staatgemaak het, en *regverdigingsgronde* word primêr deur objektiewe faktore bepaal. Die howe was telkens in daardie gevalle besig om die grense van die eiser se reg op sy goeie naam te bepaal - met ander woorde of daar inderdaad op sy reg inbreuk gemaak is of nie - of uit 'n ander oogpunt gesien, of die verweerder se optrede regmatig was of nie. Steun die verweerder slegs op privilegie, kan die hof tog nie sy uitspraak op die verweer van afwesigheid van opset weens dwaling gaan baseer nie. Immers, "when the defendant relies on this type of plea [privilegie], it is the duty of the Court in each case to determine whether the circumstances in the eyes of a reasonable man [’n objektiewe maatstaf dus] create a duty or a right which entitled the defendant to speak" (in the woorde van appèlregter Rumpff in *Benson v Robinson* 1967 1 SA 420 (A) 426E).

Ad (c)

Die hoofregter skryf die gewraakte standpunt sonder enige staving aan die "puriste" toe: "The purist school, however, would hold that, though the defendant intended to do the act which he did, if he proved that in doing it he was prompted by a *bona fide* motive . . . he would have discharged the *onus* of showing that he had no intention to injure" (305A).

Hoe onbillik dit is om hierdie pueriele standpunt voor die deur van die "puriste" te lê, blyk uit 'n aanhaling wat die hoofregter 'n bladsy verder self maak uit *Maisel v Van Naeren supra*, die saak wat hy as die *locus classicus* van die "puriste"-standpunt beskou. Die hoofregter wys naamlik daarop dat in die *Maisel*-saak die *Whittaker*-saak onderskei is "on the basis that it [laasgenoemde saak] did no more than draw 'the distinction between an irrelevant good motive and a relevant belief in the lawfulness of the act complained of'" (306E). Dat die "puris",

waarnemende regter De Villiers, in die *Maisel*-saak opset en motief duidelik onderskei, blyk ook uit sy bespreking van *Jooste v Claassens* 1916 TPD 273 (op 843B-E). En ons wil ons verstout om te sê enige iemand wat 'n duidelike begrip van opset het (en dit geld seker vir die meeste "puriste"), dit nie met motief sal verwar nie. (Die invloed van 'n goeie of kwaai motief of oogmerk op moontlike aanspreeklikheid weens laster word duidelik uiteengesit in die hierbogenoemde vonnisbespreking van Joubert en Van der Walt.)

Die volgende gevolgtrekkings kan gemaak word:

- 1 dat die hoofregter se slotsom dat die "puriste" die stryd om die behoud van die *animus iniuriandi*-vereiste verloor het, nie deur die gesag waarop hy steun, geregverdig word nie;
- 2 dat die hoofregter waarskynlik gefouteer het deur alle gevalle van *iniuria* oor dieselfde kam te skeer vir sover dit *animus iniuriandi* betref;
- 3 dat die resultaat wat die hoofregter *in casu* bereik, waarskynlik korrek is vir sover dit hier om 'n heel besondere vorm van *iniuria*, naamlik onregmatige arrestasie en onregmatige beslaglegging gaan, en
- 4 dat al die hoofregter se opmerkings oor *iniuria* in die algemeen, en laster in die besonder, beskou moet word as *obiter dicta* wat die Rhodesiese howe nie sal bind nie, en *a fortiori* in die Suid-Afrikaanse howe geen oorrედingskrag behoort te hê nie.

Hierdie slotsom systap natuurlik die moeilike vraag of onregmatigheidsbewussyn as 'n vereiste vir aanspreeklikheid op grond van laster behoort te geld. Daar bestaan 'n hele aantal moontlike oplossings vir hierdie probleem. Die eenvoudigste hiervan is om te sê dat onregmatigheidsbewussyn 'n onontbeerlike element van opset is, en dat indien dit om welke rede ook al ontbreek (dit wil sê of dit nou te wyte is aan 'n sogenaamde feitedwaling of 'n regsdwaling hetsy omtrent die konstitutiewe elemente van die regsinsbreuk self of omtrent die bestaan van 'n moontlike regverdigingsgrond), ontbreek ook opset, en kan daar gevolglik geen aanspreeklikheid wees nie (*Maisel v Van Naeren supra* is blykbaar sterk gesag vir hierdie standpunt - sien ook Van der Vyver ("Animus Iniuriandi en die Afwesigheid van Wederregtelikheidsbewussyn" 1966 *THRHR* 336-350 en 1967 *THRHR* 15-39) en, wat die strafreg betref, De Wet en Swanepoel (*Die Suid-Afrikaanse Strafreg* 2e uitg 135 ev). 'n Tweede moontlike oplossing wat aan die ander end van die skaal lê, is om te sê dat 'n *bona fide* feitedwaling altyd verskoon maar 'n regsdwaling nooit (hierdie standpunt kom tot uiting in die spreuk *error iuris haud excusat*). Steun vir hierdie standpunt kry 'n mens by Burchell en Hunt (*South African Criminal Law and Procedure* 1970 bd 1 132 ev en 250 ev). Dan is daar ook nog 'n hele aantal standpunte wat tussenskakering van die twee uiterstes is. 'n Mens sou byvoor-

beeld kon sê dat 'n regsdwaling slegs verskoon word indien dit redelik of nie-nalatig is (McKerron *The Law of Delict* 7e uitg 203 en vgl ook die onlangse beslissing *S v Rabson* 1972 4 SA 574 (T) waar regter Galgut blykbaar met instemming na De Wet en Swanepoel verwys maar tog deurgaans die vereiste stel dat die dwaling *redelik* moet gewees het - 577E en H); of indien dit nie onverenigbaar is met 'n opvatting van die reg wat met die goeie sedes strook nie ("in denen die Nichtkenntnis des Verbots nicht mit einer den guten Sitten entsprechenden Auffassung von Recht und Unrecht unvereinbar ist" Fikentscher *Schuldrecht* 2e uitg 304 ev op 307); of indien die regsdwaling *verskoonbaar* is (hierdie is blykbaar die ou skrywers se standpunt ten aansien van die persoon wat onder 'n dwaling presteer het en nou met die *condictio indebiti* wil terugeis - sien Wessels *Law of Contract in South Africa* 2e uitg § 982-988; De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid* 2e uitg 66 asook *Miller v Bellville Municipality* 1973 1 SA 914 (K) 918-919). Soms word dit andersom gestel dat 'n regsdwaling nie aanspreeklikheid uitsluit nie indien dit 'n *vermybare* regsdwaling is (sien Jescheck *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil* 2e uitg 1972 340 ev - 'n hele aantal maatstawwe word dan vir die verskillende tipes regsdwaling aangewend om te bepaal of hulle vermybaar was of nie - *ibid* 345 en 348-350).

Die aantreklikheid van die *Maisel v Van Naeren*-standpunt is dat dit eenvoudig en oënskynlik dogmaties-teoreties die suiwerste is. Daardeur sou 'n mens die fout vermy van 'n element van die *culpa*-begrip by die begrip *dolus malus* in te sleep (De Wet en Swanepoel a w 135). Die vraag is egter of dit altyd tot billike resultate sal lei indien daar ongekwalifiseerd immuniteit aan die dwaler verleen word. In die strafreg mag dit miskien so wees dat "(d)ie enkelinge wat wel onwetend oortree, . . . straffeloos (kan) uitgaan, sonder dat daardeur die maatskaplike orde aan ondergang blootgestel word" (De Wet en Swanepoel a w 136) - die "algemene belang" wat die beskermingsvowerp van die strafreg is, is per slot van rekening iets ideëls wat nie maklik 'n permanente knou toegedien kan word nie - maar in die privaatreë mag dit inderdaad gebeur dat die enkelingslagoffer aan ondergang blootgestel word indien hy sy verhaalsreg teen die onversigtige maar *bona fide* lasteraar verloor. Sou ons howe ooit 'n lasteraar vry laat uitgaan omdat hy byvoorbeeld eerlik geglo het dat waarheid op sigself 'n goeie verweer is, of dat 'n mens lasterlike bewerings na hartelus kan herhaal mits jy maar die bron van die bewerings telkens vermeld? Dit lyk uiters onwaarskynlik.

In die *Maisel*-saak was dit anders gesteld. Daar het die verweerder hom blykbaar vergis omtrent die datum wat vir die gelding van die Huurgeldewet (wet 43 van 1950) deurslaggewend is; 'n dwaling wat nouliks as laakbaar beskou kan word. Die resultaat wat dáár bereik is, lyk dus in elk geval gebillik.

Die vraag is egter of regs- en feitedwalings sonder uitsondering aanspreeklikheid moet uitsluit.

Die dogmatiese argument dat die opset van die dader op al die elemente van die onregmatige daad en dus onder andere op sowel die feitekompleks wat die regsinsbreuk daarstel as die onregmatigheid van daardie feitekompleks moet slaan, oortuig nie noodwendig nie; nie slegs omdat dit op 'n *petitio principii* lyk nie, maar ook omdat die dogma tog sekerlik by die eise van billikheid aangepas moet word en nie andersom nie. Vele skrywers sien geen beswaar daarteen om die nodige wysiging in die opsetbegrip aan te bring nie (sien De Wet en Swanepoel a w 135) en dit is opmerklik dat selfs die plaaslike dogmatici, ten spyte van hul teoretiese uitgangspunt, tog nie vereis dat die opset op die *kousale verband* tussen die dader se handeling en die onregmatige gevolg hoef te slaan nie, dit wil sê hulle vereis nie dat die dader die kousale verloop tussen die handeling en die gevolg noodwendig hoef te voorsien het om weens opset aanspreeklik te wees nie (De Wet en Swanepoel a w 128-129). Hierdie is klaarblyklik reeds 'n afwyking van die "dogmaties suiwere" standpunt wat slegs deur billikheidsoorwegings geregverdig kan word.

Laastens kan daarop gewys word dat dit glad nie so 'n uitgemaakte saak is dat die ou skrywers sonder uitsondering van mening was dat 'n dwaling, en veral 'n regsdwaling, altyd verskoon nie. In die Romeinse reg is daar gesag na albei kante toe (sien Van Warmelo *Ignorantia Iuris* 1954 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (bd 22) 1-32 en Binding *Die Norme und ihre Übertretung* 3e bd (*Der Irrtum*) 30-64). Die Romeins-Hollandse skrywers is ook alles behalwe eensgesind oor die aangeleentheid. Van der Linden (*Koopmanshandboek* 2 1 5) byvoorbeeld, maak 'n onderskeid tussen dwaling omtrent 'n misdadig waarvan die afskuwelikheid sodanig is dat selfs die onkundigste of onopgevoedste mens daarvan moet kennis dra en dwaling omtrent 'n moreel kleurlose misdadig wat miskien selde voorkom en deur provinsiale of plaaslike wetgewing geskep is. Slegs die laasgenoemde tipe dwaling mag in gevoeglike gevalle wel verskoon - byvoorbeeld waar die oortreder 'n vreemdeling is. 'n Mens tref 'n dergelike onderskeid by Voet (22 6 2) aan, maar hy stel dit elders (in 22 6 4) tog onomwonde dat 'n regsdwaling (altyd) opset uitsluit.

Dit is nie moontlik om in die bestek van hierdie vonnisbespreking 'n behoorlike evaluering van al die toepaslike tekste te gee nie. Ons is egter daarvan oortuig dat ons appèlhof, wanneer hy eendag oor die kwessie van dwaling as verskoningsgrond by laster moet besluit, nie blindelings 'n rigting sal inslaan slegs ter wille van "dogmatiese suiwerheid" nie.

ADJ VAN RENSBURG
J NEETHLING
Universiteit van Suid-Afrika

COLLIE V THE MASTER 1972 3 SA 623 (A)

Executor's remuneration - Reduction by the master - A conflict with freedom of testation

The problem here was to interpret section 51(1) and (3) and "primarily" (*Collie's* case at 625) section 51(3)(a) of the Administration of Estates Act 66 of 1965 as amended (hereinafter referred to as the act). The relevant parts of the section read as follows:

"51 Remuneration of executors and interim curators -

- (1) Every executor (including an executor liquidating and distributing an estate under sub-section (4) of section *thirty-four*) shall, subject to the provisions of sub-sections (3) and (4), be entitled to receive out of the assets of the estate -
 - (a) such remuneration as may have been fixed by the deceased by will; or
 - (b) if no such remuneration has been fixed, a remuneration which shall be assessed according to a prescribed tariff and shall be taxed by the master.
- (2) . . .
- (3) The master may -
 - (a) if there are in any particular case special reasons for doing so, reduce or increase any such remuneration . . ."

If the court had restricted its judgment to a consideration of section 51(3)(a) in relation to sub-section (b) of section 51(1) then we would merely have expressed a respectful hope that when it became necessary to interpret section 51(3)(a) in relation to sub-section (a) of section 51(1) the principle of freedom of testation be taken into account as a relevant factor. It is, however, section 51(3)(a) together with the *whole* of section 51(1) that forms the basis of the decision and this indeed complies with the clear wording of section 51(1) itself, which provides that *every* executor is subject to the provisions of sub-section (3). In view of what follows it is suggested that section 51 be amended to ensure that the master, in exercising his discretion in terms of section 51, bears the principle of freedom of testation in mind.

The facts in *Collie's* case in so far as they are relevant, are briefly as follows:

The testamentary executor of the will of a Johannesburg millionaire debited the estate with an amount of approximately R34 000 representing executor's remuneration in accordance with the prescribed tariff. The master, *mero motu*, acting on the basis of the section quoted above reduced this amount to R20 000. In the Transvaal provincial division (1972 2 SA 7 (T)) the executor challenged the master's action and in the subsequent appeal the appellate division unanimously upheld the decision of the TPD in favour of the master.

Although the estate was "a very considerable one, the amount available for distribution being R2 787 890, the will was short (10

pages) and the scheme thereof was simple” (626H). The testator had himself before death liquidated the greater portion of his assets and the functions of the executor and administrator were to be carried out by the same body of persons.

The executor, in his originating affidavit, submitted *ia* that the master had misdirected himself; and that there were no “special reasons” (as contemplated by section 51(3)(a)) for a reduction in his remuneration. The master in his replying affidavit set out the “special reasons” which had influenced him to exercise his discretion to reduce the remuneration, and further pointed out that section 51(3)(a) gave him this discretion “*even where the testator had fixed the remuneration in his will . . .*” (628A – our italics).

Holmes JA stated (at 626) that

“It is also clear from sub-sec (3)(a) that the master is empowered to make an objective assessment whether there are ‘special reasons’ for departing from the tariff. Only then does his discretion arise, namely, as to the extent of departure.

His assessment of ‘special reasons’ is justiciable on appeal to the court; but the exercise of his discretion aforesaid is unassailable, save *via* the remedy of review.”

The court being satisfied that the master had not misdirected himself turned to “the question whether, objectively considered, there were ‘special reasons’ within the meaning of that expression in subsection 51(3)(a) entitling the master to reduce the tariff remuneration” (at 629C–D). It was held that the words in their plain and ordinary meaning were of wide import, and a contention made on behalf of the applicant, that the meaning thereof should be restricted by reference to the language of the corresponding section of the repealed 1913 act, was rejected.

“Special reasons” were found to exist in the cumulative effect of the following factors, namely

- (1) that the estate and the distribution thereof had not been complicated and as the executor and administrator were the same body of persons the transfer of the residue of the estate amounted to no more than a book entry;
- (2) that the executor’s remuneration “is in every case compensation for services rendered”;
- (3) that the deceased had prior to his death liquidated the greater part of his estate thereby lessening the amount of work involved; and
- (4) that the executor had advanced no convincing reasons as to why his remuneration should not be decreased (at 630).

The amount of the reduction was not challenged.

We accept, with the greatest respect, that the master properly exercised the wide discretion given to him in terms of section 51 as it reads at present, and that the appeal court correctly upheld the master's action for the reasons given. One other consideration might, however, have been taken into account in reaching the decision.

Meyerowitz *The Law and Practice of Administration of Estates* 4th ed Juta Cape Town 1966 144 states that occasions where the master reduces or increases the remuneration of executors where this has been fixed by the testator in his will should be "extremely rare" because the master's power interferes with the freedom of testation.

The present decision is based on an interpretation of section 51(3)(a) and the question arises as to what would have been the position if the testator had expressly made provision for an executor's remuneration of R34 000 in his will.

The section, as interpreted by the appellate division, is quite clear. The master for "special reasons" such as those set out in the present case could (contrary to the clear intention of the testator) reduce the remuneration. (The question of increasing remuneration raises other problems, and will not be considered here.)

It is not immediately obvious that this decision conflicts with the principle of freedom of testation, but it does. The testator is free to set any tariff he may wish, and he is also free to accept, explicitly or tacitly, the tariff laid down in terms of the act. The testator knows his own estate and should be taken to know the law relating to the prescribed scale of executor's fees. (This was in fact the position of the testator in *Collie's* case – at 627. The executor's statement that the testator had been a director of the executor company and that the testator "knew the extent of his assets and the tariff of fees which the company . . . would charge as his executor" was not challenged.) If the testator is satisfied, he will leave alone and let the prescribed scale govern; *ie* such a tacit acceptance of the prescribed scale of fees is undeniably a positive excuse of the power of testation. It is obvious that he would prefer to avoid making provision for the executor's negligence, tardiness or dishonesty, and therefore the master *should* have a discretion to reduce remuneration where such considerations arise. In the absence of these considerations an express or even a tacit *decision* by the testator to accept the tariff laid down should, it is submitted, stand. The argument that the testator should also have known that the master has a discretion to lower the fees takes one no further because the argument admits that the testator's freedom of testation is removed and replaced by the unpredictable action of an outsider. Where the circumstances indicate that the testator has probably not directed his mind to the question, then the principle of freedom of testation has no bearing.

Meyerowitz's reference to freedom of testation applies whether the testator makes a reference to the scale of fees or not. Freedom of testation is a very powerful principle which has been strongly relied upon or given a decisive role by the courts (including the appellate division itself), a select committee of parliament and text writers. A few quotations will illustrate the strength of the principle:

In *Ex parte Estate Rogers* 18 CTR 458 the court stated that

"I do not think the court ought to interfere with the carrying out of the express wish of the testator where it is practicable for such wish to be carried out, unless some very strong grounds are shown."

In *Ex parte Jewish Colonial Trust: in re Estate Nathan* 1967 4 SA 397 (N) 408-409 the court quoted a few key passages and stated:

"It is perhaps hardly necessary to cite authority for the main proposition, but reference may be made to *Robertson v Robertson's Executors* 1914 AD 503 at p 507, where Innes ACJ said: 'Now the golden rule for the interpretation of testaments is to ascertain the wishes of the testator from the language used. And, when these wishes are ascertained, the court is bound to give effect to them, unless we are prevented [by some] rule or law from doing so.'"

This passage from *Robertson's* case was accepted in *Cuming v Cuming* 1945 AD 201 206.

In *Bydewell v Chapman NO & Others* 1953 3 SA 514 (A) 521 Van den Heever JA said:

"Roman-Dutch law recognises as a matter of public interest, transcending the private interests of beneficiaries under a will, that effect should be given to the wishes of a testator, *D* 29 3 5, or, as *Voet* states the proposition, 35 1 12, the 'interests' of the testator and the public interest demand that effect should be given to a testator's last wishes."

In *Harter v Epstein* 1953 1 SA 287 (A) 292 the above passage from *Robertson's* case and the discussion in *Cuming's* case were repeated.

In *Ex parte Erasmus* 1970 2 SA 176 (T) 178A it was said that

"Dit spreek vanself dat, vir sover dit regtens en prakties moontlik is, gevolg gegee moet word aan die bedoeling van 'n testateur soos hy dit in sy testament uitgedruk het, ongeag hoe onnodig of onwys sommige bepalings daarin ook mag voorkom."

(See further *Codicillus* October 1970 4 footnote 1; *Ex parte Van Schalkwyk and Hay* 1952 2 SA 407 (A) 411; *Glazer v Glazer* NO 1963 4 SA 694 (A) 706; *Ex parte Estate Marks* 1970 3 SA 539 (T) 542; *Ex parte Mather* 1971 3 SA 381 (D) 384F; cf also *Aronson v Estate Hart* 1950 1 SA 539 (A) esp 561.)

The *Report of the Select Committee* (SC 9-1969) referred to (*supra*) is instructive:

"Your committee has given careful consideration to the subject of the *Family Maintenance Bill* (AB 27-'69), referred to it, as well as the memoranda submitted by interested individuals and organisations. It has come to the conclusion that it will not be in the public interest to enact legislation which will result in a serious inroad being made into the well established principle of freedom of testation merely to provide for what is, in the opinion of your committee, the exceptional case."

Prof B Beinart 1958 *Acta Juridica* 92 while challenging the wisdom of absolute freedom of testation states that

"It is one of the boasts of the South African legal system that it permits complete and unfettered freedom of testation, and indeed as result of various enactments of the pre-Union colonies a testator can now dispose of his property as he pleases. He may . . . earmark it for some purpose, however eccentric, not prohibited by law . . . The South African legal system is one of the few legal systems today that tolerates such untrammelled freedom of testation."

Steyn *The Law of Wills in South Africa* 2nd ed Juta Cape Town 1948 45 referring to a number of appellate division and other cases says:

"In construing a will the cardinal principle is to ascertain therefrom, from the language used therein, the true wishes of the testator. Legal effect must be given to the testator's intention . . ."

and at 47

"The intention of the testator must be the first and great object of the inquiry . . ."

APJ Bouver himself has said:

"In Suid-Afrika het die erflater wat bevoeg is om 'n testament te maak, volkome vryheid van testamentêre beskikking. Hy is onder geen verpligting om 'n bepaalde persoon (of selfs 'n sekere groep persone) te laat deel in sy nalatenskap nie. Dis nie net sy onbetwisbare vrye bevoegdheid om sonder dwang of beïnvloeding van buite, sy begunstigdes na eie goëddunke te kies nie, maar ook sy voorreg om hulle voorkeurvorgorde met uitbetaling vas te stel, en neer te lê of hulle die bevoordelings onvoorwaardelik of belas met sekere beperkings en onderhewig aan bepaalde voorwaardes sal ontvang. Deur sy testament of kodusil kan 'n testateur sy boedel beplan op 'n grondslag wat hy as redelik en billik beskou in die wete dat sy eksekuteur gebonde is om te doen wat die testament hom sê om te doen *en dat sy wilsuïting beskerming vind deur die funksies wat die meester uitvoer, asook vanweë die benadering van ons houe wat hulle gebonde ag om geen afnykings van testamentêre voorskrifte wat uitvoerbaar is, toe te laat nie.*"

(*Beredderingsproses van Bestorwe Boedels* Van der Walt Pretoria 1967 440 - our italics. Cf, too, Van der Merwe and Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* Van der Walt Pretoria 1969 225.)

(The practice regarding those instances where the testator determines the remuneration (or scale for the calculation thereof) resulting

in a remuneration which exceeds that prescribed by the tariff has been "to disallow the excess over the [prescribed] tariff for estate duty purposes, although allowed in the administration of the estate. There is no warrant in the Estate Duty Act for this." Meyerowitz *op cit* 372.)

A minor consideration is that reduction of an executor's remuneration by the master in terms of section 51 will have the effect of increasing the total estate duty payable by the estate, executor's remuneration being an allowable deduction under section 4(c) of Act 45 of 1955. (Meyerowitz *op cit* 372.)

A further consideration is that the executor occupies a position of trust, and the testator nominates him with this in mind. The remuneration which the testator tacitly or explicitly prescribes is decided upon by the testator bearing in mind the relation of trust existing between himself and his nominated executor. If the remuneration of an executor who carries out his duties faithfully is subject to subsequent reduction, this relationship of trust will tend to be undermined.

While the master and the courts concerned might well have taken freedom of testation into account in determining the presence or absence of "special reasons" in section 51, and in weighing up their effect, the section as presently worded creates no obligation to do so. The principle of freedom of testation is, however, fundamental, and, as has already been suggested, the section should be amended to require that consideration be given to the principle in applying section 51, so that any "special reasons" found can be placed in proper perspective.

The present, with respect, anomalous position is therefore that every testator who wishes to ensure that his executor, who carries out his duties correctly and efficiently, receives the prescribed fee (or even a larger amount, but definitely not less than the prescribed fee) must lay this down in his will. Even this precaution will probably, in the light of *Collie's* case, be futile (or it may perhaps amount to no more than an additional factor to be taken into consideration by the master and the courts) since the master in any case retains his discretion to reduce the fees for reasons other than failure by the executor to carry out his duties properly.

Another alternative, which would however create other problems, would be for testators who wish to ensure that their executors receive the full prescribed tariff where the estate is large but simple or where they desire to expressly determine a generous tariff, to forbid any remuneration and simply provide for a legacy in favour of the executor in the pious hope that he will execute his duties properly.

A final rather clumsy alternative would be to provide in the will that the difference, if any, between the remuneration as laid down in the

tariff and that allowed by the master who has reduced the remuneration by exercising his discretion under section 51, be left to the executor as a legacy.

CARMEN NATHAN
CJ ROWLAND
University of South Africa

HOLLAND V HOLLAND 1973 1 SA 897 (T)

Internasionale Privaatreg – Owerspel – Funksionalisme

Die appellant het haar man gedagvaar vir egskedding op grond van sy owerspel in Engeland *voordat* hulle hul domisilie in Suid-Afrika gevestig het. Sy het geen getuienis gelei oor die vraag of owerspel op die stadium toe die daad gepleeg is wel 'n grond vir egskedding in Engeland was nie. Op grond hiervan het regter FS Steyn in die hof *a quo* geweier om die huwelik te ontbind. As gesag het hy verwys na 'n obiter in *Gilbert v Gilbert*¹ waarin gewys word op die onbillikheid wat mag volg by 'n toepassing van die nuwe *lex domicilii* in gevalle waar 'n man sy domisilie verander na 'n jurisdiksie wat vir hom voordelig is.

In appèl na die volbank het regter Boshoff egter beslis dat die Suid-Afrikaanse reg die toepaslike regstelsel is en dat dit irrelevant is of owerspel op die vroeëre stadium in Engeland 'n grond vir egskedding was of nie. Die regter baseer sy beslissing op die sosiale en morele behoeftes van die huidige domisilie van die partye, welke behoeftes vereis dat die status van die partye ooreenkomstig hul huidige *lex domicilii* beslis moet word:

“The highest considerations of social order and morality render it desirable that any alteration in the relations between husband and wife, or in the status of the husband and wife as such, should be determined by the courts of the country where the parties are domiciled and that, having been so determined, it should be recognised in all countries” (899G).

Hiermee gee die regter nie alleen gevolg aan die sosiale behoeftes nie maar bring hy ook die regspraak in ooreenstemming met die heersende buitelandse benadering. Daar is dan ook breedvoerig verwys na Anglo-Amerikaanse skrywers en regspraak en teenoorgestelde standpunte is met duidelike motivering verwerp.

Die vraag is nou of dit heeltemal regverdig is om nie kennis te neem van die domisilie van die partye tydens die daad nie. Sou hierdie benadering nie werklik daartoe kan lei dat die man vir hom 'n voor-

¹(1901) 12 NLR 201 203-4.

delige domisilie uitsoek en dat die vrou dan ook noodwendig daaraan onderwerp word nie? Oënskynlik lyk die *lex domicilii* tydens die owerpel dan ook na die engste verbonde regstelsel.

Die antwoord hierop is dat verknogtheid aan vaste reëls in die internasionale privaatreë dikwels tot starheid lei en tot beslissingsaanleiding gee wat nie werklik met die sosiale behoeftes van die huidige domisilie van die partye verband hou nie. Daarom is dit dan ook lofwaardig dat regter Boshoff die klem laat val op die sosiale en morele behoeftes van die huidige domisilie van die partye. Hierdie funksionele benadering vind dan ook vandag al hoe meer steun in die wetenskap van die internasionale privaatreë.²

Tweedens voorkom die reëls ten aansien van die vestiging van 'n domisilie en die *fraus legis*-reël dat die man bloot vir doeleindes van omseiling 'n nuwe domisilie kies. Nou kan daar wel gevra word of ons howe ook kennis behoort te neem van die omseiling van ander regstelsels as die *lex fori*. Met 'n beroep op die gemene reg en, in 'n mate, op *Von Abo v Von Abo*³ betoog prof Kahn⁴ dat slegs 'n omseiling van die *lex fori* in ag geneem moet word. Alhoewel daar verdere gesag vir hierdie betoog bestaan, neig die hedendaagse skrywers⁵ egter ook na 'n erkenning van omseilings van ander regstelsels as die *lex fori* en word hierdie standpunt vanaf 1962 deur die Franse en Belgiese howe gehuldig.⁶ By hierdie benadering sluit skrywer hiervan hom aan. Die verwysingsreëls van die *forum* word geskoei op die lees van die betrokke aanknopingspunte. Word hierdie aanknopingspunte ter omseiling van 'n ander regstelsel kunsmatig geskep, dan het dit tot gevolg dat die eie verwysingsreëls op kunsmatige aanknopingspunte gebaseer word. Daarom is dit noodsaaklik dat daar ook kennis geneem word van die omseiling van ander regstelsels as die *lex fori*.

Die hof verwerp verder die argument dat die reg van die plek van pleging moet geld vanweë die feit dat 'n onregmatige daad hier voor hande is, en wel deur 'n huweliksoortreding (*in casu* owerspel) van 'n onregmatige daad te onderskei:

“The fundamental difference between delictual liability and the theory of divorce is that the former involves compensation for breaches of duty imposed by law, while the latter aims at relief from matrimonial duties by extinction of an existing status and concerns primarily the policy of the decree-granting state”. (903E).

²Sien Van Rooyen *Die kontrak in die Suid-Afrikaanse internasionale privaatreë* (Kaapstad 1972) 29 e.v.

³1927 OPD 255.

⁴Sien Hahlo *The South African law of husband and wife* (Kaapstad 1969) 582.

⁵Sien Van Rooyen a.w. 172 e.v.

⁶Sien Batiffol *Droit international privé* (Parys 1969) 423; Kosters en Dubbink *Algemeen deel van het Nederlandse internationaal privaatreë* (Haarlem 1962) 407.

Aangesien die jongste benadering in die internasionale delikteregerig is op vasstelling van die engste verbonde regstelsel⁷ en daar in hierdie verband kennis geneem word van die sosiale funksies van die verbandhoudende regsreëls,⁸ was dit eintlik, met respek, onnodig om hierdie onderskeid te maak. Dit is juis die kenmerk van die funksionele benadering dat daar weggebreek word van die klassifikasie van feite onder verskillende vakgebiede met gepaardgaande outomatiese toepassing van 'n bepaalde regstelsel. In die onderhawige geval weeg die reëls van die huidige domisilie eenvoudig swaarder as dié van die reg van die plek van oortreding, of laasgenoemde nou as onregmatige daad of as huweliksoortreding geklassifiseer word.

Ter afsluiting kan gemeld word dat regsvergelyking baie belangrik is in die internasionale privaatreë en dat die hof hom uitstekend van hierdie taak gekwyt het. Alleen deur regsvergelyking sal 'n eenheid van benadering by die howe van verskillende lande verkry word en so sal die uitsoek van voordelike jurisdiksies die nek ingeslaan word.

KOBUS VAN ROOYEN

Universiteit van Pretoria

NCS PLASTICS (PTY) LTD V ERASMUS 1973 1 SA 275 (O)

Jurisdiksie - Hoogregshof - Continentia-reël

In hierdie saak vorder die eisers van vier verweerders gesamentlik en afsonderlik betaling van sekere bedrae na bewering verskuldig uit hoofde van 'n borgakte deur hulle geteken te Johannesburg ter versekering van 'n bedrag verskuldig aan die eisers deur Modern Fibreglass (Edms) Bpk. Uit die eisers se besonderhede van vordering blyk dit dat hulle hoofkantoor in Natal is terwyl hulle in Johannesburg sake doen en dat die eerste drie verweerders nie in die Vrystaat woonagtig is nie. Alhoewel dit nie in soveel woorde uit die voormelde pleitstuk blyk nie aanvaar waarnemende regter Brink dat die vierde verweerder wel in die hof se jurisdiksiegebied woonagtig is en dat die hof dus jurisdiksie oor hom het.

Die advokaat van die eisers in die aansoek om vonnis by verstek se argument waarom die hof jurisdiksie oor die eerste drie verweerders behoort uit te oefen, is tereg deur die hof verwerp (276G ev).

Vervolgens ondersoek die hof die moontlikheid van toepassing van die *continentia*-reël in die onderhawige omstandighede. Dit is van

⁷Sien *Chaplin v Boys* 1969 2 All ER 1085 (HL); *Babcock v Jackson* 240 NYS 2d 743 (1963).

⁸Sien Joerges *Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts* (Berlyn 1971) 87 ev.

belang om hierdie ondersoek te beoordeel teen die agtergrond van die hof se aanvaarding dat dit wel jurisdiksie oor die vierde verweerder het. Volledigheidshalwe dien daar hier vermeld te word dat die *continentia*-reël vir die eerste maal in ons regspraak ter sprake gekom het in die uitspraak van hoofregter LC Steyn in die saak *Roberts Construction Co Ltd v Willcox Bros (Pty) Ltd* 1962 4 SA 326 (A).

Die ratio van die *continentia*-reël soos uiteengesit in die bogemelde gewysde word deur waarnemende regter Brink korrek opgesom in die saak onder bespreking waar hy sê: "The underlying reason for this rule is the avoidance of an unnecessary multiplication of actions concerning the same subject-matter, which may cause inconvenience and may result in contradictory judgments" (278A).

Die uitlating van die geleerde regter wat onmiddellik op die aangehaalde gedeelte volg (en waarvoor geen gesag aangehaal word nie), is myns insiens egter nie met die *continentia*-reël soos uiteengesit in die uitspraak van die appèlafdeling in die *Roberts Construction*-saak te vereenselwig nie. Intendeel, dit skyn ook in 'n sekere sin teenstrydig te wees met die geleerde regter se eie interpretasie van die ratio van die reël soos uit die bogemelde aanhaling uit die uitspraak blyk. Waarnemende regter Brink wil die toepassing van die reël soos volg beperk: "Before this rule can be applied it must, therefore, be established that there is no other *forum* which has jurisdiction in respect of all the defendants on the other recognised grounds of jurisdiction. And in the case of an application for judgment by default, the summons should, in my view, contain averments which make it clear that this is the case" (278A-B).

Eerstens val dit dadelik op dat volgens die eisers se besonderhede van vordering beweer word dat die borgakte deur die verweerdere te Johannesburg onderteken is (276C). Die noodwendige implikasie hiervan is dat die Transvaalse provinsiale afdeling of die Witwatersrandse plaaslike afdeling derhalwe as die *forum contractus* jurisdiksie in 'n aksie teen al vier die verweerdere uitoefen. In die lig hiervan kom dit dan vreemd voor dat die regter verlof aan die eiser verleen om sy besonderhede van vordering te wysig en om weer aansoek om verstekvonnis teen die eerste en tweede verweerdere te doen "if there are further facts which may justify the application of the rule in this case." Daar kan terloops opgemerk word dat 'n mens nêrens in die uitspraak lees wat die lot van eiser se eis teen die derde verweerder was nie maar vermoedelik was dit dieselfde as in die geval van die eerste en tweede verweerdere.

Tweedens is daar niks in die *Roberts Construction*-gewysde wat die beperking wat die waarnemende regter op die toepassing van die reël wil lê, naamlik dat dit slegs van toepassing kan wees waar dit vasstaan dat geen ander hof oor al die verweerdere jurisdiksie het nie, regverdig

nie. 'n Noukeurige studie van die bronne in die appèlafdeling se uitspraak in die *Roberts Construction*-saak noop 'n mens eerder tot die gevolgtrekking dat dit juis beoog word dat meerdere verweerders op dieselfde skuldoorsaak in dieselfde hof aangespreek moet word om 'n vermenigvuldiging van aksies en moontlike teenstrydige uitsprake te vermy (332H 334EF en die hoofregter se opmerkings op 336ABC).

Derdens is dit alom bekend dat meer as een hof dikwels jurisdiksie kan hê om 'n geding tussen twee partye te besleg bv die een *ex ratione contractus* en die ander uit hoofde van die feit dat die verweerder 'n *incola* van sy gebied is. Die eiser is *dominis litis* en dit is gevestigde reg dat hy kan kies in watter hof hy die verweerder wil aanspreek. Waarom moet daar dan by die *continentia*-reël die uitsondering gemaak word dat dit eers moet vasstaan dat 'n ander hof nie oor al die verweerders jurisdiksie het nie alvorens hierdie jurisdiksiegrond van krag word? So 'n uitsondering is onhoudbaar en onnodig beperkend op die eiser se reg om die *forum* te kies waarin hy 'n verweerder wil aanspreek. In elk geval skyn dit by die oorweging daarvan of 'n bepaalde afdeling jurisdiksie het nie ter sake te wees of 'n ander afdeling ook jurisdiksie in dieselfde saak mag uitoefen nie. Die appèlafdeling het in *Sonia (Pty) Ltd v Wheeler* 1958 1 SA 555 (A) beslis oor die ontvanklikheid van 'n eis in die destydse plaaslike afdeling Oostelike Distrikte. Op 560 sê die hof: "The mere fact that the Transvaal Court may have jurisdiction as it is the domicile of the defendant and that the Court of the Orange Free State may have jurisdiction, as that is where the contract was entered into . . . has nothing to do with the enquiry, which is whether the Eastern Districts Court has jurisdiction."

Dit is merkwaardig dat daar in die onderhawige gewysde geen verwysing te vinde is na *New York Shipping Co (Pty) Ltd v EMMI Equipment (Pty) Ltd* 1968 1 SA 355 (SWA) nie. In hierdie saak was die eiser en sommige van die verweerders *peregrini* van die hof terwyl twee verweerders wel binne die jurisdiksie van die hof was. Die hof bevind ook dat dit nie jurisdiksie *ratione rei gestae* kan uitoefen nie maar beslis dat uit hoofde van die *continentia*-reël (met 'n beroep op die *Roberts Construction*-saak) dit wel jurisdiksie oor al die verweerders het. Weliswaar koppel die hof die kwessie van onderwerping as 'n faktor om jurisdiksie uit te oefen aan die aanwesigheid van die *continentia*-jurisdiksiegrond maar dit word met respek aan die hand gedoen dat selfs al sou die leerstuk van onderwerping nie ter sprake gekom het nie, die uitspraak nogtans korrek sou wees.

Dit is in die verband ook nodig om die aandag te vestig op die bepalings van a 19(1)(b) van Wet 59 van 1959. Hierdie sub-artikel is ingevoeg deur a 2 van Wet 41 van 1970 en lui soos volg:

"'n Provinsiale of plaaslike afdeling besit ook regsbevoegdheid oor 'n persoon wat buite sy regsgebied woon of is en wat gevoeg word as 'n party

by 'n geding met betrekking waartoe daardie provinsiale of plaaslike afdeling regsbevoegdheid besit of wat ingevolge 'n derde-party-kennisgewing 'n party by so 'n geding word, indien bedoelde persoon binne die regsgebied van 'n ander provinsiale of plaaslike afdeling woon of is."

Die vraag kan wel gevra word waarom die hof nie in die saak onder bespreking jurisdiksie ingevolge die bepaling van bogenoemde artikel uitgeoefen het nie. Sover my kennis strek, het die uitleg van subartikel 1(b) nog nie in ons howe ter sprake gekom nie, maar dit is duidelik dat die bepaling daarvan juis daarop gemik is om gevalle soos dié in die onderhawige saak te reël (vgl Debatte van die Volksraad: 10 Augustus–14 Augustus 1970 kolom 1621).

Ten slotte staan dit soos 'n paal bo water dat die uitspraak in die *Roberts Construction*-saak 'n belangrike bydrae was tot ons reg met betrekking tot die jurisdiksie van die hooggeregshof. Die vertrouwe word hier uitgespreek dat ons howe hierdie bydrae sal uitbou sonder om enersyds die perke van die *continentia*-reël te oorskry en andersyds onnodige beperkings op die aanwendingsgebied daarvan te plaas.

JP DE BRUIN

Potchefstroomse Universiteit vir CHO

**BULFORD V BOB WHITE'S SERVICE STATION (PVT)
LTD 1973 1 SA 188 (RA)**

Nalatigheid – Plig van 'n diensstasie wanneer olielekke aan 'n motorvoertuig herstel word – Plig om 'n onkundige eienaar te waarsku teen die gevaar verbonde daaraan om nie die hele masjien op te doen nie

Gedurende Januarie 1971 het die appellant haar motor aan die respondent gegee met die opdrag om sekere olielekke te herstel. Op 14 Februarie dieselfde jaar was sy egter verplig om die motor terug te neem aangesien die werk nie na behore gedoen was nie. Op die werkskaart is hierdie keer aangeteken: "Attend to motor as necessary."¹ Die respondent het by die geleentheid onderneem om die koste van die arbeid self te dra, terwyl ooreengekom is dat mev Bulford vir die onderdeel sal betaal. Minder as twee maande daarna (8 April) raak die masjien onklaar, die herstelkoste waarvan 'n bedrag van \$458,85 beloop. Hierdie bedrag eis sy toe in die verhoorhof van die verweerder op grond van ". . . the defendant's negligent or incompetent workmanship in failing to attend to the engine as necessary . . ."² In hierdie bespreking word nie op alle aspekte van die saak ingegaan nie, maar slegs op hierdie grond vir die aksie en die betekenis daarvan.

¹bl 195 van die verslag.

²bl 189.

Uit die getuienis blyk dat die herstel onder andere ingesluit het die slyp van die kleppe, vervanging van ringe, ens sonder dat die hooflaers vervang is. Uit deskundige getuienis blyk verder dat ten minste ook dit gedoen moes gewees het, omdat genoemde herstelwerk die oliedruk sodanig sou verhoog dat die reeds verslete laers – die masjien het reeds 50 000 myl afgelê – die drukking nie sou kon weerstaan nie.

Die verhoorhof het teen die eiseres beslis en staan 'n teeneis ten opsigte van uitstaande herstelkoste aan die verweerder toe. Die landdros het verder bevind dat die skade ontstaan het as gevolg van die onvolledige herstelwerk, maar “. . . the respondent had not contracted to do anything more than it did . . .”³ Die landdros het verder toegegee “. . . that . . . there was a duty of care owed by a garage proprietor to give a warning to his customer in these circumstances . . .”⁴ en vervolg: “One must also accept that it would be the duty of a garage or service station, such as the defendant company, to advise the owner of such vehicle of this fact or set of facts.”⁵

Ar Lewis bevestig hierdie siening in die volgende woorde:

“It seems to me that the magistrate was correct in stating that such a duty of care on the part of a garage proprietor does exist, but, in my view, he did not go far enough in stating what the duty of care is. It seems to me, particularly when, as here, one is dealing with the owner of a car who is admittedly completely ignorant of what goes on inside an engine and of mechanical matters generally, that it would be necessary to warn the customer in a case such as the present of the risk which is inherent in doing only the top overhaul without the fitting of a new sub-assembly or a complete overhaul of the engine, and of the fact that merely doing the one without the other is likely to be a waste of money and a useless exercise because for the sake of putting right oil leaks there is a likelihood of having the whole engine ruined. As I have said, however, it was never part of the appellant's case on the pleadings that this duty of care existed and that the respondent was in breach thereof”⁶

want as sy dit kon bewys, was daar geen twyfel dat die hof anders sou besluit het as wat hy inderdaad gedoen het nie.

Wat is dan die betekenis van hierdie saak? Dit is algemene kennis dat die appèlhof uiteindelik die appèl van mev Bulford van die hand gewys het omdat sy nie kon bewys dat White inderdaad verskuldig was wat sy van hom geëis het nie. Nogtans is die *ratio* van die beslissing van groot betekenis. In hierdie saak is naamlik die hele probleem van deliktuele aanspreeklikheid op grond van 'n late weer eens in die kalklig gestel. Daar word respekvol in oorweging gegee dat die Rhodesiese appèlhof in hierdie saak die regte weg ingeslaan het.

³bl 190.

⁴ibid.

⁵ibid.

⁶bl 191.

Baie kursories en oppervlakkig word die aandag weer gevestig op die langdurige diskussie wat aan die gang is rondom 'n late as deliktuele aanspreeklikheidsgrond.

McKerron⁷ wil onderskei tussen 'n "... omission in the course of performing a positive act . . ." wat grond bied vir aanspreeklikheid teenoor "passive inaction".

Daarteenoor proklameer Van der Merwe en Olivier⁸ dat ". . . gedraging van persone nie vatbaar [is] vir indeling onder die hoofde *commissio* en *omissio* nie . . .", maar dat alle willekeurige gedraging van die mens deliktueel aanspreekbaar is.

'n Derde rigting word deur die Suid-Afrikaanse howe ingeslaan wat 'n late as voldoende grond erken waar sprake kan wees van "prior conduct".⁹ In die verband van die saak onder bespreking moet die onlangse *Blore v Standard General Insurance Co*¹⁰ genoem word. Die feite was soortgelyk aan dié van die Bulford-gewysde. In die oplossing van die probleem is hier egter op die voetspoor van die neergelegde reëls naarstiglik gesoek na "prior conduct". Dit is dan ook uiteindelik gevind in die herstel van die stuurmeganisme sonder om die eienaar van die bestaande defekte in te lig.

Appèlregter Lewis het egter nou die deur geopen vir 'n nuwe verklaring en benadering van die onderhawige probleem wat hier respekvol ter oorweging gegee word.

Daar kan gesê word dat 'n delik of onregmatige daad 'n regsken-dende optrede is. Daarby kom dan dat dit skade of nadeel vir 'n ander tot gevolg moet hê. Dit is die nakoming van 'n plig wat jou van regsweë opgelê word. Die regsplig kan enige gedraging tot voldoening verlang, hetsy 'n *commissio* of 'n *omissio*. Die reg kan dus verwag dat 'n persoon handelend optree en hom die versuim daarvan verwyte. Hierdie versuim bring onmiddellik ook mee dat daar 'n verbintenis ontstaan tussen die persoon wat versuim het en die persoon teenoor wie hy 'n plig gehad het.¹¹

Wat McKerron en Van der Merwe en Olivier dus uitsonderings op die reël dat 'n *omissio* nie aanspreekbaar is nie, noem, moet eerder gesien word as omstandighede wat reeds deur die reg gepositiveer is

⁷1961 (78) SALJ 14 n 9.

⁸Die *Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* 50.

⁹Behalwe al die sg "munisipale sake" word ook gedink aan oa *SAR v Estate Saunders* 1931 AD 276; *Silva's Fishing Corp v Mawexa* 1957 2 SA 256, ea.

¹⁰1972 2 SA 89 (O).

¹¹Hierdie beginsel is tog reeds in die Skrif neergelê. Vgl Deut 22 8: "As jy 'n nuwe huis bou, moet jy 'n leuning aan jou dak maak, sodat jy geen bloedskuld op jou huis bring as iemand daarvan afval nie."

waarvolgens 'n persoon 'n regsplig opgelê word om te handel, die verbreking waarvan 'n delik tot gevolg het. Onder die omstandighede tel dan die bekendes: 1 'n voorafgaande (gevaarskeppings- handeling, 2 die beheer oor 'n gevaarlike voorwerp, 3 die bestaan van 'n besondere verhouding tussen die partye – die “duty of care” in die saak onder bespreking, 4 die bekleding van 'n openbare amp, en 5 sekere statutêre bepalings.

BJ VAN JAARVELD
Potchefstroomse Universiteit vir CHO

The legislature is, par excellence, a deliberative body, and for deliberation two heads are better than one, and two hundred better than two.

Stephen Leacock *Elements of Political Science* 154

Boeke

DIE JURIDIESE FUNKSIE VAN STAAT EN KERK

deur JD VAN DER VYVER

Butterworths Durban 1972; xxi en 232 bl.; prys hardeband R12,00, sagteband R9,25

Die titel is in 'n mate misleidend. 'n Mens sou volgens die titel verwag dat die werk hoofsaaklik handel oor die verhouding tussen kerk en staat as 'n eeue-oue juridiese probleem.

Maar dan blyk uit die skrywer se voorwoord dat hy eintlik 'n ander opset het: "In hierdie werk word die beginselgrondslae van die sogenaamde Calvinistiese wysbegeerte ten opsigte van menslike samelewingskringe waarvan die beginsel van soewereiniteit in eie kring die kern is, met die oog op die verhouding tussen staat en kerk beproef" (bl VI). Tereg merk die skrywer ook in sy voorwoord op: "dis 'n probleem waarvan die aksente van tyd tot tyd en van plek tot plek verskil." Hierdie werk is heel spesifiek met die oog op Suid-Afrika geskrywe waar "staat en kerk wel soewerein naas mekaar optree, maar godsdien en politiek dikwels intiem verstrengel raak" (bl V).

Ons het die werk met groot verwagting ter hand geneem en gehoop dat ons hier eindelijk 'n antwoord sou vind op die lastige vrae waarmee elke juris worstel telkens wanneer hy met 'n regsdeding waarby die kerk betrokke is, te doen kry. Die reg moet immers 'n bepaalde regsfiguur vind vir elke persoon of groep persone (*persona, corpus, societas*) wat aan die regsverkeer wil deelneem.

Reeds uit die voorwoord is dit egter duidelik dat die skrywer hom nie hiermee gaan bemoei nie, maar vanuit 'n "prinsipieel verankerde dogma" na sy onderwerp kom. Vir hom is sy uitgangspunt die Calvinistiese wysbegeerte met die hoofklem op die stelsel van Dooyeweerd in sy *Wysbegeerte van die Wetsidee*, wat eintlik die finale beslag gegee het aan die beskouing dat die maatskappy uit verskillende menslike samelewingsverbande bestaan wat almal 'n bepaalde soewereiniteit in eie kring daarop nahou.

Die eerste helfte van die werk handel uitsluitlik oor die ontwikkeling van die beginsel van soewereiniteit in eie kring soos dit deur Nederlandse Calvinistiese teoloë en wysgere Groen van Pinsterer, Abraham Kuyper en uiteindelik by Herman Dooyeweerd tot volle

wasdom gekom het. Vir die leser wat geen teologiese agtergrond het nie en ook nie ten volle vertrouwd is met Dooyeweerd se filosofie nie, bied die skrywer waardevolle en lesenswaardige agtergrondkennis aan. Ek het groot waardering vir 'n *regsgeleerde* se diepgaande kennis van hierdie teologiese en filosofiese reuse wat die Calvinisme in Nederland opgelewer het. Hierdie afdeling van die werk kan egter vir die doel van hierdie resensie buite bespreking gelaat word, behalwe hoofstuk 6 "Relevansie van die Beginsel van Soewereiniteit in Eie Kring", wat eintlik ook goedskiks as samevattende en kritiese beoordeling aan die einde van die boek kon geplaas gewees het, en in 'n mate deur die slot-hoofstuk 10 gedupliseer word. Hy maak onder andere 'n interessante onderskeiding tussen *soewereiniteit in eie kring* en *outonomie*. Eersgenoemde het te doen met samelewingskringe wat van mekaar verskil in hulle aard en struktuur, byvoorbeeld kerk en staat. Laasgenoemde sien op die mate van selfstandige bevoegdheid wat 'n deel van 'n geheel besit, byvoorbeeld 'n provinsie teenoor die sentrale regering of munisipaliteit teenoor die provinsiale owerheid.

Binne die kerk kan dus ook 'n outonomie wees van kerkraad teenoor ring of sinode.

Dit is 'n nuttige en suiwer metode van onderskeiding tussen die relatiewe bevoegdhede van verskillende instansies onderling. Belangrik vir die verstaan van die regsbevoegdheid van elke eie kring is: "Die Calvinisme [bely] dat 'daar soveel regsringe of regsordes [is] as wat daar sosiale formasies is', met in elke radikaal-tipiese sosiale kring 'n interne regsvormende orgaan, wie se regsvormende kompetensie hom uit eie hoofde toekom en nie 'n vergunning van die staat is nie" (bl 94).

Dit lei tot die gevolgtrekking: "dit impliseer weer dat die kerk 'n eie interne regskring vorm met 'n oorspronklike kompetensie tot regsvorming binne daardie kring" (bl 94). Hiermee kan ons saamstem mits daarby gesê word dat hierdie regsvorming alleen betrekking het of kan hê op interne aangeleenthede en nie in stryd mag wees met publiek-regtelike bepalinge van die staatsgesag nie. En daarom moet die skrywer ook self erken: "dat die staat hom tog, op juridiese gebied, in 'n bevoorregte situasie in vergelyking met die kerk bevind" (bl 95).

Dit moet ook noodwendig lei tot botsings omdat "staatlike regsvoorskrifte die hele mens tref, óók as kerklidmaat, en dat die kerklike regsvoorskrifte eweneens op die mens in sy volheid, ook as staatsonderdaan van toepassing is" (bl 97).

Waar die regsvoorskrifte van kerk en staat bots, moet "die kerk se voorskrifte altyd wyk voor die van die staat" (bl 96).

In so 'n geval word dit 'n gewetensvraag vir die voorwerp (kerklidmaat en staatsonderdaan) of hy die staatsverordening mag gehoorsaam ten koste van sy gewetensoortuiging. In hierdie verband maak die

srywer gebruik van die onderskeiding dat die staat geen bevoegdheid het om "pistiese wette" - dws wette wat oor geloofsake handel - te maak nie. Doen die staat dit wel dan is dit *skynreg* en laat dit die lidmaat vry om dit met 'n goeie gewete te verontagsaam soos in die geval van 'n Daniël, wat ongehoorsaam was aan 'n bevel wat die "inwoners van Babilon op straf verbied om God sigbaar te aanbid" (bl 96).

Dooyeweerd probeer volgens die srywer die probleem van belangebotsing tussen kerk en staat oplos deur "die kerk se oorspronklike regs vormende kompetensie [in te perk] tot betreklik onbeduidende aangeleenthede waarin die staat geen interesse hoegenaamd het nie" (bl 97), terwyl die staat wel bevoegdheid het oor alle "eksterne" aangeleenthede. In dié opsig sou die soewereiniteit in eie kring nie oortree kan word nie, aangesien die "staat inderwaarheid nie kompetent [is] om oor aangeleenthede te beskik wat glad nie die belange van die staat aangaan nie" (bl 98).

Dat hierdie oplossing te simplisties is, word deur die srywer toegegee, "want staatsabsolutisme openbaar homself nie soseer ten opsigte van daardie aangeleenthede waarby sowel staat as nie-staat geen interesse het nie, maar kom juis tot uiting in die staat se hantering van daardie aangeleenthede waarby sowel staat as nie-staat (byvoorbeeld die kerk) belang het" (bl 98). En wanneer die staat dit doen dan gaan dit onder die vaandel van "openbare belang". Dit weer is van 'n suiwer subjektiewe interpretasie van die wetgewer afhanklik. Ons is dit roerend met die srywer eens as hy beweer "dat 'n mens staatsabsolutisme per slot van sake nie met 'n teoretiese formule kan uitwis nie. Die beginsel van soewereiniteit in eie kring kan wel ons verset teen staatsabsolutisme verantwoord, maar die verwerkliking van 'n daadwerklike christelike staat kan alleen gegrondves word in die herbore hart in Christus Jesus van ons regeerders" (bl 99).

Ons wil weer kom by die titel van die werk:

Die juridiese funksie van staat en kerk

Hiervoor moet ons blaai na die tweede afdeling:

Positiewe regsreëlings aangaande die verhouding van staat en kerk.

Hier word vervolgens gehandel oor die situasie in die VSA, die Verenigde Koninkryk en Suid-Afrika. Die Verenigde State is volgens die srywer doelbewus ingestel op die algehele skeiding tussen die staat aan die een kant en kerk en godsdiens aan die ander kant. Daarteenoor handhaaf die Verenigde Koninkryk 'n algehele vervlegting van staat en kerk en word die kerk deur parlementêre wetgewing tot staatskerk verhef en die koning tot hoofbeskermheer van die geloof.

Albei hierdie stelsels word deur ernstige probleme gedruk.

Die Amerikaanse stelsel dryf skeiding tussen kerk en staat so op die spits dat dit "aanleiding gee tot volkome sekularisasie van die

staat en alle staatlike en semistaatlike instellings” (bl 127), en aan die ander kant probeer die staat die absurde standpunt handhaaf dat hy hom op geen wyse met die godsdiensvryheid van die individu mag bemoei nie. So word ’n geval aangehaal (bl 109) waar ’n Sewende-Dag Adventis aansoek gedoen het om steun onder ’n werkloosheids-kompensasieskema omdat hy geen werk kon kry waar hy nie ook op Saterdag sou moes werk nie. In appèl is sy aansoek gehandhaaf omdat werk op Saterdag in sy geval sy godsdiensvryheid sou aantast! Aan die ander kant het die houe tog ’n onderskeid gemaak tussen “belief” en “practice”. ’n Mormoon kan nie op grond van sy godsdienstige oortuigings die *praktyk* van bigamie beoefen nie! Die houe handhaaf ook Sondagwette, nie om godsdienstige redes nie maar om gesondheidsredes! Dit val binne die bevoegdheid van die staat om sy burgers te beskerm teen oor-uitputting as gevolg van ononderbroke arbeid! (bl 119).

Die stelsel in die Verenigde Koninkryk gaan weer gebuk onder ander besware wat goedsikks in skrywer se eie woorde gestel kan word: “Die Verenigde Koninkryk troetel bevoorregte staatskerke; die land se geskiedenis wemel van blyke van onverdraagsaamheid op godsdienstige gebied; en by die skrywe hiervan is doodslag en geweldpleging, wat voortspruit uit godsdienstig-politieke verskille en wat grens aan die afmetings van ’n burgeroorlog, in Noord-Ierland aan die orde van die dag” (bl 128).

In teenstelling met die verskanste godsdiensvryheid in die VSA is daar geen “onwysigbare” of “moelik wysigbare” regsvoorskrifte in die Verenigde Koninkryk wat godsdiensvryheid waarborg nie (bl 128). Maar uit hoofde van die feit dat ’n staatskerk by wetgewing ingestel is, gee dit aan die staat die reg om hom vryelik in te meng in die sake van die kerk en moet al die kerklike bepalinge deur die parlement bekragtig word - die kerk van Engeland kan byvoorbeeld nie eers sy gebedeboek sonder parlementêre sanksie wysig nie (bl 137).

Die sogenaamde onverbonde kerke mag bestaan en hulle bedryghede voortsit onder beskerming van staatswette (bl 144-145).

Die posisie in Suid-Afrika, wat ’n posisie tussen dié van die VSA en die Verenigde Koninkryk inneem, word in ’n uitvoerige hoofstuk deeglik behandel. Daar word ’n verdienstelike ontleding gegee van die grondwetlike posisie soos beliggaam in *Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1961*; *die Christelike prinsipes van die Suid-Afrikaanse reg*, en *Staat- en kerkverhouding in die Suid-Afrikaanse reg*.

Wat die grondwet betref, kom die skrywer tot die interessante gevolgtrekking dat a 2 in wese nie ’n regsreël *qua* juridiese norm is nie, “maar as pisties gekwalifiseerde geloofsbelydenis het dit tog op juridiese gebied betekenis . . . hoewel daardie belydenis die regering en

wetgewer nie in juridiese sin bind nie, lê die beleid en belofte daarin opgesluit om die land christelik te regeer en van christelik georiënteerde regsvoorskrifte te voorsien" (bl 157).

Maar sou sodanige "pistiese" regsreëling dan nie volgens Dooyeweerd as "skynreg" aangemerkt moet word nie?

Wat die christelike prinsipes van die Suid-Afrikaanse reg betref, het die reg *via* die Romeinse en Romeins-Hollandse reg tog 'n beslis christelike karakter gekry. Dit kom veral uit in byvoorbeeld die *Wet op die Nasionale Onderwysbeleid*, die Sondagswette en strafregtelike voorskrifte teen "handelinge waardeur die godsdienstige gevoelens van persone aangetas word" (bl 166).

Wat betref *Staat- en kerkverhouding in die Suid-Afrikaanse reg*, word uit die wetgewing aangetoon: "Suid-Afrika het geen Staatskerk nie; en die feit dat die Suid-Afrikaanse staatsinstelling op 'n christelike grondslag gefundeer is, wil nie sê dat 'n bepaalde kerklike denominasie enigsins van staatsweë bevoorreg word nie" (bl 170).

Uit die geskiedkundige oorsig blyk dat dit nie altyd die geval was nie. Die kerk in die Kaap het vanaf die begin onder die sorg van die kompanjie gestaan. De Mist se kerkorde het die kerk geheel aan die staat onderwerp. Ordonnansie 7 van 1843 het aan die kerk 'n ruim kompetensie verleen om interne eie sake te hanteer, maar tog ook nog staatseggingskap behou. Hierdie ordonnansie is eers in 1961 finaal afgeskaf. Die kerk in die ou Zuid-Afrikaanse Republiek het ook begin as staatskerk, maar dit het geleidelik verval. Vanaf die totstandkoming van Unie "[is] die bemoeiing van die staatlike wetgewer met die interne aangeleenthede van kerke tot 'n absolute minimum beperk" (bl 177).

Teen hierdie agtergrond word in die laaste hoofstuk 'n beoordeling gegee van hoe staat, kerk en godsdienste binne die raamwerk van die beskouing *soewereiniteit in eie kring* ingepas kan word. Ons het reeds hierbo opgemerk dat veel van wat hier gesê word reeds in hoofstuk 6 gesê is.

Die skrywer kom tog nie tot volkome duidelikheid oor wanneer en waar die staat bevoegd is om hom in te meng in die suiwer interne of huishoudelike aangeleenthede van 'n kerk nie. As voorbeeld kan genoem word die sogenaamde "kerkklausule" van die Bantoe (Stadsgebiede)-Konsolidasiewet, 1945 (wet 25 van 1945), soos gewysig deur a 29(d) van die Wysigingswet op Bantowetgewing, 1957 (wet 36 van 1957), wat "'n Bantoe kan verbied om kerkdienste in sekere gebiede by te woon" (bl 87). Skrywer meen "die vraag of blank en nie-blank sáám erediens in blanke woongebiede mag bywoon, bring, in die Suid-Afrikaanse situasie, meerdere belange in gedrang. Daarom eis die staat vir hom in dié verband seggingskap op" (bl 184).

Onses insiens moet die klem hier nie val op die *bywoon* van erediensie nie, maar op die Bantoes wat 'n oorlas of steurnis kan veroorsaak op 'n plek en tyd waar hulle normaalweg nie sou wees nie. Dit is ook die versekering wat deur die destydse minister aan die kerk gegee is: dit is of was nooit die bedoeling van die owerheid om hom in te meng met die reg van die kerk om te bepaal wie sy dienste mag bywoon nie. Die staat het alleen te doen met die moontlike gevolge van die aanwesigheid van persone op bepaalde plekke. So gesien, word hier tog 'n skeiding gehandhaaf tussen die private interne aangeleenthede van die kerk en die publiekregtelike bevoegdhede van die staat. Indien die staat egter van sy reg gebruik sou maak deur nie-blankes te verbied om op 'n sekere perseel op 'n sekere tyd te wees, dan word die betrokke kerk se deure op daardie wyse indirek vir hulle gesluit. Ons moet dus met die skrywer saamstem: "as daar nie *absolute* noodsaak vir so 'n voorskrif bestaan nie, moet Suid-Afrika daarsonder klaarkom. Die blote feit dat 'n kerkdeur op aandrang van die staat (en nie van die betrokke kerk self nie) vir wie ook al gesluit word, laat 'n slegte smaak in die mond van enigeen wat die Woord van God aan almal verkondig wil sien" (bl 180).

Die volgende stelling moet gekorrigeer word: "Die soewereine kompetensie van die kerk om self reg te vorm, toe te pas en *af te dwing* (ek kursiveer) het alleen op suiwer interne aangeleenthede van die kerk betrekking." Die kerk het wel die reg om sy eie ordebepalings te maak maar nie die reg om dit *af te dwing* nie. Die kerk se gesag is steeds die van die liefde wat versoek, vermaan, pleit maar nooit dwing nie!

Die werk is beslis lesenswaardig. Die skrywer het besondere moeite gedoen om alle betrokke statute te raadpleeg en 'n wye veld van beslissings nagegaan. Met so 'n indrukwekkende juridiese feitemateriaal as agtergrond sou ons graag meer van die juridiese aspekte en minder van die filosofiese wou verneem. Aan die einde bly daar nog onbeantwoorde vrae soos: Het die regswetenskap al 'n bevredigende regsfiguur vir die kerk as samelewingskring gevind? Moes die "suiwer interne sfeer" van die kerk nie verder uitgewerk word nie? Wat is die grense van *salus publica populi*? Het die staat die bevoegdheid om sy pistiese funksie te vervul ook teenoor onderdane wat ander of geen geloofsoortuigings daarop nahou nie?

Alhoewel ek as gelowige heelhartig saamstem met alles wat die skrywer aandui as die pligte van 'n "christelike staat" is daar tog die vraag of ons ooit van 'n "christelike staat" mag praat? Alle state het in die eerste plek die funksie om die orde te handhaaf en alle interverhoudinge binne sy gesagsgebied te bepaal. Die kwalitatiewe beoordeling van 'n staat se handeling sal nie deur die christelikheid van die staat as sodanig bepaal word nie, maar deur die mate waarin die onderdane van die staat deur christelike oortuigings gemotiveer word.

Hierdie werk is baie welkom omdat daar op hierdie terrein nog so min gedoen is. Ons hoop dat dit ook ander juriste en teoloë sal aanspoor om verder aan die verhouding kerk en staat te werk.

FEO'B GELDENHUYS

Aktuaris Nederduitse Gereformeerde Kerk van Suid-Afrika

Pretoria

THE SOUTH AFRICAN LAW OF LANDLORD AND TENANT

deur WE COOPER SC BA LLB PhD

(successor to Wille's *Landlord and Tenant in South Africa*)

liii en 571 bl; Juta & Company Limited Cape Town, Wynberg, Johannesburg, 1973; prys R27,80

Alhoewel die titelblad vermeld dat hierdie werk die opvolger is van Wille se *Landlord and Tenant*, is dit, soos die skrywer in die voorwoord ook aandui, 'n volslae nuwe boek, waarin die gebied op 'n baie breër grondslag behandel word as in die "voorganger."

Die werk gaan in hoofsaak oor die huur van onroerende goed in die algemeen, en die skrywer behandel die stof tot in die fynste besonderhede. Dit skep die indruk dat elke saak wat daar oor huur van onroerende goed gerapporteer is, vermeld en so nodig bespreek word. Na die omvattende bespreking van huur in die algemeen volg 'n intensiewe bespreking van die huurgeldewette en in bylaes word die wette en regulasies aangeheg.

Die boek is in die eerste plek 'n boek vir die praktisyn. Elke faset van die huurverhouding word behandel, met oorfloedige verwysing na beslissings - selfs beslissings wat gaan oor die vertolking van besondere bedinge in besondere kontrakte.

Dit is egter nie net 'n naslaanwerk vir die praktisyn nie, maar ook 'n kritiese beskouing van die dogmatiese grondslae van die reëls wat op die huurverhouding van toepassing is. Alhoewel party van die skrywer se standpunte soms 'n bietjie diepsinniger kon gewees het, is daar weinig waaroor mens kan kibbel.

Die skrywer het 'n werk die lig laat sien wat kan dien as voorbeeld vir ander wat hulle ten doel stel om 'n afgebakende gebied van die reg te beskryf. 'n Werk van die gehalte wat in hierdie boek gehandhaaf word, is hier by ons seldsaam.

Die boek is tegnies goed versorg.

Dit kan sonder voorbehoud aanvaar word as 'n standaardwerk oor huur van onroerende goed hier by ons.

JC DE WET
Universiteit van Suid-Afrika

DG VAN DER KEESSEL, PRAELECTIONES AD JUS CRIMINALE

geregideer en in Engels vertaal deur B Beinart en P van Warmelo, Band III, Juta en Kie Bpk Kaapstad, Wynberg, Johannesburg; prys R25

Hierdie derde band van Van der Keessel se *Praelectiones* oor die strafreg bevat bl 947 tot 1467 van hierdie groot werk. Dit gaan oor D 48 8, 9 en 10 - *Ad legem Corneliam de Sicariis et veneficis, De lege Pompeia de parricidiis* en *De lege Cornelia de falsis et de senatusconsulto Liboniano*. Soos mens kan verwag, word die meeste ruimte in beslag geneem deur die kommentaar op titel 8. Mens sien nou uit na die laaste band, wat hopelik van 'n register voorsien sal wees. Tot tyd en wyl 'n register beskikbaar is, kan hierdie werk nie tot sy reg kom nie.

JC DE WET
Universiteit van Suid-Afrika

A GUIDE TO ADOPTION PRACTICE

saamgestel en uitgegee deur die Suid-Afrikaanse Raad vir Kindersorg, Johannesburg 1972; xii en 86 bl; prys R3,50

Hierdie interessante boekie is saamgestel deur 'n komitee aangestel deur die Suid-Afrikaanse Nasionale Raad vir Kindersorg. Daarin word gestreef om die ideale in die lewering aan die gemeenskap van die besondere diens van aanneming uiteen te sit.

Die welsyn van die kind is die grondslag van 'n aannemingsdiens. Dieselfde beginsel word in die reg gevind waar die belange van kinders ter sprake kom, bv by die toekenning van beheer en toesig oor 'n kind in 'n egskedingsgeding of die latere wysiging van beheer- en toesigbevele.

In die eerste gedeelte van die boek word die verskillende dienste uiteengesit wat 'n welsynsorganisasie behoort te lewer aan almal betrokke by aanneming van kinders. Die organisasie en administrasie van instansies wat aannemingsdienste aanbied, word bespreek en riglyne in dié verband word aangedui.

'n Lang hoofstuk is gewy aan die regsreëls met betrekking tot aanneming. Die bedoeling is om daarmee 'n omvattende verwysings-

bron ten opsigte van die juridiese vereistes by aanneming te skep. In hierdie doel is geslaag. Die bedoeling is duidelik nie om 'n volledige bron van aannemingsreg vir juriste daar te stel nie en die boek sal van weinig waarde wees om ingewikkelde regsprobleme in hierdie verband op te los. 'n Handboek soos dié van E Spiro *Law of Parent and Child*, derde uitgawe 1971 (Juta en Kie), sal steeds aan hierdie behoefte moet voldoen. Die boek kan egter met vrug geraadpleeg word deur enigeen wat met die reg aangaande die aanneming van kinders gemoeid is. Al die nie-juridiese aspekte in verband met aanneming wat onder die aandag van die leser gebring word, stel hom in staat om die regsreëls in 'n breër verband te begryp.

In die algemeen is die weergawe van die positiewe reg in hoofstuk 7 bo verdenking. 'n Onduidelikheid is geleë in paragraaf 7.6 ten opsigte van die wettiging van buite-egtelike kinders. Daar word verklaar dat dit nie vir die natuurlike ouers van 'n buite-egtelike kind nodig is om nadat hulle getroud is, die kind aan te neem ten einde dit te wettig nie, omdat so 'n kind deur die huwelik *ipso iure* gewettig word. Die posisie is egter nie so eenvoudig nie, want ten spyte van die beslissing in *Ex parte J* 1951 1 SA 665 (O) en al die *obiter dicta* waarna FA de Villiers verwys in 1970 *SALJ* 98 ev is die vraag of die owerspelige kind gewettig word deur die daaropvolgende huwelik van sy ouers, nog nie finaal in ons reg beantwoord nie. Die vraag of 'n bloedsken dige kind *per subsequens matrimonium* gewettig kan word, is nog nooit in ons reg beantwoord nie. Dit blyk egter dat aanneming waarskynlik die enigste metode is waardeur 'n bloedsken dige kind gewettig kan word - 'n mens dink hier byvoorbeeld aan die geval waar 'n kind gebore is uit 'n verhouding wat voor die inwerkingtre ding van die Huwelikswet 26 van 1961, bloedsken dige was, maar daarna nie meer nie, maw die bloedsken dige kind se ouers is later in die posisie om te trou.

Die laaste hoofstuk getitel *The Future* bespreek enkele ontwikkelings wat oorweging behoort te geniet. Ook tov die regsreëls in verband met aanneming word behoeftes vermeld waarvoor nuwe maatreëls getref moet word. Aspekte soos die registrasie van aannemingsagentskappe, afstanddoening deur die ouers van alle regte tov die kind ipv blote toestemming tot die aanneming, uitbreiding van die geheimhouding van aannemingsrekords, betaling van vergoeding aan die agentskap vir die diens gelewer in verband met die aanneming, ens word vermeld.

Probleme word ervaar deurd at die toeval van 'n intestate erfenis die aangenome kind se aanpassing in die aanneming nadelig kan beïnvloed. Navorsing is nodig om vas te stel of alle verskille tussen die juridiese status van 'n aangenome kind en 'n biologiese kind uit die weg geruim behoort te word, en of die uitsonderings wat geld tov

die intestate erfregtelike posisie van 'n aangename kind, verder aangepas moet word. In hierdie verband behoort ook aandag gegee te word aan die posisie van 'n aangename kind wat nie binne die omskrywing van "aangename kind" soos in art 1(ii) van die Kinderwet 33 van 1960 omskryf, val nie; byvoorbeeld 'n kind wat in die buiteland volgens 'n aannemingsbevel van daardie land aangeneem is. Volgens die Suid-Afrikaanse reg is dit twyfelagtig of so 'n kind in Suid-Afrika intestaat van sy aannemende ouers kan erf.

Die boek, wat ook in Afrikaans verkrygbaar is onder die titel *Riglyne vir Aannemingspraktyk in Suid-Afrika*, word met vrymoedigheid aanbeveel vir enige persoon wat met die aanneming van kinders te doen het.

AH BARNARD

Universiteit van Suid-Afrika

PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW

by IAN BROWNLIE

1973 Clarendon Press Oxford; p xxxvi and 733; price R9,75

When the first edition of Brownlie's *Principles* appeared in 1966, the international law teacher and student may have wondered whether there was in fact any practical need for yet another textbook on the general principles of international law. The Anglo-American world of international law learning does not have a serious shortage of good manuals and textbooks on the general principles of this branch of the law. In addition to the considerable number of works by authors in England, America and other English-speaking countries, there were other remarkable treatises by Continental writers (eg Verzijl's monumental work on international law in historical perspective) which were also written in English. Although it could be maintained that the English-speaking world was still waiting for works on specific and rather specialised topics, and especially for works on some more theoretical aspects, like the basis of international co-operation and humanitarian intervention, or the foundation of internationally accepted rules of state conduct, another textbook on general principles may have raised a legitimate doubt in regard to its necessity.

However, on its first appearance Brownlie's work immediately proved the old truth that there will always be a place and need for a well-written, solid legal textbook, even though the field which it covers may have been dealt with in other works and treatises as well. Once known, this work proved to fill a very essential need, viz that of

a textbook which is, in concept and content, more than a mere introduction to the law of peace, and yet, at the same time, not so elaborate or idealistically "inductive" that it is beyond the reach of the ordinary student, practitioner and academic, whose need is for a clearly worded, practical and, at the same time, comprehensive *vademecum* dealing with the scope and actual application of rules of international law. The author's knowledge and use of sources and materials is indeed impressive and, as his treatment is lucid and uncomplicated, the work can easily and most fruitfully be used as a general reference to other writings and documents. The author avoids intricate argument and tries to "observe the professional standard of what is happening in the world at large and not what is merely pleasing to the eye." The result is a book full of good common sense, richly documented and moderate in tone. There are very few, if any, other English textbooks on international law which, in reference or discussion, show such a complete knowledge and understanding of contemporary Continental writing. This alone makes the work invaluable to English-speaking students and teachers.

As regards both the actual content of the second edition and the scope of the revision which has taken place, the author himself may be quoted (from the preface):

"The second edition has been thoroughly revised. The changes in part reflect particular episodes such as the Vienna Convention of the Law of Treaties and the decision in the *Barcelona Traction* case (Second Phase). New chapters relate to diplomatic and consular relations, techniques of supervision and protection, state succession and other cases of transmission of rights and duties. The treatment of the continental shelf has been expanded and included in a new chapter concerned with submarine areas. New sections relate to treaties and the interpretation of statutes in the United Kingdom (Chapter II), micro-states (Chapter IV), non-recognition and sanctions (Chapter V), novation (Chapter VII), oil pollution casualties and 'pirate' radio (Chapter XI), extra-territorial enforcement measures (Chapter XIV), space vehicles (Chapter XIX), causes of action and control of discretionary powers (Chapter XX), the obligation of putting an end to an illegal situation (Chapter XXII), and the standard of non-discrimination (Chapter XXIV). Topics accorded expanded treatment include the status of municipal law before interpretation tribunals, state immunities, the nationality of corporations, ships and aircraft, *ius cogens*, state contracts, and the law of treaties... A short glossary of technical terms has been provided."

The second edition has been made available in a neat paperback edition and is most reasonably priced. It is warmly welcomed and heartily recommended to the serious student of international law and to the ordinary lawyer who want to update their general knowledge of what is happening in the world of international law practice and learning.

MARINUS WIECHERS
University of South Africa

Chowles and Webster

South African Law of Trade Marks

Second edition by
GC WEBSTER BA LLB
Registered Patent Agent and
Attorney of the Supreme Court
and
NS PAGE BA LLB
Advocate of the Supreme Court

The first edition of *Chowles and Webster*, as it is commonly referred to by those who are concerned with the law of trade marks, company names and trading styles, has since its publication in 1964 established itself not only as the only work of reference on the subject, but also as an authoritative and exhaustive review of the authorities which are of binding or persuasive force in our courts.

A new edition has been rendered necessary by the recent substantial amendment of the *Trade Marks Act* whereby, *inter alia*, provision has been made for the first time in this country for the protection by registration of trade marks relating to services. Furthermore, there has been a wealth of important decisions, both local and foreign, which have been reported since the publication of the first edition (including a number on the interpretation of the 1963 act) and new Trade Marks

Regulations have been promulgated.

The editors of the second edition are one of the original authors, Mr. GC Webster, and Mr. NS Page, a member of the Pretoria bar, who has had a wealth of experience in the field of law concerned and who contributed the chapter on Court Proceedings in the first edition.

The layout and style of the book have been changed so as to present a more logical and readily digestible exposition of the subject and to accord more with the character of a text book. The *Trade Marks Act* and *Regulations* now form appendices to the main text and references are given against specific provisions to the pages of the text dealing therewith. The *Business Names Act 1960*, the *Merchandise Marks Act 1941* and the *Paris Convention* are also reproduced in full.

Pages 553

Price: R25,75

Order from:

Butterworths

PO Box 792 Durban

Aan sy edele doktor LC Steyn

VOORSITTER VAN DIE VERENIGING HUGO DE GROOT

By geleentheid van oud-hoofregter Steyn se 70ste verjaardag op 21 Desember 1973 publiseer die Tydskrif graag die teks van 'n huldigingswoord wat die destydse President van die Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte in Julie 1971 by 'n kongres van die Vereniging te Buffelspoort (Rustenburg) gelewer het.

A look at the career of Dr LC Steyn immediately brings out its variegated nature. He has been both a public lawyer and a private lawyer, an academic, a prosecutor, a writer, a public official and a judge, offices to which he advanced in quick succession. After obtaining the degrees of BA and LLB at Stellenbosch University in 1923 he was appointed as lecturer in the law faculty there (itself only five years old), but after two years he chose to enter the Attorney-General's office in Windhoek and within three years he was appointed Attorney-General for South West Africa. Two years later he became legal adviser to the Department of External Affairs in South Africa and in the same year to the Department of Justice. Ten years later (1943) he was appointed King's Counsel, and in the following year, at the ripe age of two score, he was promoted to senior law adviser. In that capacity he served on no less than four occasions between 1946 and 1951 with the South African team at the United Nations, as well as before the International Court at the Hague in 1950, in what may be described as the first test between South Africa and the United Nations with SWA as the football.

The year 1951 saw his translation to the bench in the Transvaal, 1955 to the Appellate Division, and 1959 his appointment as Chief Justice. His tenure in the highest judicial office lasted till the beginning of 1971, his being the second longest tenure of any Chief Justice in this country and one discharged with great distinction by him.

As could be expected, he wrote several legal works. The thesis for which he gained the LL.D at Stellenbosch University dealt with *Die Staat se Aanspreeklikheid vir Onregmatige Ampsdade*, a work which has unfortunately never been published. His experience in the public service where no doubt he had to interpret many statutes may have been responsible for the publication of his principal work *Die Uitleg van Wette* in 1946, which has now run into a third edition (the 3rd edited by Van Tonder) in 1963.

Professor Kahn in (1971) 88 *SALJ* has described this as a work

recognized as one "of erudition and profundity and a valuable contribution to our stock of legal treatises". A contribution which has had a great impact on my mind was his article on the heir and the executor in the *Tydskrif* of 1937, which challenged the dominant trend to give an heir or legatee a personal right in a deceased estate. It is almost axiomatic that Dr Steyn would be one of the original founder members of the *Tydskrif vir HRH*. In 1955 he succeeded Mr Justice Fagan as president of the Vereniging Hugo de Groot and of its executive, the controlling committee of the journal, on which several colleagues here including myself have the honour and pleasure to serve under him. In this office which he still holds he has contributed greatly not only to the promotion of legal literature in Afrikaans, but to the promotion of academic literature in general and of Roman-Dutch law in particular.

But apart from all this, the principal reason why we are honouring him tonight is that he has from early in its existence showed an interest in this Society and was elected its first patron, in January 1967, when the Society was revived; and may I say that he is one of the few patrons I know who shows an active interest in the body he patronises. He attends meetings of the Society as often as he can, as, indeed, he is doing this week. If I may add a personal tribute, I would like to thank him for his assistance to Prof Van Warmelo and myself in our task of publishing the works of old authors. In our dedication to Van der Keessel's work on Criminal Law we described him as *illustrissimus et honestissimus legum doctor, fautor studiorum scriptorumque juris Romani et Romano-Hollandici et studiosus juris criminalis*—a distinguished and honourable doctor of laws, sponsor of studies in Roman and Roman-Dutch law and himself a student of criminal law. The last statement, as you well know, is a gentle understatement.

In many ways the career of our patron resembled that of a Roman jurist in variety and importance of function. He has been a power behind the scene, in the scenes, and beside the scenes. But like those jurists of Rome and many today, he has not completely escaped controversy, a controversy which regrettably arose from the bar when Dr Steyn was appointed to the bench from the public service. The favourite criticism which was used then was that he had not participated in the hurly-burly of legal practice, a phrase I have never fully understood in its relevance to judicial aptitudes. There may be much hurly in practice but not so much burly, and I have yet to be persuaded that every member of the bar has brought distinction to the bench when appointed. The true test of a judge is surely the legal knowledge and expertise of the appointee, his intellectual capacity and his experience in the affairs of men, his general learning and culture, humanity, integrity and impartiality. Practice at the bar is certainly an excellent, but not necessarily the only, way of acquiring these attri-

butes and virtues. But like most of the Roman jurists of old Dr Steyn did not lose his head. He kept a dignified silence, and by his example and work has shown how misjudged the criticism was; and I hope that his example will serve to make possible the recruitment in small numbers to the judiciary of some persons other than those of the bar, in particular from the universities, to give it some academic leavening, provided, of course, such persons have the qualities and experience I have described.

Dr Steyn's contribution in the judicial sphere will give him an enduring place in our legal firmament. Professor Ellison Kahn in 1971 *SALJ* has stressed that Dr Steyn, while striving to keep faith with the heritage of Roman-Dutch law, was not averse to the comparative approach. He approved of the "attitude taken in certain law schools of *petere fontes* while still, where necessary, making judicious comparisons, not only with English law but with several legal systems". To this assessment I subscribe though I sometimes wished he would have taken a bolder and different line in some cases (such as *Glazer v Glazer* 1964 2 SA and in cases relating to public and administrative law) as, indeed, he took in the *Da Silva* case on omissions in delict, and in his general approach to the problems of responsibility in criminal law. Nevertheless, one could in an adapted sense apply to Dr Steyn what was said of Cicero: *novus homo, rex judiciorum*. He came as a new man and became king of the courts.

Soos almal weet, is dr Steyn 'n Vrystater. Vir hom is Bloemfontein seker die sentrum van die land, miskien van die wêreld. Hy sê altyd aan my: "Julle Kapenaars meen dat die beskawing by die Hexrivier eindig", en dat hy die eintlike plek ken waar dit so eindig, wat hy eendag aan my sal uitwys. Maar nou het hy en sy gade, wat van die verre Noorde van die Swartland kom, na 'n plaas in Viljoenskroon vertrek, waarheen die sentrum nou miskien sal verskuive. Soos menige van sy voorvaders is hy nou 'n boer, en dit is tog Cicero wat gesê het dat die gekultuureerde ook die land teel. Sy regsbiblioteek het na die plaas verhuis, en waar menige mense *rus in urbe* soek, is ek seker dat hierdie plaas, met die groot hulp van mev Steyn, 'n egte *rus urbanum* sal word. Miskien sal hy nou tyd hê om sy doktorsproefskrif tot publikasie te bring, en persoonlik hoop ek dat hy my eendag daardie plek by die Hexrivierberge sal wys!

B BEINART

Souvent instauré par la force, le pouvoir ne dure que par la justice.

Alfred Pose

Die Wet op die Verkoop van Grond op Afbetaling*

ADJ van Rensburg

Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

This article deals with the provisions of the Sale of Land on Instalments Act 72 of 1971 (as amended by Act 72 of 1972) which came into operation on 1 January 1972.

The purpose of the act is to protect persons who buy land on instalments - especially in the event of insolvency of the registered owner or where a judgment creditor or judgment creditors levy execution on the land.

This purpose is attained by various means of which the most important are the following:

- (1) The purchaser obtains the power, in the event of insolvency of the registered owner or where the land has been attached with a view to execution of a judgment, to claim registration of the land in his name on payment of the outstanding balance of the purchase price if the land is not encumbered by a mortgage bond, or on payment of the amount outstanding on the mortgage bond *or* the purchase price, whichever of the two amounts is the greater, if the land is encumbered by a mortgage bond.
- (2) If the purchaser does not exercise the said power, he has in any event on a sale in execution a preferential claim to the proceeds of the land for the portion of the purchase price which he has paid plus 5% interest thereon - his claim ranks in preference directly after a claim which is secured by a mortgage bond over the land.
- (3) The interest which the seller may levy on the purchase price is restricted to the maximum rate which is charged by a building society for a loan secured by a first mortgage bond.
- (4) The maximum amount which the seller may demand "in connection with" the contract from the purchaser or for which he may obtain judgment against the purchaser is strictly limited under section 6(3) of the act.
- (5) The purchaser is further protected in diverse ways, for example as regards the language in which the contract shall be drawn up, the provisions which shall appear in the contract and those which cannot validly appear in it, the furnishing of the purchaser with a copy of the contract and of regular statements of account, the manner in which interest is to be calculated on the purchase price, the right of the purchaser to accelerate pay-

*Wet 72 van 1971 soos gewysig deur Wet 72 van 1972.

ment or to make payment on behalf of the seller directly to the registered owner of the land, the right of the purchaser to be compensated for useful improvements in the event of cancellation of the contract, and so forth.

- (6) Contrary to the provisions of the Deeds Registration Act 47 of 1937 land sold on instalments must in certain circumstances be transferred direct to a successor of the purchaser who acquired the right to claim transfer of the land.

The provisions of the act are examined and discussed in some detail.

Hierdie wet wat op 1 Januarie 1972 in werking getree het, gaan klaarblyklik allerlei interpretasieprobleme oplewer (sien 1971 *Annual Survey* 107-110 en *A Guide to the Sale of Land on Instalments Act 1971* uitgegee deur die South African Property Owners Association). Indien 'n mens egter van meet af op die probleme ingaan, word die wet in sy geheel moeilik verstaanbaar en daarom gaan ek ten aanvang probeer om baie kortliks die waarskynlike doel van die wetgewer en die wyse waarop hy dit probeer bereik het, te verduidelik.

Klaarblyklik is die hoofdoel van die wet om persone wat grond op huurkoop koop, te beskerm - veral in die geval van insolvensie van die verkoper, of waar 'n vonniskuldeiser of -skuldeisers van die verkoper eksekusie teen die grond hef of wil hef. Let daarop dat hierdie wet geensins afbreuk doen aan die beskerming wat 'n koper van grond op huurkoop nog altyd ingevolge artikel 72 van Wet 29 van 1926 gehad het nie. Volgens hierdie artikel kan die koper van grond, waar die koopprys in paaiemente betaalbaar is, nadat hy helfte van die koopsom betaal het, oordrag van die grond eis teen gelyktydige registrasie van 'n eerste verband op die grond ter versekering van die res van die koopprys en rente (sien ook *Verryne v Van Zyl* 1963 1 SA 592 (T)).

Heel in die algemeen gestel, is die volgende die belangrikste metodes waarop in die nuwe wet aan die koper van grond op afbetaling beskerming verleen word:

- (1) die koper kry die bevoegdheid om ingeval van insolvensie van die geregistreerde eienaar van die grond of waar met die oog op eksekusie van 'n vonnis op die grond beslag gelê is, registrasie van die grond in sy naam te eis teen betaling van die uitstaande gedeelte van die koopsom indien die grond nie met 'n verband belas is nie, of teen betaling van die bedrag uitstaande op die verbandlening of die koopsom, welke een van die bedrae die grootste is, indien die grond wel met 'n verband belas is;
- (2) indien die koper nie die genoemde bevoegdheid uitoefen nie, het hy by 'n verkoping in eksekusie in elk geval 'n voorkeureis teen die opbrengs van die grond vir die gedeelte van die koopprys wat hy wel betaal het plus 5% rente daarop - sy eis

staan in rangorde regstreeks na 'n eis wat met 'n verband oor die grond verseker is;

- (3) die rente wat die verkoper op die koopprys mag hef, word beperk tot die maksimumkoers wat deur 'n bouvereniging vir 'n lening gesekeer deur 'n eerste verband gevra word;
- (4) die maksimumbedrag wat die verkoper "in verband met" die kontrak van die koper kan vorder of waarvoor hy vonnis teen die koper kan neem, word streng in artikel 6(3) van die wet beperk; en
- (5) verder word die koper op allerlei wyses beskerm, byvoorbeeld met betrekking tot die taal waarin die kontrak opgestel moet word, die bepalings wat in die kontrak moet verskyn en dié wat nie geldiglik daarin kan verskyn nie, die voorsiening van 'n afskrif van die kontrak en van gereelde rekeningstate aan die koper, die wyse waarop rente op die koopprys bereken moet word, die reg van die koper om betaling te vervoeg of om namens die verkoper regstreeks aan die geregistreerde eienaar van die grond betalings te maak, die reg van die koper om vir nuttige verbeterings vergoed te word ingeval van kansellasie van die kontrak en so meer.

Tot dusver die *doel* van die wet en die *metodes* waarop die wetgewer dit probeer bereik het. Vervolgens die bepalings van die wet self. Dié kan onder die volgende hoofde bespreek word:

1 DIE GELDINGSGBIED VAN DIE WET

(a) *Wat die kontrakte betref waarop dit van toepassing is*

Die wet is eerstens van toepassing op 'n kontrak wat gedefinieer word as "n skriftelike koopkontrak van grond waarkragtens die koopprys by wyse van meer as twee paaiemente oor 'n tydperk van een jaar of langer betaalbaar is" (a 1(ii)).

Op die volgende punte moet hier gelet word:

(i) Die woord "skriftelik" is waarskynlik oorbodig aangesien alle koopkontrakte van grond sedert 1958 op skrif moet wees om geldig te wees (sien Wet 68 van 1957 wat sedertdien vervang is deur Wet 71 van 1969); en buitendien het daar in al die provinsies, buiten die Kaap-provinsie, in elk geval vir meer as vyftig jaar vantevore reeds dergelike wetgewing bestaan. Dat daar selfs in die Kaapprovinsie 'n huurkoopkontrak van grond van voor 1958 kan bestaan wat nie op skrif gestel is nie en ook nog nie afgeloop is nie, lyk hoogs onwaarskynlik. Die enigste ander geval waar 'n mens 'n geldige mondelinge grondkoopkontrak kan kry is dié waarvoor artikel 2 van Wet 71 van 1969 voorsiening maak, naamlik die geval waar die grond per openbare veiling

verkoop word. Dit is egter onwaarskynlik dat so 'n verkoop op afbetaling sou geskied en boonop ook nie op skrif gestel sou word nie.

(ii) Die wet is nie van toepassing op grondkoopkontrakte waarvolgens die prys oor minder as twaalf maande of by wyse van minder as drie paaiemente betaalbaar is nie. Let daarop dat daar nie onderskei word tussen 'n deposito en paaiemente nie en 'n deposito sal vir doeleindes van die wet waarskynlik ook as 'n paaiement beskou moet word.

(iii) Dit is die *koopprys* wat by wyse van drie of meer paaiemente betaalbaar moet wees. *Rente* geld nie as deel van die koopprys nie. Dit beteken dat 'n grondkoopkontrak wat voorsiening maak vir betaling van 'n deposito, 'n aantal paaiemente wat slegs uit *rente* bestaan, en die saldo van die koopprys by oordrag van die grond, *nie* deur die wet geraak word nie. Dit laat die deur oop vir moontlike wetsontduiking. Normaalweg betaal 'n koper van grond op huurkoop deesdae 10% van die koopprys as deposito en die res plus rente teen 1% per maand. Dit bring mee dat, veral aanvanklik, 'n uiters geringe deel van die paaiement vir kapitaaldelging aangewend word en gewoonlik gaan die koper dan ook slegs met die betaling van die paaiemente voort totdat hy 'n bouverenigingleening en dus oordrag kan kry. Die partye sou dieselfde resultaat kon bereik en tegelykertyd die "lastige" bepaling van die wet kon ontduik, deur ooreen te kom dat die volle 1% per maand as rente geld (dit sou nog binne die perke val wat deur die Wet op Beperking en Bekendmaking van Finansieringskoste 73 van 1968 tot "krediettransaksies" gestel word, maar dié wet is in elk geval nie op die verkoop van onroerende goed van toepassing nie) en dat die verkoper 'n sekere afslag aan die koper moet gee indien die koper die saldo sê binne 10 jaar betaal (en die wyse van berekening van die afslag kan dan só gekies word dat die afslag min of meer klop met die deel van die kapitaal wat volgens die tans gebruikelike kontrakte in daardie stadium gedelg sou gewees het).

(iv) Daar word niks in die definisie van "kontrak" gesê omtrent kontrakte wat dieselfde strekking as die gedefinieerde het, maar wat as 'n ander tipe kontrak ingeklee word nie, byvoorbeeld 'n "huurkontrak" waarvolgens die "huurder" die grond teen 'n onrealistiese hoë huurgeld "huur" met die opsie om, wanneer hy genoeg aan "huurgeld" betaal het, die grond teen 'n nominale bedrag te koop. Die swye van die wet omtrent sodanige kontrakte moet egter nie noodwendig as 'n leemte beskou word nie. Die stelreël *plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur* bied 'n genoegsame basis vir die beoordeling van sodanige gevalle.

Die wet is tweedens van toepassing ook op "n sessie waarkragtens die koper sy vorderingsreg kragtens 'n kontrak om transport van grond te eis, gesedeer het" (a 1 (ii)).

Die betekenis van hierdie deel van die definisie van “kontrak” is nie sonder meer duidelik nie:

(i) Die eerste vraag is hoe die reg waarvan die sessie hier ter sprake is, moet ontstaan het. Die feit dat dit ’n “koper” is wat sedeer, dui daarop dat die reg uit ’n *koopkontrak* moet ontstaan het. Verder blyk dit dat dit die koper is wat sy reg kragtens “*n kontrak*” gekry het, wat moet sedeer. Hoewel ’n mens steeds met die definisie van “kontrak” besig is, lyk dit of dit die bedoeling is dat die woorde “*n kontrak*” hier in die tweede deel van die definisie reeds aan die omskrywing van “kontrak” in die eerste deel van die definisie moet voldoen. Met ander woorde dit wat volgens die tweede deel van die definisie “sedeer” moet word, is die koper se vorderingsreg wat ontstaan het uit ’n grondkoopkontrak waarvolgens die prys in drie of meer paaiemente oor ’n jaar of langer betaalbaar is.

(ii) Met die begrip “sessie” het die wetgewer ongelukkig, net soos in die herroepe Wet 68 van 1957, onklaar gaan trap. Sessie is ’n saaklike ooreenkoms, dit wil sê ’n ooreenkoms waardeur ’n reg (meer bepaald ’n vorderingsreg of ’n immaterieelgoederereg) oorgedra word. Indien die sessie van die vorderingsreg wat uit “*n kontrak*” ontstaan het, nou ook as “*n kontrak*” beskou word, beteken dit onder andere dat sodanige sessie die besonderhede uiteengesit in artikel 4(1) sal moet bevat, byvoorbeeld “die koopprys” (a 4(1)(e)), “die bedrag van elke betaling ten opsigte van kapitaal . . . wat ingevolge die kontrak betaal moet word” (a 4(1)(j)) ensovoorts. Nou is dit egter so dat daar by ’n sessie, synde die blote konsensuele oordrag van ’n reg, geen sprake van ’n koopprys ensovoorts kan wees nie, en indien ’n ooreenkoms wel van ’n koopprys melding maak, is dit in daardie mate nie meer ’n sessie nie. Die saaklike ooreenkoms sessie moet nie gelykgestel word aan die kontrak waarvolgens ’n persoon onderneem om te sedeer nie. By laasgenoemde kan daar wel van ’n koopprys sprake wees; by eersgenoemde nie. Die feit dat die twee regshandelinge (dws die kontrak om te sedeer en die sessie) gelyktydig kan geskied, doen nog nie afbreuk aan die wesenlike verskil in hul regs aard nie.

Die enigste gevolgtrekking waartoe ’n mens kan kom, is dat met “sessie” in artikel 1(ii) bedoel word ’n kontrak om te sedeer en dan meer bepaald ’n *koopkontrak* waarvolgens ’n persoon wat grond kragtens “*n kontrak*” gekoop het, sy vorderingsreg op transport aan ’n ander persoon verkoop. Die rede waarom die kontrak om te sedeer ’n koopkontrak moet wees en nie byvoorbeeld ’n ruilkontrak of ’n skenkingskontrak nie, is dat dit die inligting moet bevat wat in artikel 4(1) voorgeskryf word, en sodanige inligting kan net sinvol in ’n koopkontrak voorkom. Maar meer nog: uit artikel 4(1) gelees saam met artikel 1(ii), blyk dit verder dat die koopkontrak om te sedeer ’n koop op afbetalings moet wees (sien veral a 4(1)(j) en (k)) en dan is

dit maar 'n klein stap verder om te sê dat dié koopkontrak ook moet voldoen aan die vereistes wat in die eerste deel van die definisie van "kontrak" gestel word, naamlik dat die koopprys in drie of meer paaiemente oor 'n tydperk van 'n jaar of langer betaalbaar moet wees. Die selfde resultaat sou op 'n veel eleganter en duideliker wyse bereik kon geword het indien die wetgewer eenvoudig gesê het dat "'n kontrak" nie slegs bestaan waar grond op die besondere wyse verkoop word nie maar ook waar die vorderingsreg om oordrag te kry, wat uit so "'n kontrak" ontstaan, verkoop word. (Dit is interessant dat by die interpretasie van artikel 1(1) van Wet 68 van 1957 waar die woorde "verkoopkontrak of sessie van grond of 'n belang in grond" voorkom, regter Trollip in die saak *Mader v Mallin Diamond Mines* (1964 1 SA 572 (T)) op veel geringer gronde tot die gevolgtrekking gekom het sessie dáár nie slegs beteken "a contract to cede" nie (575G) maar inderdaad "a contract to cede . . . for a fixed or ascertainable price" (676E) dit wil sê 'n koopkontrak. Hy maak gebruik van die reël dat 'n woord *noscitur a sociis* om dié resultaat te bereik. In die onderhawige geval moet waarskynlik ook op hierdie reël gesteun word om die een stap te doen van die verkoop van 'n vorderingsreg uit "'n kontrak" op afbetaling tot by die verkoop van só 'n vorderingsreg teen 'n prys betaalbaar in drie of meer paaiemente oor 'n tydperk van 'n jaar of langer. Sien ook *Uxbury Investment v Sunbury Investment* 1963 1 SA 747 (K).)

(iii) Uit die voorgaande is dit duidelik dat die wet nooit van toepassing sal wees op die verkoop van 'n vorderingsreg om transport van grond te kry, waar dié vorderingsreg nie uit "'n kontrak" soos gedefinieer ontstaan het nie. Dit lyk na 'n leemte wat die moontlikheid vir wetsontduiking skep. 'n Dorpseienaar sou byvoorbeeld al die erwe in sy dorpsgebied vir 'n kontantbedrag aan 'n filiaal kon verkoop en indien laasgenoemde maatskappy nou op sy beurt die vorderingsregte om oordrag van die onderskeie erwe te kry op welke wyse ook al sou verkoop, sou die wet in elk geval nie van toepassing wees nie, aangesien die genoemde vorderingsregte nie uit "'n kontrak" ontstaan het nie.

In artikel 1(vi) word "sessie" as 'n skriftelike sessie gedefinieer. Vir sover dit blyk dat "sessie" in die definisie van "'n kontrak" die betekenis het van 'n koopkontrak om 'n vorderingsreg op transport van grond te sedeer, is die definisie in artikel 1(vi) oorbodig. Só 'n koopkontrak kwalifiseer in elk geval as 'n koopkontrak van 'n belang in grond wat kragtens artikel 1(1) van Wet 71 van 1969 op skrif moet wees.

Volgens artikel 1(iii) sluit "koper" onder andere ook die persoon in "wat die vorderingsreg van die koper kragtens 'n kontrak om transport van grond te eis, deur sessie verkry het." Hoe moet "sessie" hier

uitgelê word? As 'n mens daarop let dat die bewoording van hierdie sinsnede presies aansluit by dié wat in die definisie van “kontrak” in verband met sessie gebruik word (kontrak is ook “'n sessie waarkragtens die koper sy vorderingsreg kragtens 'n kontrak . . . gesedeer het”) dan is die versoeking groot om te sê dat “sessie” ook in die onderhawige geval uitgelê moet word as 'n koopkontrak om te sêdeer teen 'n koopprys betaalbaar in drie of meer paaiemente oor 'n jaar of langer. Aan die ander kant is daar niks in die wet wat verhoed dat “sessie” in die definisie van “koper” sy gewone betekenis dra nie, naamlik dié van 'n saaklike ooreenkoms waardeur 'n reg oorgedra word. Laasgenoemde uitleg bring mee dat die sessionaris aan wie die koper sy regte uit “'n kontrak” gesedeer het, presies dieselfde beskerming kry as dié wat deur die wet aan die koper self verleen word, en in hierdie geval maak dit dan nie saak of die sessie ingevolge 'n koopkontrak, 'n ruilkontrak, 'n skenkingskontrak of 'n innominate kontrak plaasgevind het nie. Dit is ook heeltemal sinvol om ooreenkomstig die definisie van “sessie” te vereis dat so 'n sessie skriftelik moet wees om vir die sessionaris die gewenste beskerming mee te bring.

(b) *Wat die grond betref waarop die wet van toepassing is*

Kort gestel, is die wet van toepassing op grond wat hoofsaaklik vir woondoeleindes gebruik word of bestem is om hoofsaaklik aldus gebruik te word, en wat binne die gebied van 'n plaaslike owerheid val, of deel uitmaak van 'n ander gebied wat onderverdeel is in erwe of persele met of sonder publieke oop ruimtes, en met strate wat deur die erwe, persele of oop ruimtes begrens word (a 1(i) en 2(a)).

Volgens artikel 18 ontstaan 'n vermoede dat grond wat kragtens 'n “kontrak” verkoop is vir woondoeleindes gebruik word of bestem is om so gebruik te word, sodra daar in 'n geding beweer word dat dit die geval is. Die bewyslas rus dan op die ander party om die teendeel te bewys.

Sekere gebiede wat vir Bantoes en Kleurlinge gereserveer is, is virgestel van die bepalings van die wet (a 2(b)(ii) en (iii)).

Let daarop dat volgens artikel 3(2) van die Wet op Deeltitels 66 van 1971 “'n eenheid” vir alle doeleindes geag word grond te wees. Die onderhawige wet sal dus ook daarop van toepassing wees.

(c) *Wat die persone betref op wie die wet van toepassing is*

(i) Die wet geld slegs as die *koper* by die kontrak 'n natuurlike persoon, dws 'n mens, is, of die boedel is van 'n mens wat oorlede of insolvent is (a 2(1)). Die verwysing na “die boedel . . . van die koper wat oorlede of insolvent is” is dubbelsinnig en waarskynlik oorbodig. Eerstens is dit 'n ope vraag of 'n boedel volgens ons reg resgspersoon-

likheid het sodat dit 'n party by 'n kontrak kan wees (sien *CIR v Emary* 1961 2 SA 621 (A)); tweedens is die woorde vatbaar vir die uitleg dat die insolvente boedel van 'n persoon anders as 'n mens ook as koper aan die wet onderworpe kan wees, en laastens maak al die regte en verpligtinge van die koper tog in elk geval deel van sy boedel uit sodat dit onnodig lyk om die wet nou spesifiek ook op die boedel van die koper van toepassing te gaan maak.

(ii) Die wet geld nie waar die verkoper die staat, die Gemeenskapsontwikkelingsraad, die Nasionale Behuisingskommissie of 'n plaaslike bestuur (soos gedefinieer in a 1 (iv)) is nie (a 2(b)(i) en (iv)). (Die wetgewer het hierdie beperking op die *persone* op wie die wet van toepassing is, gaan vasknoop aan die omskrywing van *die grond* waarvoor die wet geld. Daar word byvoorbeeld gesê dat die wet nie geld vir *grond* waarvan 'n plaaslike bestuur die verkoper is nie. Dit mag die indruk skep dat grond wat deur 'n plaaslike bestuur verkoop word (vir altyd?) van die bepalinge van die wet vrygestel is. Dit is te betwyfel of dit die bedoeling kon gewees het.)

(iii) Die opvolger van die koper in regte of in regte en verpligtinge word kragtens die wet self as 'n koper beskou (wat dan beteken dat al die besondere bevoegdhede en regte wat die wet aan die koper gee, hom ook toekom) (a 1(iii)).

(iv) Die opvolger van die verkoper in regte en verpligtinge word self ook as 'n verkoper ingevolge die wet beskou (a 1(vii)).

(d) *Wat die tyd betref van sluiting van die kontrak*

(i) Die wet geld in sy geheel ten aansien van kontrakte op 1 Januarie 1972 en sedertdien gesluit.

(ii) Artikels 10 tot 14 geld ook ten aansien van kontrakte vóór 1 Januarie 1972 gesluit en wat op daardie datum nog van krag was (a 2(c)).

2 DIE VORM EN INHOUD VAN DIE KONTRAK

(a) *Die taal waarin die kontrak opgestel word*

Die koper is geregtig om die amptelike taal waarin die kontrak opgestel moet word, te kies (a 3). Hierdie bepaling het weinig waarde vir die koper want, as hy, ekonomies gesien, in 'n sterker bedingingsposisie as die verkoper is, kan hy in elk geval die verkoper dwing om die kontrak in die taal van sy keuse (al is dit ook Swahili) op te stel of te laat opstel, terwyl as hy ekonomies in 'n swakker posisie verkeer, die verkoper eenvoudig kan weier om hoegenaamd te kontrakteer as die koper die taal waarin die kontrak opgestel is, nie aanvaarbaar vind nie. Wat is die posisie nou as die koper teen sy sin tóg toestem tot 'n kontrak wat nie in die taal van sy keuse opgestel is nie?

Artikel 17 bepaal weliswaar dat 'n landdroshof in bepaalde omstandighede 'n kontrak wat nie "aan die vereistes van artikel 3 (of 4) voldoen nie" nietig kan verklaar maar nou is dit ongelukkig so dat artikel 3 geen "vereistes" bevat nie maar eenvoudig 'n bevoegdheid aan die koper verleen. Om die verwysing na artikel 3 in artikel 17 nie sinloos te maak nie, lyk dit of 'n mens artikel 3 moet uitlê as sou dit die *vereiste* stel dat die verkoper aan die koper die geleentheid moet gee om die amptelike taal te kies waarin die kontrak opgestel word.

(b) *Die besonderhede en bedinge wat in die kontrak moet verskyn*

Die volgende moet in die kontrak verskyn:

(i) Die name van die koper en die verkoper en hulle adresse in die Republiek wat dien as *domicilium citandi et executandi* vir doeleindes van die kontrak (a 4(1)(a)) - vir die koper mag nie dieselfde adres as vir die verkoper of sy gevolmagtigde aangegee word nie tensy dit die gewone woonadres van die koper is (a 4(2)).

(Die bepaling to v die *domicilium citandi et executandi* kan onbillik werk teenoor die koper of verkoper wat van adres verander. Artikel 16 bepaal wel dat die koper en verkoper mekaar oor en weer per geregistreerde pos of per hand van enige verandering in hul onderskeie adresse soos in die kontrak aangedui, in kennis moet stel, maar deur so 'n kennisgewing word die nuwe adres tog sekerlik nog nie deel van die kontrak sodat dit nou as *domicilium citandi et executandi* van die betrokke party kan geld nie. Artikel 16 maak ook nie voorsiening vir 'n termyn waarbinne so 'n kennisgewing van adresverandering moet geskied nie. Die feit dat die wetgewer nie 'n termyn vir so 'n kennisgewing gestel het nie, dui waarskynlik daarop dat die wetgewer van mening was dat so 'n kennisgewing (hoofsaaklik) tot voordeel van die persoon wat kennis gee, moet strek, sodat hy slegs homself te blameer het as hy versuim om dit te gee, en dit dui waarskynlik weer daarop dat dit wel die wetgewer se bedoeling was dat so 'n kennisgewing vir die doeleindes van die kontrak 'n verandering in die *domicilium citandi et executandi* van die persoon wat kennis gee, moet meebring. Ongelukkig sê die wetgewer nie so nie.

As die verkoper weens kontrakbreuk uit die kontrak wil terugtree of skadevergoeding wil eis, moet hy volgens artikel 13(1) op 'n voorgeskrewe wyse kennisgewing van sy voorneme aan die koper gee by "die adres wat, sover bekend, sy (die koper) jongste woon- of sake-adres is." Hierdie adres hoef natuurlik nòg die adres vermeld in die kontrak nòg 'n adres ten opsigte waarvan ingevolge artikel 16 kennis gegee is, te wees.)

(ii) Die beskrywing, grootte en ligging van die grond wat verkoop word (a 4(1)(b)).

(iii) Indien die verkoper nie die geregistreerde eienaar van die grond is nie, die naam en adres van die geregistreerde eienaar (a 4(1)(c)).

(iv) Indien die grond met 'n verband beswaar is, die naam en adres van die verbandhouer of sy verteenwoordiger (a 4(1)(d)). (Die wet praat spesifiek van die persoon "ten gunste van wie die verband *ten tyde van die aangaan van die kontrak* geregistreer is" en die feit dat daar nie voorsiening gemaak word vir kennisgewing aan die koper van moontlike later verhipoterings nie, moet as 'n leemte beskou word.)

(v) Die bedrag van die koopprys (a 4(1)(e)).

(vi) Die jaarlikse rentekoers (as daar is) wat deur die koper betaal moet word (a 4(1)(f)).

(Hier moet 'n mens baie versigtig trap. Eerstens moet daarop gelet word dat "rente" volgens die definisie in artikel 1(v) die totale geldwaardige teenprestasie van die koper insluit *buiten* die koopprys en bedrae wat die koper in die kontrak onderneem om te betaal in verband met: (a) die opstel van die kontrak, (b) oordragkoste, (c) die instandhouding en herstel van verbeterings op die grond en (d) tariewe, belastings ensovoorts (a 1(v) gelees saam met a 6(3)(b)). Soos later blyk, word 'n maksimum rentekoers vasgestel. Indien die partye dus sou ooreenkom dat die koper by die agtentekommissie moet betaal, sal daardie bedrag as rente geld wat dan mede in berekening gebring moet word by die bepaling of die rente binne die maksimumperk val.¹

Die definisie is ook so wyd dat dit soms onvervalste huurgeld sal insluit. Dit is nie ongewoon nie dat A byvoorbeeld 'n woonstelgebou aan B verkoop en dat daar ooreengekom word dat A geregtig bly op al die huurgeld wat geïen word totdat oordrag geskied. Sodanige huurgeld sal volgens die definisies as rente geld wat aan die voorgeskrewe perk onderworpe is.²

Tweedens bepaal die wet dat rente nie meer dikwels as maandeliks en minder dikwels as kwartaalliks bereken mag word nie, en dan ook slegs op die saldo wat op daardie tydstip verskuldig is. Dit beteken dat rente nie vir meer as 'n kwartaal vooruit gehel kan word nie wat mee-

¹Wulfsohn (*Some Problems Relating to Interest on Mortgage Bonds and Deeds of Sale* 1971 (88) *SALJ* 490-504) slaan waarskynlik die bal mis waar hy die teendeel beweert op grond daarvan dat "the agent . . . is not receiving the selling commission on behalf of the seller, but for the agent's own benefit" (504). Wulfsohn verloor uit die oog dat die definisie uitdruklik ook geld insluit wat die koper betaal "to or on behalf of (Afrikaans: ten behoeve van) an intermediary between himself and the seller" (ek kursiveer).

²Moontlik moet sodanige huurgeld nie as 'n teenprestasie beskou word nie. Dikwels neem dit egter juis die plek van rente in.

bring dat die koper minstens elke kwartaal die voordeel kry van betalings wat hy intussen gemaak het. Dié bedrae moet eers afgetrek word voordat die volgende kwartaal se rente bereken word.

Derdens word bepaal dat die verkoper nie rente kan beding, eis of ontvang teen 'n hoër koers as die maksimum wat *dan* deur 'n bouvereniging ten opsigte van 'n lening gesekureer deur 'n eerste verband oor grond gevra word nie. Ek kursiveer die woord *dan* omdat dit klaarblyklik sowel “beding” as “eis” en “ontvang” kwalifiseer.

Die feit dat die verkoper nie 'n hoër rentekoers as die maksimum-bouverenigingsrentekoers mag beding nie, beteken dat as die kontrak slegs vir 'n vasstaande rentekoers voorsiening maak, daardie rentekoers nie hoër mag wees as die maksimum wat op dáárdie tydstip vir bouverenigings geld nie. Sou die bouverenigingrentekoers dan daarna styg, bly die rente ingevolge die kontrak betaalbaar in elk geval staan op die ooreengekome koers.

Die probleem is egter wat moet gebeur as die kontrak voorsiening maak vir 'n rentekoers wat saam met dié van die bouvereniging wissel of as die bouverenigingrentekoers daal benede dié waarvoor die kontrak voorsiening maak. As met die tydstip waarop die verkoper die rente “ontvang” die tydstip bedoel word waarop die koper die rente *betaal*, kan daar by 'n verandering van die bouverenigingrentekoers 'n eienaardige posisie ontstaan, veral as die koper met sy paaielemente agterstallig raak. Gestel die rente word maandeliks gehef en die koper is ses maande agterstallig met sy paaielemente, en gestel verder die bouverenigingrentekoers word verminder aan die einde van die sesmaande-periode. In so 'n geval sal die koper wat nou na die vermindering van die bouverenigingrentekoers, die agterstallige paaielemente betaal, geregtig wees op die terugwerkende vermindering van al die agterstallige rente - dws die rente wat gehef maar nog nie betaal is nie. So 'n reëling lyk onbillik aangesien dit sou beteken dat die koper deur sy eie versuim bevoordeel word.

Die beste oplossing myns insiens is om “ontvang” nie volgens sy gewone betekenis uit te lê nie maar meer in 'n rekeningkundige sin waarvolgens 'n krediteur 'n voordeel “ontvang” wanneer dit opeisbaar word. Met ander woorde 'n mens sou moet aanneem dat die verkoper in ons voorbeeld die rente ontvang het toe dit gehef is en nie toe die koper dit uiteindelik betaal het nie.

Waarskynlik sal 'n mens dan aan “eis” dieselfde betekenis as aan “ontvang” moet toeskryf; wat natuurlik maar 'n bra onelegante werkwyse is. (Die bewoording “beding, eis of ontvang” kom ook voor in artikel 2 van die Wet op die Beperking en Bekendmaking van Finansieringskoste 73 van 1968. Aangesien dié wet nie vir wisselende maksimumrentekoerse voorsiening maak nie, lewer die bewoording

dáár nie dieselfde probleem op as dié wat ek hierbo genoem het nie. Die woord “ontvang” is waarskynlik gebruik om te verhoed dat ’n skuldenaar “vrywillig” meer as die maksimumrente betaal.)

(vii) Die datum waarvoor of die tydperk waarin betaling van die koopprys met rente en alle ander gelde ten volle moet geskied (a 4(1)(g)). (Sover dit die koopprys en rente aangaan, lyk dit my of daar in elk geval aan hierdie vereiste voldoen sal wees indien artikel 4(1)(j) en (k) (sien (x) en (xi) hieronder) nagekom is. Effektief slaan hierdie bepaling blykbaar dan slegs op “alle ander gelde.” Waarskynlik is hierdie paragraaf slegs ingevoeg ter wille van artikel 7(d) wat daarna terugverwys.)

(viii) Die bedrag (as daar is) deur die koper betaalbaar voordat hy besit of okkupasie van die grond mag neem (a 4(1)(h)).

(ix) Die datum waarop die koper geregtig sal wees om besit of okkupasie van die grond te neem (a 4(1)(i)).

(x) Die bedrag van elke betaling ten opsigte van kapitaal en rente (as daar is) wat ingevolge die kontrak betaal moet word (a 4(1)(j)).

(xi) Die vervaldatum of die wyse van berekening van die vervaldatum van elke betaling (a 4(1)(k)).

(xii) Die plek waar die betalings gemaak moet word (a 4(1)(l)).

(xiii) Die datum waarop die risiko en wins (*commodum*?) en verlies van die grond op die koper oorgaan (a 4(1)(m)) - welke datum nie vroeër mag wees as die datum waarop die koper geregtig word om besit of okkupasie van die grond te neem nie (a 4(3)) - laasgenoemde bepaling verteenwoordig ’n drastiese afwyking van die gemeenregtelike reëling tot ’n risiko-oorgang).

(xiv) ’n Vermelding van die verpligting (as daar is) deur die verkoper op die koper geplaas ten opsigte van versekering van die onderwerp van die kontrak (a 4(1)(n)). (Hier het ’n mens weer ’n eenaardige formulering wat nouliks met die konsensuele grondslag van ons hedendaagse kontrakte versoen kan word. Die een party plaas tog nie ’n verpligting op die ander nie - hulle kom eenvoudig daarvoor ooreen.)

(xv) ’n Aanduiding van die party wat aanspreeklik is vir die koste aangegaan in verband met die opstel van die kontrak en die transport van die grond (a 4(1)(o)).

(xvi) Indien die verkoper ten tyde van die aangaan van die kontrak nie in staat is om transport van die grond teen betaling van die koopprys te gee nie, die datum of gebeurtenis waarna hy in staat sal wees om oordrag te gee (a 4(1)(p)).

Die volgende vraag is watter sanksie daaraan geheg word indien een of meer van die genoemde besonderhede nie in die kontrak verskyn nie. In so ’n geval tree artikel 17, waarna reeds verwys is, in

werking. Volgens dié artikel kan 'n landdros binne twee jaar van die datum waarop die kontrak aangegaan is die kontrak *ab initio* nietig verklaar of na goeiddunke alternatiewe regshulp verleen mits die volgende blyk:

- (i) dat die kontrak nie wesenlik aan die genoemde vereistes voldoen nie;
- (ii) dat die koper as gevolg daarvan wesenlik benadeel is;
- (iii) dat die grond binne die regsgebied van die betrokke landdroshof geleë is;

en indien die koper so 'n nietigverklaring versoek.

Waarskynlik sou dit beter gewees het as die wet bepaal het dat die koper binne twee jaar na kontraksluiting om 'n nietigverklaring aansoek kan doen. Volgens die huidige bewoording van die artikel moet die vonnis van die hof voor verstryking van die twee jaar gegee word en dit mag beteken dat die remedie van die koper onder andere afhang van die drukte van werk in die betrokke hof.

Die bedoeling met die verwysing na die landdroshof is klaarblyklik om die jurisdiksie van die hof uit te brei sodat dit ook die geldigheid van kontrakte kan beoordeel waar die waarde van die voorwerp van die geskil die normale jurisdiksie van die hof te bowe gaan. Ek vind niks in die artikel wat daarop dui dat die landdroshof se jurisdiksie eksklusief is soos De Wet blykbaar meen nie (sien 1971 *Annual Survey* 109). Die wetgewer kan sekerlik nie deur die uitdruklike verlening van jurisdiksie aan 'n laer hof ten aansien van 'n besondere aangeleentheid *e contrario* die hooggeregshof sy inherente bevoegdheid ontnem om alle regsgekille binne sy regsgebied te besleg nie.

Ook lyk die twyfel daaromtrent of appèl na die hooggeregshof teen 'n beslissing van die landdroshof ingevolge artikel 17 moontlik is, heeltemal ongegrond (sien *A Guide to the Sale of Land on Instalments Act 1972* 47). Volgens artikel 83 van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944 soos gewysig, kan 'n party in enige siviele geding in 'n landdroshof appelleer na die hooggeregshof teen onder andere 'n vonnis "van die in artikel 48 bedoelde aard." Artikel 48 noem dan vonnis ten gunste van die eiser "ten opsigte van sy vordering," vonnis ten gunste van die verweerder, absolusie van die instansie ensovoorts. Lees 'n mens dié artikel saam met artikel 1 waarvolgens vonnis in siviele sake, ook 'n bevel en 'n order (in die Engels "a decree, a rule and an order") insluit, dan kan daar min twyfel bestaan dat 'n bevel ingevolge artikel 17 ook 'n vonnis is waarteen geappelleer kan word. Die woord "vordering" in artikel 48 van die Landdroshowewet moet noodwendig wyd uitgelê word om ook 'n aansoek om 'n verklarende bevel in te sluit.

(c) *Bepalings wat nie geldiglik in die kontrak kan verskyn nie*

Die volgende bepaling is ongeldig indien hulle in "n kontrak" sou verskyn:

(i) 'n Bepaling waarvolgens iemand wat namens die verkoper opgetree het, aangestel word, of geag word aangestel te wees as die gevolmagtigde van die koper (a 7(1)).

(ii) 'n Bepaling waarvolgens die koper sy reg verbeur om vir nuttige verbeterings deur hom op die grond aangebring vergoed te word as hy versuim om sy verpligtings ingevolge die kontrak na te kom (a 7(b)); (die wetgewer vul myns insiens hier 'n leemte aan wat in die Wet op Strafbedinge 15 van 1962 bestaan - sien *Da Mata v Otto* 1972 3 SA 858 (A) veral 872B).

(iii) 'n Bepaling waarvolgens die verkoper se aanspreeklikheid teenoor die koper vir uitwinning beperk of uitgesluit word (a 7(c)).

(iv) 'n Bepaling wat die koper verplig om transport van die grond te neem vóór die datum waarop die koper volgens die kontrak alle bedrae deur hom verskuldig sou moes betaal het, tensy daar in die kontrak ook voorsiening gemaak word vir die sekurering van die verskuldigde saldo deur 'n verband en vir 'n rentekoers op en delging van die saldo wat nie swaarder is as dié wat 'n bouvereniging op die tydstip van transport vir 'n lening verseker deur 'n eerste verband sou vra nie (a 7(d)).

(Dit is moeilik om te besluit watter tipe bepaling in "n kontrak" die wetgewer hier wil verbied. Blykbaar moet dit 'n bepaling wees dat, ten spyte van die datums vir die betaling van die onderskeie paaielemente (ooreenkomstig artikel 4(i)(g), (j) en (k)) vasgestel, die verkoper te enige tyd voor afloop van die kontrak die koper kan aansê om oordrag van die grond te neem teen betaling van die saldo deur hom (die koper) verskuldig. Die gedagte is dan blykbaar dat die verkoper slegs die koper ooreenkomstig 'n dergelike bepaling kan verplig om oordrag van die grond te neem indien die kontrak ook voorsiening daarvoor maak dat die verkoper in so 'n geval reëlings moet tref vir 'n verbandlening aan die koper om hom in staat te stel om die verskuldigde bedrag te betaal. Let daarop dat die verkoper nie self die geldskierterverbandnemer hoef te wees nie. Die bepaling van die verbandlening moet nie swaarder wees nie as dié wat 'n bouvereniging stel "op die tydstip waarop transport geneem word" - en hier word klaarblyklik die voortydige, gedwonge transport bedoel. Terwyl die Engelse teks van "the time when transfer *is to be taken*" praat het Belcher (myns insiens verkeerdelik) gaan aanneem dat dit slaan op die tydstip waarop transport by die normale afloop van die kontrak sou moes geneem gewees het (*Norman's Purchase and Sale in South Africa* 4e uitgawe 1972 128). Die vereiste dat ook die "voorwaardes" aangaande die delging

van die lening nie swaarder as dié van 'n bouvereniging moet wees nie, kan moeilikheid oplewer aangesien die delgingsbepalings afhang van die termyn waarbinne die delging moet geskied, en terwyl daar nie gesê word dat dié termyn dieselfde moet wees as die termyn waarbinne die kontrak normaalweg sou afgeloop het nie, sal 'n mens moet besluit watter van die korter of langer termyne wat 'n bouvereniging bereid sou wees om toe te laat, die "ligste" las op die koper plaas.

'n Besondere eienaardigheid is dat 'n bepaling waarvolgens die koper voortydig verplig kan word om oordrag te neem sonder dat hy enige sekuriteit hoef te gee of bykomstige verpligtings op hom hoef te neem, in stryd met artikel 7(d) en dus ongeldig sal wees.)

(v) 'n Bepaling wat die koper verplig om 'n verbandlening te aanvaar wat die verkoper of sy gevolmagtigde namens hom oor die grond reël vir bedrae deur die koper verskuldig ten aansien van die koopprijs en rente en sodanige verdere bedrae as wat die verkoper ingevolge artikel 6(3)(b) van die koper mag verhaal, waar die bedinge in verband met rentekoers en delging swaarder is as dié wat 'n bouvereniging op die tydstip van transport vir 'n lening verseker deur 'n eerste verband sou vra (a 7(e)).

(Dit is moeilik om die sin van hierdie sub-artikel naas artikel 7(d) te bepaal. Die koper kan tog slegs 'n verband gee as hy reeds transport geneem het of terselfdertyd transport neem. Indien hy nie transport wil neem nie en ook nie verplig kan word om transport te neem nie, kan hy *a fortiori* ook nie verplig word om 'n verbandlening te aanvaar nie, en waar hy wel verplig word om transport te neem, gee artikel 7(d) reeds genoegsame beskerming aan hom sover dit die bedinge van die verbandlening aangaan.

Dit wil dus voorkom of die wetgewer hier die geval in gedagte gehad het waar die koper die *reg* het om oordrag van die grond te eis (hetsy ingevolge die kontrak hetsy ingevolge artikel 72 van Wet 29 van 1926) en daardie reg wil uitoefen. Indien die kontrak voorsiening maak vir die registrasie van 'n verband ten gunste van die verkoper in so 'n geval, moet die verbandleningsbedinge voldoen aan die veristes wat gestel word.

Aan die ander kant is dit opmerklik dat artikel 7(d) spesifiek van toepassing gemaak word op die geval waar die koper verplig word om oordrag te neem vóór die datum waarop die kontrak normaalweg sou afgeloop het, terwyl artikel 7(e) niks omtrent die tydstip waarop die koper die verband moet "aanvaar", sê nie. Moontlik kan dit dan die bedoeling wees dat die laasgenoemde sub-artikel moet geld waar die kontrak bepaal dat die koper verplig kan word om teen registrasie van 'n verband oordrag van die grond te neem indien hy sou versuim om die bedrae deur hom verskuldig te betaal binne die tydperk wat inge-

volge artikel 4(1)(g)(j) en (k) in die kontrak vir betaling gestel word. Na afloop van dié tydperk is artikel 7(d) nie meer van toepassing nie.)

3 BESKERMING AAN DIE KOPER VERLEEN ONGEAG DIE BEPALINGS VAN DIE KONTRAK

(a) *Verstreking van inligting en kennisgewing aan die koper*

(i) Die verkoper moet binne 'n maand na sluiting van die kontrak 'n gratis afskrif daarvan aan die koper oorhandig of per geregistreerde pos aan hom stuur (a 5(1)). Versuim die verkoper om hierdie plig na te kom en om binne 14 dae aan 'n skriftelike versoek van die koper om 'n afskrif te voldoen, word die koper vrygestel van rente van die tyd-stip van sluiting van die kontrak totdat hy 'n afskrif van die kontrak ontvang het (a 5(2)). Dit kom my voor asof die koper voor afloop van die maand waarbinne die verkoper die afskrif moet verskaf, reeds sy skriftelike versoek om 'n afskrif aan die verkoper kan rig.

(ii) Artikel 9(1) maak voorsiening vir die verskaffing van 'n jaarlikse rekeningstaat deur die verkoper aan die koper. Versuim die verkoper om hierdie plig na te kom en bly hy verder in gebreke om binne 'n maand aan 'n skriftelike versoek van die koper om so 'n rekeningstaat te voldoen, word die koper vrygestel van rente van die verstryking van die maand totdat die koper dan wel die betrokke rekeningstaat ontvang (a 9(2)).

(iii) Artikel 12(1) handel oor die “sessie en oormaking” van die verkoper se regte en verpligtinge “met die toestemming van die koper” aan 'n ander persoon. Volgens artikel 12(2) moet die opvolger van die verkoper die koper van sodanige “sessie en oormaking” in kennis stel en sou hy versuim om dit te doen, dan kan hy ingevolge artikel 12(3) nie weer bedrae van die koper vorder wat laasgenoemde te goeder trou aan die verkoper gemaak het nie. Terwyl die hele artikel 12 om gelyktydige sessie en delegasie van die verkoper se regte en verpligtinge gaan en terwyl al drie die partye dws die verkoper, die koper en die opvolger van die verkoper partye by so 'n gekombineerde sessie en delegasie moet wees, lyk dit eienaardig dat die opvolger van die verkoper nou weer aan die koper daarvan kennis moet gee. Miskien het die wetgewer die geval in gedagte gehad waar daar in die kontrak by voorbaat reeds die bevoegdheid aan die verkoper gegee word om sonder die medewerking van die koper sy verpligtinge ingevolge die kontrak aan 'n derde oor te dra. Myns insiens sou so 'n beding terselfdertyd as 'n aanbod deur die koper aan onbepaalde derdes gekonstrueer moet word, want delegasie, wat 'n vorm van novasie is, kan slegs geskied indien daar in hierdie geval wilsooreenstemming tussen die verkoper, die koper en die derde bestaan. Volgens gewone kontraktuele beginsels sou die koper dan in elk geval van die aanname van sy aanbod deur die derde moet verneem het voordat die delegasie-ooreenkoms tot stand

sou kom, tensy 'n mens die verlening van 'n bevoegdheid aan die verkoper om sy verpligtinge oor te dra, nie slegs sien as 'n aanbod aan onbepaalde persone nie maar terselfdertyd as 'n aanbod ten aansien waarvan die aanbieder te kenne gegee het dat hy nie van die aanname daarvan hoef te verneem nie, want dit staan 'n aanbieder immers vry om die wyse van aanname voor te skryf.

Selfs al neem 'n mens egter nou aan dat artikel 12(2) slegs hierdie heel buitengewone geval op die oog het, dan sit 'n mens nog met die situasie dat sover dit die sessie-aspek van die gekombineerde sessie en delegasie betref, die nuwe skuldeiser in elk geval die skuldenaar van die sessie moet in kennis stel indien hy wil verhoed dat die skuldenaar sy skuld uitwis deur te goeder trou aan die oorspronklike skuldeiser te betaal.

Die slotsom waartoe 'n mens kom, is dat artikel 12(2) en (3) onnodig en sonder enige betekenis is.

(iv) Artikel 13(1) bepaal dat die verkoper nie weens kontrakbreuk uit "n kontrak" kan terugtree of skadevergoeding kan eis nie tensy hy per brief aan die koper oorhandig (en waarvoor erkenning van ontvangs verkry is) of per geregistreerde brief gestuur na die koper se jongs bekende woon- of sake-adres, die koper van die kontrakbreuk kennis gegee het en aan hom minstens 30 dae verleen het om die kontrakbreuk aan te suiwer. So 'n kennisgewing is nie nodig waar die verkoper slegs spesifieke nakoming eis of om 'n interdik aansoek doen om die grond en die verbeterings daarop te beskerm nie (sien a 13(2)). Artikel 13 is een van die artikels wat ook geld ten aansien van "n kontrak" gesluit voor 1 Januarie 1972.

(v) Artikel 14(2) bepaal dat die koper ingeval van insolvensie van die geregistreerde eienaar van die grond of ingeval van beslaglegging op die grond deur die skuldeisers van die geregistreerde eienaar, in kennis gestel moet word van sy bevoegdheid om onder sekere omstandighede oordrag van die grond op sy naam te verkry. Hierop word later teruggekom.

(b) *Beperking op die bedrag wat die verkoper "in verband met die kontrak" op die koper mag verhaal*

Artikel 6(3) bepaal dat die verkoper nie "in verband met" 'n kontrak 'n bedrag van die koper kan verhaal of vonnis daarvoor kan neem "wat groter is as die som van" die volgende items nie:

- (i) Die koopprys (a 6(3)(a));
- (ii) rente (*ibid*);
- (iii) die koste van die opstel van die kontrak (a 6(3)(b)(i));

- (iv) transportkoste insluitende seëlregte (a 6(3)(b)(iA))— hierdie koste kan slegs verhaal word as transport reeds plaasgevind het of aangebied word);
- (v) die koste van instandhouding en herstel van verbeterings op die grond, tariewe, belastings en premies van 'n versekeringspolis wat betrekking het op die onderwerp van die kontrak (a 6(3)(b)(ii)) – hierdie bedrae kan die verkoper verhaal as hy die koste aangegaan het na die datum waarop die koper geregtig geword het op besit van die grond);
- (vi) koste deur die verkoper aangegaan in verband met die invordering van die bogenoemde bedrae en wat “ingevolge 'n wetsbepaling op die koper verhaalbaar is” (a 6(3)(c)). Watter “wetsbepaling” hier bedoel word, is vir my duister. Die Engelse teks praat van “any provision of law” en nie van “any statutory provision” of “any enactment” soos 'n mens sou verwag nie. Waarkynlik is “wetsbepaling” net 'n foutiewe vertaling van die Engels en moes dit eintlik “regsreël” gewees het.

Die items onder (iii), (iv) en (v) hierbo genoem, mag slegs op die koper verhaal word vir sover die kontrak die aanspreeklikheid daarvoor op hom plaas en die verkoper inderdaad koste in verband daarmee aangegaan het.

(Die wet het oorspronklik nie in a 6(3) vir die verhaal van transportkoste van die koper voorsiening gemaak nie ten spyte daarvan dat a 4(1)(o) bepaal het dat die kontrak moet aandui watter party vir transportkoste aanspreeklik is. (Dit sou waarskynlik dan noodwendig die verkoper moet gewees het.) Hierdie klaarblyklike leemte is gevul deur die terugwerkende invoeging van a 6(3)(iA) deur Wet 72 van 1972.)

Belcher sê in *Norman's Purchase and Sale in South Africa* dat die effek van artikel 6(3) is dat “[t]he seller is . . . precluded from claiming damages for breach of contract from the purchaser” (bl 129). Hierdie interpretasie lyk nie vir my korrek nie. Eerstens behoort 'n mens nie ligtelik aan te neem dat die wetgewer bedoel het om die verkoper sy gemeenregtelike reg op skadevergoeding te ontnem nie en tweedens meld artikel 13(1) uitdruklik “'n aksie om skadevergoeding” wat die verkoper na die nodige kennisgewing teen die koper mag instel.³

³Daarenteen sou 'n mens kon aanvoer dat “skadevergoeding” in a 13 slegs slaan op die items in a 6(3)(b) genoem. Dit sou waarskynlik wel vir die verkoper “skade” verteenwoordig as hy deur die versuim van die koper verplig word om kostes aan te gaan wat die koper volgens die kontrak behoort aan te gegaan het. So nie mag “skadevergoeding” in a 13 slegs betrekking hê op kontrakte voor 1 Januarie 1972 gesluit.

Artikel 6(3) stel slegs die *maksimumbedrag* vas wat die verkoper aan skadevergoeding mag verhaal. Nou is dit wel so dat waar die verkoper die kontrak in stand hou, die items in artikel 6(3) genoem, dié is wat die koper normaalweg in elk geval sal moet betaal om oordrag van die grond in sy naam te kry sodat daar geen ruimte gelaat word vir 'n verdere skadevergoedingseis nie, maar die posisie is heeltemal anders gesteld indien die verkoper uit die kontrak sou terugtree waar hy die bevoegdheid daartoe het. Na my mening sou hy in laasgenoemde geval wel skadevergoeding kon eis maar die skadevergoeding sou nie die maksimum waarvoor artikel 6(3) voorsiening maak, mag oorskry nie. Daar is niks in artikel 6(3) wat verhoed dat die verkoper ingeval van kansellasië skadevergoeding vir welke items ook al (byvoorbeeld vir gedeelde wins) eis nie, mits die skadevergoeding maar nie die voorgeskrewe maksimum te bowe gaan nie.

Iets wat moontlik teen my uitleg aangevoer kan word, is die bevoording van artikel 13(1) waarvolgens die verkoper nie "geregtig is om die kontrak te beëindig of om 'n aksie om skadevergoeding in te stel" nie tensy hy die voorgeskrewe kennis gegee het nie (ek kursiveer). Die "of" mag aandui dat die verkoper nie op 'n kansellasië en skadevergoeding geregtig is nie sodat hy by terugtrede in elk geval geen skadevergoeding kan eis nie. Na my mening het 'n mens hier egter nie met 'n wedersyds uitsluitende "of" te doen nie.

(c) *Beperking op die aanwending van 'n persoon se salaris of onderhoud ter betaling van die koopprys*

(i) Artikel 8(1)(a) verbied die "sessie of verhipotekering" van 'n persoon (wat ook iemand anders as die koper kan wees) se salaris of periodiek betaalde onderhoud "ter sekurering van 'n betaling kragtens 'n kontrak." (Hierdie bepaling lyk duidelik. Die vraag of 'n vorderingsreg op salaris hoegenaamd "verhipoteker" kan word, laat ek daar.)

(ii) Volgens artikel 8(1)(b) kan 'n persoon, wat magtiging tot ontvangs of invordering van sy salaris of periodiek betaalde onderhoud of 'n deel daarvan gegee het "ter sekurering van 'n betaling kragtens 'n kontrak", so 'n magtiging te eniger tyd herroep. (Na my mening behoort die woorde "sekurering van" weggelaat te word, want eintlik dien die magtiging slegs tot betaling van die skuld en is daar geen sprake van sekuriteit in die normale betekenis van die woord nie.)

(iii) Die bepalinge onder (i) en (ii) hierbo genoem geld nie waar die sessie of verhipotekering of magtiging tot ontvangs of invordering deur 'n werknemer aan sy werkgever gegee word vir behuising deur laasgenoemde aan eersgenoemde verskaf nie (a 8(2)).

(d) *Reg van die koper om betaling te vervroeg*

Artikel 10 bepaal dat die koper te alle tye geregtig is om 'n betaling

te maak voor die vervaldag daarvan, of om groter betalings te maak as dié waarvoor die kontrak voorsiening maak. Hierdie artikel moet saam met artikel 6(1) gelees word, want op homself sou hy waarskynlik kragteloos gewees het. Die doel van die wetgewer was klaarblyklik nie bloot om die verkoper te verplig om vooruitbetalings in ontvangs te neem nie (dit sou hy waarskynlik maar alte graag doen) maar om te verhoed dat die verkoper die geld in ontvangs neem en nogtans rente hef asof die betaling eers op die vervaldag geskied het. Hierdie doel word nou bereik deur artikel 10 en artikel 6(1) gesamentlik vir sover laasgenoemde subartikel bepaal dat rente nie minder dikwels as kwartaalliks bereken moet word op die bedrag wat *dan* ("kragtens die kontrak") verskuldig is nie. Vooruitbetalings kom die koper gevolglik outomaties ten goede. Die woorde "kragtens die kontrak" vertroebel die saak nog so effens want "kragtens die kontrak" sou 'n bedrag wat vooruitbetaal word, nog verskuldig gewees het sodat 'n mens kan rede-neer dat rente nogtans daarop betaal moet word al is dit reeds deur die verkoper ontvang. Die woorde "kragtens die kontrak" dui egter slegs op die bron van die skuld, en bedrae wat inderdaad reeds ter voldoening van daardie skuld betaal is (of dit nou vooruit geskied het of nie) is inderdaad nie meer verskuldig nie.

Artikel 10 is 'n artikel wat ook geld ten aansien van "n kontrak" voor 1 Januarie 1972 gesluit.

(e) *Beskerming van die koper ingevolge artikel 14*

Artikel 14 wat ook geld ten aansien van "n kontrak" voor 1 Januarie 1972 gesluit, is verreweg die belangrikste artikel in die wet.

Die bepaling van artikel 14 kan soos volg saamgevat word:

(i) Indien die geregistreeerde eienaar van grond verkoop ingevolge "n kontrak" insolvent raak, of indien die skuldeiser van so 'n eienaar beslag lê op die grond, moet die kurator van die insolvente boedel of die vonniskuldeiser die koper, indien sy adres bekend is, aansê om transport van die grond te neem (a 14(2)).

(ii) Indien sodanige grond nou *nie* deur 'n verband belas is nie, kry die koper *ses maande* tyd na die aansegging hierbo genoem, om reëlings te tref vir die betaling van die uitstaande saldo kragtens die kontrak plus rente tot op die datum van registrasie van transport in sy naam. Die reëlings wat hy tref, moet tot die bevrediging wees van die meester van die hooggeregshof onder wie se toesig die insolvente geregistreeerde eienaar se boedel beredder word of ingeval van beslaglegging, tot die bevrediging van die adjunk-balju of geregsbode na gelang van die geval (a 14(3)).

(iii) Indien sodanige grond wel met 'n verband beswaar is, kry die koper 30 dae tyd na die aansegging hierbo genoem om reëlings te

tref vir die betaling van die uitstaande saldo kragtens die kontrak plus rente of die uitstaande saldo kragtens die verbandlening plus rente *welke een van die twee die grootste is* plus ook nog alle koste in verband met transport van die grond in sy naam. Verder moet die koper ook nog, waar dit die verbandhouer is wat op die grond beslag gelê het, die verbandhouer se koste in verband met die beslaglegging betaal voordat hy transport van die grond kan kry (a 14(4)). As die koper in totaal meer moes betaal as die bedrag uitstaande kragtens die kontrak plus rente, kan hy die verskil verhaal van die persoon van wie hy die reg gekry het om transport van die grond te eis (a 14(5)). Indien die verkoper die geregistreerde eienaar van die grond was en nou insolvent is, sal die koper se eis in hierdie geval waarskynlik 'n gewone konkurrente eis wees.

(iv) Maak die koper om die een of ander rede nie gebruik van sy reg om transport van die grond in sy naam te kry nie, dan het hy in die geval van 'n eksekusieverkoping (maar waarskynlik nie by insolvensie van die geregistreerde eienaar nie) 'n voorkeureis ten opsigte van die opbrengs van die grond vir die gedeelte van die koopprys wat hy wel betaal het plus 5% rente daarop bereken ten opsigte van die tydperk van die sluiting van die kontrak totdat die grond in eksekusie verkoop word. Hierdie eis staan in rangorde regstreeks na 'n eis wat met 'n verband oor die grond gesekureer is.

Eerstens dan kommentaar op die bepalinge soos ek dit in die breë hier uiteengesit het:

Ad (i) Indien die kurator of vonnisskuldeiser op skuldige wyse sou versuim om die nodige aansegging te doen, sal die koper hom waarskynlik op grond van onregmatige daad kan aanspreek mits natuurlik aan die vereistes vir sodanige aanspreeklikheid voldoen is.

Ad (ii) Dit is eienaardig dat waar die grond nie deur 'n verband beswaar is nie, die koper blykbaar nie reëlins hoeft te tref vir die betaling van die transportkoste nie; hierdie uitleg volg uit die reël *expressio unius est exclusio alterius* aangesien transportkoste uitdruklik genoem word by die geval waar die grond wel met 'n verband belas is.

'n Mens kan aanneem dat waar die verpligting om die oordragkoste te betaal kragtens die kontrak op die koper rus (soos in die praktyk meestal die geval is), transportkoste ingesluit sal wees by "die uitstaande saldo kragtens die kontrak" want dit lyk taamlik duidelik dat die wetgewer hierdie bewoording gekies het om alle bedrae kragtens die kontrak deur die koper verskuldig, in te sluit. Die vraag is egter wat die posisie sal wees as die verkoper kragtens die kontrak die transportkoste moet betaal. 'n Dooiepunt kan ontstaan as die koper die nodige reëlins tref vir die uitstaande saldo kragtens die kontrak maar die verkoper nie in staat is om die oordragkoste te betaal nie. Waar-

skynlik sal die koper dan tog maar self die oordragkoste moet betaal om oordrag te kan kry.

Ad (iii) Die dertig dae wat in hierdie geval aan die koper verleen word om reëlings te tref vir die saldo uitstaande kragtens die kontrak of verband is onrealisties min. In tye van geldskaarste neem dit gewoonlik langer as dertig dae om 'n lening te reël.

'n Groter probleem is dié wat ontstaan waar 'n dorpseniener-verkoper die hele dorpsgebied waarin die verkoopte erf geleë is, vir 'n bedrag veel hoër as die waarde van die erf met 'n verband beswaar het. Daar word geen aanduiding gegee van hoe die vasstelling van die bedrag wat die koper moet betaal om vrystelling van die enkele erf van die verband te kry, gedoen moet word nie.

Ad (iv) 'n Probleem wat by die uitleg van hierdie sub-artikel ontstaan, is hoe die 5 persent rente waarop die koper geregtig is, bereken moet word. Met die eerste oogopslag lyk dit of die koper geregtig is op 5 persent per jaar op die volle bedrag wat hy aan kapitaal afbetaal het vir die volle tydperk van die sluiting van die kontrak af totdat die grond verkoop word. Dit sou egter eenaardig wees aangesien slegs 'n klein gedeelte van die kapitaaldelging normaalweg reeds by kontraksluiting geskied; al die paaieimente (buiten miskien die eerste) word eers later betaal. Let 'n mens nou verder daarop dat die wet bepaal dat die rente bereken moet word "ten opsigte van" die genoemde termyn en nie "vir" die termyn nie, kan 'n sterk saak daarvoor uitgemaak word dat die rente op elke bedrag waarmee die koopprys deur elke paaieiment gedelg is, slegs bereken moet word van die datum van sodanige delging tot die datum waarop die grond verkoop word.

Aan die ander kant lyk dit taamlik onbillik dat 'n koper wat sê 9½% rente betaal het, slegs 5% daarvan terugkry en na my mening sou dit 'n billiker reëling gewees het indien die koper uit die opbrengs van die grond vergoed sou word vir die totale bedrag deur hom betaal aan rente en kapitaal.

*Probleme wat voortvloei uit die besondere bewoording van artikel 14
Artikel 14(1)*

(i) Die eerste probleem ontstaan hier weens die feit dat daar slegs van grond "wat in eksekusie verkoop word" gepraat word sonder enige verwysing na 'n *verkoop by insolvensie*, wat tog sekerlik iets geheel anders is (sien *A Guide to the Sale of Land on Instalments Act 1971* 41 e.v). Daar word wel bepaal dat 'n koper geregtig is "om 'n vordering teen die bedoelde eienaar te bewys . . . wat in rangorde staan direk na 'n vordering wat met 'n verband oor die betrokke grond gesekureer is" wat miskien op 'n insolvensiesituasie dui, maar dié woorde kan ook bloot op 'n eksekusieverkoping slaan en 'n mens neem dan aan dat die koper in so

'n geval sy vordering teenoor die geregsbode of balju sal moet bewys. Die enigste onomwonde verwysing na insolvensie van die geregistreerde eenaar kom in die kantskrif voor wat natuurlik nie deel van die wet self uitmaak nie en bes moontlik slegs op artikel 14(2) tot (5) betrekking het.

Die woorde "om aan een of meer regsvoorvordering teen die geregistreerde eenaar van die grond te voldoen" dui ook op 'n eksekusieverkoping en nie op 'n verkoping by insolvensie nie, want in laasgenoemde geval word die grond tog verkoop om saam met die opbrengs van die ander bates aan *alle* regsvoorvordering teen die eenaar te voldoen.

Die gevolgtrekking lyk onontkombaar dat dit die wetgewer se bedoeling was dat die koper geen voorkeureis ten opsigte van die opbrengs van die grond sou hê waar die geregistreerde eenaar insolvent is nie.

(ii) 'n Groter probleem ontstaan weens 'n onversoenbare teenstrydigheid tussen die Afrikaanse en Engelse weergawe van die sub-artikel.

Die woorde "of die boedel van daardie koper wat oorlede of insolvent is" word in die Engels weergegee as "or the estate of that owner who had died or is insolvent". Lees mens die woorde saam met die res van die sub-artikel, dan blyk dit dat daar volgens die Afrikaanse teks 'n voorkeureis gegee word aan die koper of *sy boedel as hy oorlede of insolvent is*. Volgens die Engelse teks word die voorkeureis gegee aan 'n koper wat die grond gekoop het van die eenaar of *van die boedel van daardie eenaar wat oorlede of insolvent is*.

Voordat 'n mens nou terugval op die bloot meganiese reël dat die ondertekende teks geld as die Afrikaanse en Engelse tekste onversoenbaar is, lyk dit my of 'n mens eers moet probeer om versoening te bewerkstellig deur, indien toelaatbaar, 'n woordwysigende uitleg aan òf die Afrikaanse òf die Engelse teks te gee. So 'n woordwysigende uitleg is toelaatbaar indien die bedoeling van die wetgewer volkome duidelik is en dit blyk dat die woord wat 'n mens wil wysig nie met dié bedoeling versoen kan word nie (Steyn *Uitleg van Wette* 3e uitg 57).

So 'n onversoenbaarheid kan blyk as die gewraakte woord in sy gewone betekenis verstaan, die sinsnede waarin dit voorkom absurd of kragteloos maak.

Volgens hierdie toets, lyk dit my of "owner" in die Engelse teks uitgelê moet word as "purchaser". Volgens die letterlike betekenis van die Engelse teks soos hy staan, word die koper wat die grond gekoop het van die eenaar of van die boedel van die eenaar wat oorlede of insolvent is, beskerm wanneer daardie grond in eksekusie verkoop word

om aan 'n regsvoorordering teen die eienaar te voldoen. So 'n reëling sou absurd wees.

Eerstens is dit duidelik dat met "koper" 'n koper ingevolge "n kontrak" bedoel word (dit blyk uit die samehang en ook uit die definisie van 'n "koper" in artikel 1(iii)). Nou lyk dit hoogs onwaarskynlik, indien nie ongeoorloof nie, dat minstens die kurator van 'n grond-eienaar se insolvente boedel die grond *op afbetaling* sal verkoop.⁴ (Die kontrak sal natuurlik aan die een kant deur die kurator of eksekuteur gesluit moet word want hulle is die aangewese persone om namens die boedel op te tree.)

Tweedens, selfs al sou so 'n verkoop op afbetaling deur die kurator of deur die eksekuteur van 'n oorledene se boedel nog geskied, dan kan ek nie sien hoe die skuldeisers van die geregistreerde eienaar daarna nog weer op die grond beslag kan lê en dit in eksekusie kan verkoop nie. Op die goed van 'n insolvente persoon kan hoegenaamd nie beslag gelê word nie en deur die tegeldemaking van 'n bate deur die eksekuteur word die bate (wanneer die boedelrekeninge goedgekeur is) tog buite die bereik van die skuldeisers gestel.⁵

Aan die ander kant is die Afrikaanse teks ook in sy letterlike betekenis heeltemal sinvol. Dit is verstaanbaar, hoewel miskien onnodig, wanneer die wetgewer sê dat die boedel van die oorlede of insolvente koper ook die voorkeureis wat deur artikel 14(1) geskep word, moet hê. (Vgl verder artikel 2(a) waar daar ook na die koper wat oorlede of insolvent is, verwys word.)

Ek stem nie saam met De Wet dat die kantskrif by artikel 14 teen hierdie interpretasie spreek nie (sien 1971 *Annual Survey* 110). Die kantskrif wil maar net aandui dat artikel 14 in werking tree by 'n (beoogde) verkoop van die grond in eksekusie of ingeval van insolvensie van die geregistreerde eienaar.

Die Afrikaanse teks van die wet is deur die staatspresident onderteken.

(iii) 'n Volgende probleem is of die voorkeureis slegs geskep word ten gunste van die koper wat die grond van die geregistreerde eienaar gekoop het of ook ten gunste van 'n koper wat van die koper gekoop het. Enersyds word uitdruklik gesê dat die voorkeureis toekom aan "die koper wat daardie grond kragtens die kontrak *van daardie eienaar*

⁴Met die meester se toestemming sou grond wat deel van die oorledene se boedel uitmaak op afbetaling verkoop kon word (sien a 47(b) saam met a 42 van die Boedelwet 66 van 1965, soos gewysig).

⁵In die geval van 'n oorledene se boedel sal die koop in die praktyk nie ten volle in werking tree voordat daar in elk geval vir alle skuldeisers se eise voorsiening gemaak is nie.

gekoop het” (ek kursiveer) maar andersyds word gesê dat die koper die voorkeureis het “afgesien van enige ander vordering wat hy teen bedoelde eienaar *of die verkoper kragtens die kontrak mag bewys.*” Volgens die eersaangehaalde sinsnede *moet* die koper om die beskerming te kry van die geregistreerde eienaar gekoop het terwyl die laasaangehaalde sinsnede skynbaar weer die moontlikheid open dat die verkoper kragtens die kontrak iemand anders kan wees as die geregistreerde eienaar. Hierdie teenstrydigheid kan uit die weg geruim word deur die “of” in die tweede sinsnede uit te lê in die sin van “of, met ander woorde . . .”.

Artikel 14(2)

Die grootste probleem by die uitleg van hierdie artikel 14(2)–(5) ontstaan waar daar ’n opeenvolging van kopers is wat agtereenvolgens die grond, of die reg om transport van die grond te kry, koop en weer verkoop.

Artikel 11(1) bepaal dat indien ’n persoon wat grond kragtens “’n kontrak” gekoop het, op sy beurt die grond kragtens “’n koopkontrak” verkoop, dan word die koper kragtens die laasgenoemde kontrak geag terselfdertyd sessie van die reg om transport te eis, te verkry het. So ’n latere koper is met ander woorde *ipso jure* ’n sessionaris. (Let daarop dat by die tweede verkoop van “’n koopkontrak”, en nie ’n kontrak nie, gepraat word, wat aandui dat die tweede kontrak nie ’n kontrak hoef te wees wat aan die definisie van ’n kontrak voldoen nie. Die prys hoef met ander woorde nie in drie of meer paaiemente oor ’n jaar of langer betaalbaar te wees nie.)

Artikel 1(iii) definieer ’n koper sodat dit ook ’n persoon insluit aan wie die koper kragtens ’n kontrak sy regte en verpligtinge gesedeer en gedelegeer het, of ’n persoon “wat die vorderingsreg van die koper kragtens ’n kontrak om transport van die grond te eis, deur sessie verkry het.”

Lees ’n mens nou artikel 11(1) saam met artikel 1(iii) dan blyk dit dat elkeen van die opeenvolgende kopers ook as “koper” *en* “sessionaris” kwalifiseer en blykbaar maak dit nie saak of die latere kopers kragtens “’n kontrak” (soos in artikel 1(ii) gedefinieer) gekoop het of nie (soos ek reeds by die bespreking van die definisie van “sessie” betoog het).

Om nou terug te kom na artikel 14(2). Dié bepaal dat die kurator of vonnisskuldeiser “die koper” moet aansê om transport van die grond te neem. Terwyl hier klaarblyklik slegs één koper bedoel word en terwyl artikel 14(1) spesifiek praat van die koper wat die grond “van daardie eienaar” (dit is die geregistreerde eienaar) gekoop het, wil dit my voorkom asof die aanseggings slegs aan die persoon wat kragtens “’n

kontrak” van die geregistreerde eienaar gekoop het - die eerste koper dus - gerig hoof te word.

Die woorde “behoudens die bepalings van sub-artikel (1)” in artikel 14(2) is ook moeilik om te begryp. Blykbaar bedoel die wetgewer dat die feit dat die koper aangesê moet word om oordrag van die grond te neem geensins aan sy voorkeureis afbreuk doen nie, dit wil sê vir geval hy nie aan die aansegging gehoor gee nie.

Artikel 14(3)

Artikel 14(3) bepaal dat die grond getranspoteer word op die naam van “die persoon wat die reg het of gehad het om transport van die grond te eis” “sonder benadeling van die regte van latere sessionarisse” mits hy die nodige reëlings tref “vir die betaling van die uitstaande saldo kragtens die kontrak plus rente tot die datum van die registrasie van transport”. Weer eens lyk dit my of dit slegs die eerste koper is wat hier transport kan kry. Dit blyk uit die samehang met sub-artikel (1) en (2), uit die woorde “of gehad het” en uit die feit dat latere sessionarisse (en dit sluit alle latere kopers in) se regte voorbehou word. Wat gebeur nou as die eerste koper gebruik maak van sy bevoegdheid om ingevolge artikel 14(3) oordrag van die grond te kry? Die laaste koper in die ry wat deur die werking van artikel 11(1) ’n reg op transport teenoor die geregistreerde eienaar gekry het, kry waarskynlik nou weer so ’n reg teenoor die eerste koper wat nou geregistreerde eienaar word. Is die nuwe geregistreerde eienaar insolvent of word daar deur sy skuldeisers op die grond beslag gelê, dan tree die hele artikel weer in werking ter beskerming van die koper wat van dié nuwe eienaar gekoop het. Is die nuwe eienaar nie insolvent nie en word daar ook nie deur sy skuldeisers op die grond beslag gelê nie, gaan die nievoltooide kontrakte maar hul normale gang totdat die laaste koper geregtig word op transport wat hy waarskynlik dan regstreeks van die geregistreerde eienaar kan kry (sien artikel 11(2) waarop later teruggekom word).

Artikel 14(4)

Net soos in die geval van artikel 14(3) kom dit voor asof artikel 14(4) ook in die eerste plek, maar “sonder benadeling van die regte van latere sessionarisse”, tot voordeel van die koper wat van die geregistreerde eienaar gekoop het, werk.

Die woorde “by ontstentenis van ’n ander reëling met betrekking tot die transport daarvan aan die koper” is bykomstige woorde wat nie in artikel 14(3) voorkom nie. Dit laat ’n mens vermoed dat dié woorde te doen het met die feit dat die grond in hierdie geval met ’n verband beswaar is. Waarkynlik slaan dit op die geval waar die koper die geregistreerde eienaar se verbandlening oorneem. Die vonnisskuldeiser(s),

die geregistreerde eenaar, die verbandhouer en die koper sal tot so 'n reëling moet meewerk, dit wil sê as die geregistreerde eenaar nie insolvent is nie, terwyl die medewerking van die kurators sal moet kom in die plek van dié van die skuldeisers en die geregistreerde eenaar as die geregistreerde eenaar wel insolvent is.

Artikel 14(5)

Die uitleg wat ek aan artikel 14(1) tot (4) gegee het as sou dié sub-artikels regstreekse beskerming gee slegs aan die koper wat van die geregistreerde eenaar gekoop het, word in 'n mate teengesprek deur die feit dat die koper wat ingevolge artikel 14(4) reëlins moes tref vir die betaling van die saldo verskuldig op die verbandlening (plus die verdere bedrae daar genoem) die verskil tussen wat hy moes betaal en die saldo plus rente verskuldig ingevolge die kontrak, kan verhaal op "die persoon van wie hy die reg verkry het om transport van die grond te eis." Volgens my uitleg moet die laasgenoemde persoon die geregistreerde eenaar wees, en 'n mens sou die vraag kan stel hoekom hy nie eenvoudig so genoem word nie.

Slotopmerkings oor artikel 14

Indien my uitleg van artikel 14 korrek is, en indien die koper wat van die geregistreerde eenaar gekoop het, gebruik maak van sy bevoegdheid kragtens artikel 14(3) of (4) om oordrag van die grond op sy naam te verkry, het die latere koper of kopers niks om oor te kla nie - hul regte word in so 'n geval geensins ingekort nie.

Gestel egter die koper kan of wil nie van daardie bevoegdheid gebruik maak nie, wat dan? Na my mening sou hy in so 'n geval hom teenoor sy koper skuldig maak aan kontrakbreuk, indien hy dan nie oordrag kan gee nie. Dit mag onbillik lyk om kontrakbreuk aan hom toe te skryf waar hy deur omstandighede gedwing word om skielik 'n bedrag geld te bekom waarop hy nooit gereken het nie. Dit is egter 'n risiko wat 'n mens op jou neem wanneer jy iets verkoop waarvan jy nie die eenaar is nie. As dit nie vir die bepalinge van artikel 14(3) en (4) was nie, sou die persoon wat van die geregistreerde eenaar gekoop het in elk geval weens kontrakbreuk aanspreeklik gewees het teenoor die persoon aan wie hy op sy beurt weer verkoop het, indien hy nie kan lewer nie omdat die geregistreerde eenaar insolvent geraak het of daar op die grond beslag gelê is en die grond toe geregtelik aan iemand anders verkoop en gelewer is.

Indien 'n latere koper bewus sou wees daarvan dat die koper wat van die geregistreerde eenaar gekoop het nie sy bevoegdheid kragtens artikel 14(3) of (4) om transport te kry kan of wil uitvoer nie, sal hy die koper se verpligtinge kragtens die genoemde sub-artikels, namens hom kon nakom en moontlik selfs transport van die grond op sy eie naam

kon verkry. (Artikel 11(2) bepaal uitdruklik dat die grond regstreeks van die geregistreerde eienaar na die tweede koper oorgedra moet word wanneer die eerste koper se verpligtinge kragtens die kontrak waardeur hy (laasgenoemde) gekoop het, nagekom is. Artikel 11(5)(a) verleen ook uitdruklik aan die latere koper die bevoegdheid om sy voorganger se verpligtinge “kragtens die kontrak waarkragtens hy (dit is, laasgenoemde) die reg verkry het om transport van die grond te eis” teenoor die geregistreerde eienaar na te kom. Die “verpligting” om kragtens artikel 14(4) die saldo uitstaande op ’n verbandlening te betaal, vloei seker nie uit die kontrak voort nie maar waarskynlik sal die latere koper ook dié verpligting namens sy voorganger kan nakom en daardeur ’n verrykingseis teenoor dié voorganger verkry (sien *Odendaal v Van Oudtshoorn* 1968 3 SA 433 (T)).

Die latere koper of kopers word net weerloos gelaat indien hulle nie van die insolvensie of dreigende eksekusieverkoping weet nie. Na my mening behoort die wet dan ook voorsiening te maak het vir kennisgewing van die situasie deur die eerste koper aan sy opvolger en dié weer aan sy opvolger ensovoorts.

(f) *Tegemoetkoming aan die koper waar die verkoper sy regte en verpligtinge aan ’n derde sedgeer en delegeer*

Volgens artikel 12(1) word sodanige sessie en delegasie geag ’n volmag aan die derde te wees om die grond ooreenkomstig die bepalings van die kontrak aan die koper te transporteer. Die derde kry ook die bevoegdheid om ’n transportbesorger aan te stel om die transportakte te verly.

’n Mens aanvaar dat die uitwerking van hierdie sub-artikel is dat die derde al die nodige dokumente namens die verkoper kan onderteken en dat oordrag regstreeks van die oorspronklike verkoper aan die koper geskied.

(g) *Afstanddoening deur die koper van sy regte*

Artikel 15 bepaal dat ’n afstanddoening deur die koper van enige van die regte wat deur die wet aan hom verleen word, nietig is.

4 SPESIALE REËLINGS MET BETREKKING TOT OPVOLGERS VAN DIE KOPER

(a) Hierbo is reeds daarop gewys dat waar ’n koper kragtens “’n kontrak” op sy beurt die grond aan ’n volgende persoon verkoop (of die laasgenoemde kontrak nou “’n kontrak” is of nie), die laasgenoemde koop tegelykertyd as ’n sessie van die koper se reg om transport van die grond te kry aan die koper se opvolger geld (a 11(1)).

(b) Artikel 11(2) bepaal dat indien die koper se verpligtinge kragtens 'n kontrak waardeur hy gekoop het, deur hom of 'n sessionaris nagekom is, die grond regstreeks getranspoteer moet word "van die geregistreeerde eienaar aan 'n persoon wat deur sessie die reg van die koper verkry het om transport van die grond te eis." Hierdie reëling geld "ondanks andersluidende wetsbepalings" dit wil sê ondanks die bepalinge van artikel 14 van die Aktes Registrasie Wet, 47 van 1937, waarvolgens daar by die oordrag van grond geen kortpad gevolg mag word nie - vir elke ongekanselleerde kontrak om grond te lewer, moet daar 'n transport gedoen word. Die bepalinge van die Wet op Hereregte 40 van 1949 moet egter nog steeds nagekom word, dit wil sê op elke kontrak om oordrag te gee, moet hereregte betaal word.

Dit lyk asof "die koper" in hierdie sub-artikel nie slegs na die eerste koper wat van die geregistreeerde eienaar gekoop het, verwys nie maar ook na latere kopers, en dan meer bepaald na elke koper wat kragtens "n kontrak" gekoop het. Gestel daar is 'n hele ry opeenvolgende kopers wat op afbetalings koop, dan moet nommer 2 oordrag kry as nommer 1 se verpligtinge kragtens die kontrak waardeur hy gekoop het, nagekom is. Nommer 3 moet oordrag kry as aan nommer 2 se verpligtinge voldoen is ensovoorts. 'n Mens kan waarskynlik ook aanneem dat as nommer 1 en 2 se verpligtinge kragtens hul onderskeie kontrakte nagekom is en oordrag op nommer 2 se naam nog nie geskied het nie, oordrag regstreeks van die geregistreeerde eienaar aan nommer 3 gedoen moet word.

Die eienaardige van hierdie sub-artikel is dat 'n latere koper oordrag kry as daar aan sy voorganger se verpligtinge voldoen is. Die voorganger kry met ander woorde nooit eiendom en dus sekuriteit vir die moontlike saldo deur die latere koper aan hom verskuldig nie.

(c) Artikel 11(3) bepaal: "n In sub-artikel (2) bedoelde sessionaris of 'n ander regsopvolger van die koper kan oor sy reg kragtens 'n kontrak om transport van grond te eis, beskik soos hy oor 'n ander bate kan beskik".

Die bedoeling van hierdie sub-artikel is vir my duister. 'n Koper kan in elk geval vrylik oor sy vorderingsreg op oordrag beskik behalwe natuurlik waar hy ooreengekom het om dit nie te doen nie. Moontlik is die rede waarom die beskikkingsbevoegdheid uitdruklik deur die wet aan hom gegee word om te verseker dat hy nie geldiglik daarvan afstand kan doen nie, want soos reeds geblyk het, verhoed artikel 15 'n geldige afstanddoening deur die koper van enige van die regte deur die wet aan hom verleen.

Dit mag wees dat die oogmerk met die spesifieke verwysing na 'n sessionaris *soos in artikel 11(2) bedoel*, is om dit duidelik te maak dat die sessionaris wat sy voorganger se verpligtinge nagekom het, ook kan

beskik oor die besondere reg deur artikel 11(2) geskep, die reg naamlik om regstreeks van die geregistreerde eienaar oordrag te kry. Die woorde “of ’n ander regsopvolger van die koper” maak so ’n uitleg weer onwaarskynlik.

(d) Artikel 11(4) bepaal dat ’n sessionaris (en dit sluit volgens artikel 11(1) enige latere koper in) die geregistreerde eienaar van die sessie in kennis moet stel.

Dit is eienaardig dat daar in hierdie geval nie voorgeskryf word hoe of wanneer die kennisgewing moet plaasvind nie.

(e) Artikel 11(5)(a) bepaal dat ’n sessionaris die verpligtinge van die sedent namens hom kan nakom as die sedent sou nalaat om dit self te doen en “so ’n nakoming deur die sessionaris van die verpligtinge van die sedent teenoor die geregistreerde eienaar [word] geag ’n geldige nakoming deur die sedent van sy bedoelde verpligtinge teenoor die geregistreerde eienaar en in dieselfde mate deur die sessionaris van sy verpligtinge teenoor die sedent te wees”.

Die verwysing na “geregistreerde eienaar” sluit blykbaar die moontlikheid uit dat die sessionaris aan wie die sessionaris op sy beurt die reg gesedeer het laasgenoemde se verpligtinge namens hom nakom. So ’n nakoming is egter waarskynlik wel toelaatbaar volgens die gemene reg (sien *Odendaal v Van Oudtshoorn* 1966 3 SA 433 (T)).

Artikel 11(5)(b) bepaal dat solank die sessionaris te goeder trou handel wanneer hy ’n betaling namens die sedent maak, die sedent of die boedel van die sedent wat oorlede of insolvent is nie weer daardie bedrag van die sessionaris mag vorder nie.

(f) Artikel 11(6) bepaal dat die sedent binne een maand na die sessie die kwitansie vir die hereregte op die transaksie waardeur hy (die sedent) die reg gekry het om oordrag van die grond te eis, aan die sessionaris moet oorhandig of per geregistreerde pos aan hom moet stuur.

Hereregte is volgens die Wet op Hereregte 40 van 1949 binne 6 maande na die aangaan van die transaksie betaalbaar (a 3 gelees saam met a 1).

(g) Artikel 11(7) bepaal dat ’n sessionaris wat namens die sedent of ’n voorganger van die sedent hereregte betaal om transport te kan kry, daardie hereregte plus die rente daarop van die sedent of die betrokke voorganger kan verhaal.

Artikel 11 verhoed nie ’n drie-partykontrak (“tripartite contract”) waardeur die oorspronklike kontrak tussen A en B gekanselleer word en ’n nuwe kontrak tussen A en C gesluit word nie. (Eintlik is dit maar ’n vervanging van die koper deur delegasie.) In so ’n geval word slegs op die een transaksie hereregte betaal.

Hierdie artikel is 'n poging om 'n rationale uitleg aan die Wet op die Verkoop van Grond op Afbetaling te gee. Dat al die probleme in verband met die toepassing van die wet daardeur uit die weg geruim of selfs net aangeraak is, is natuurlik hoegenaamd nie die geval nie. Veral met betrekking tot akteregistrasiepraktyk lewer die wet talle probleme op waarop nie ingegaan is nie. Soos die wet nou staan, is hy in vele opsigte soos 'n ou viool; 'n mens kan haas enige deuntjie daarop speel. □

Zijn standaardwerk leidt VON JHERING in met de woorden: „Dreimal hat Rom der Welt Gesetze diktiert, dreimal die Völker zur Einbeit verbunden, das erstmal, als das römische Volk noch in der Fülle seiner Kraft stand, zur Einbeit des Staats, das zweitemal, nachdem dasselbe bereits untergegangen, zur Einbeit der Kirche, das drittemal infolge der Rezeption des römischen Rechts, im Mittelalter zur Einbeit des Rechts“. Deze universaliteit is blijven doorwerken tot de dag van heden toe. Het rom. recht heeft de grote verdienste de volkeren via het recht, waaronder ze leven, dichter tot elkaar te hebben gebracht. „Wenn die Darstellung der Geschichte des römischen Rechts nicht als ein blosses wissenschaftliches Antiquariat erscheinen soll, schreibt DULCKEIT, so muss sie ihren Gegenstand von vornherein im gleichen Lichte sehen, in dem jede echte Geschichte steht: als in der Gegenwart aufgebogene und bewahrte und damit in die Zukunft weisende Vergangenheit. So wächst der Wissenschaft auch von dieser Seite die Aufgabe zu, die Voraussetzungen bereitzustellen, unter denen die Verflechtung römischen und germanischen Rechtsguts im europäischen Recht sichtbar werden kann“. De veronderstelling is niet al te gewaagd dat het rom. recht tot de verwezenlijking van de Europa-gedachte, die na de tweede wereldoorlog zo velen bezighoudt, veel kan bijdragen.

Aspekte van die risikobegrip in die versekeringsreg^{*}

SWJ van der Merwe

Randse Afrikaanse Universiteit

SUMMARY

Although uncertainty, peril and risk are terms frequently used consensus as to their exact meaning is lacking. Since these concepts are of particular importance in insurance law it is the purpose of this paper to shed some light on their specific content when applied to this field.

A mental state of doubt concerning existing facts or future occurrences is common to all men and forms the basis of human decision. This mental state called uncertainty can be "measured" on the strength of experience and is commonly expressed as a probability judgment based on the relative frequencies of past occurrences. One of the factors to which this uncertainty relates is the fact that man is constantly exposed to the possibility of an undesirable change affecting his person, his estate or his projections concerning his future. One can refer to the facts which may bring about such change as perils and to the possibility of change as risk.

Defining risk as a possibility indicates its relation to uncertainty, be it as to whether, when or to what extent a risk will materialise. Such uncertainty concerning materialisation of a risk gives rise to a need for certainty in an alternative form - a need for security. This need arises particularly with regard to a specific type of risk, i.e. the possibility of change adversely affecting an individual's planning of his estate. Insurance is one of the means for providing against this kind of risk.

In specific insurance contracts the risk assumed by the insurer is defined i.a. with reference to specific perils and resulting risks as well as so-called subjective and objective circumstances affecting the risk. The law takes cognisance of these circumstances e.g. by providing for the eventuality that the materialisation of the risk is caused by the insured's own conduct or the eventuality of an increase in the risk *stante contractu*. In the latter instance the approach in Continental legal systems differs in principle from that in Anglo-American and South African law but there seems to be little difference in effect.

In conclusion it should be emphasised that not every undertaking to provide cover against risk constitutes insurance. It is submitted that the only practicable test is that of inquiring whether the assumption of risk is an independent and not insignificant undertaking which has the purpose of enabling one contracting party to realise his aim of forming an estate.

^{*}Referaat op 30 Januarie 1973 voor die Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte te Kaapstad gelewer.

Die begrippe sekerheid en onsekerheid, gevaar en risiko word in die volksmond vry algemeen gebruik. Dit wil egter geensins sê dat daar telkens wanneer een van hierdie begrippe aangewend word duidelikheid oor die inhoud of minstens oor die presiese grense daarvan bestaan nie. So byvoorbeeld kan die stelling: "Ek is *seker* dat dit môre sal reën", beteken dat die spreker na aanleiding van 'n biddag vir reën sonder meer die geloofsoortuiging het dat dit die volgende dag sal reën; dit kan egter ook beteken dat hy op sterkte van minder naïewe indikasies meen dat hy kan aanneem dat dit eerder sal reën as nie - miskien pyn sy jigbeen, of dalk is hy 'n opgeleide meteoroloog wat sy uitspraak op sistematiese waarneming baseer. As Jan aan sy vriend Piet sê: "Moenie dit doen nie, die *risiko* is te hoog", kan ons gewoonlik met veiligheid aanvaar dat hy van mening is dat die voorgename handeling vir Piet nadelig mag verloop. Ons weet egter nie welke maatstawwe Jan aangewend het om die riskante aard van die voorgename handeling te bepaal nie. Dink hy aan liggaamlike letsels, finansiële nadeel of sosiale afkeur? Neem hy sy eie ervaring in ag wanneer hy sy mening vorm of beroep hy hom op wetenskaplike statistiek? Of oriënteer hy hom straks aan 'n kombinasie van faktore?

In die lig van die kardinale rol wat die risikobegrip en daarmee saam die begrip onsekerheid by versekering speel, skyn dit vanself te volg dat juis op die gebied van die versekeringsreg 'n duidelike omskrywing van hierdie begrippe onontbeerlik is. Ongelukkig moet van die vakliteratuur gesê word dat dáárin byna meer onsekerheid oor onsekerheid en risiko heers as onder leke!¹ Een van die vernaamste verklarings hiervoor skyn te wees dat daar nie voldoende oor besin word nie of vir die juridiese reëling van versekering onsekerheids- en risikobegrippe behoort te geld met dieselfde inhoud as wat telkens vanuit bedryfsekonomiese en versekeringsmatematiese blikpunte aan hulle toegeskryf word. Om hierdie rede wil ek graag enkele opmerkings maak oor die onderhawige begrippe soos hulle op die gebied van die versekeringsreg aanwending vind of behoort te vind. Ek meen dat daarby na vore sal kom dat die versekeringsreg, waarbinne dit nie prinsipiël om versekeringstegnies noukeurige versekerbaarheid of om die hoogs moontlike bedryfswins gaan nie, met 'n eenvoudiger en derhalwe meer aanpasbare begripsomskrywing kan volstaan.

¹Sien die standpunte van Knight *Risk, Uncertainty and Profit* Boston 1921 *passim*; Möller "Beziehung-Gefahr-Bedarf" 1934 *ZVersWiss* 18; Shackle "On the Meaning and Measure of Uncertainty" 1952 *Metroeconomica* 87; Niehans "Reflections on Shackle, Probability and Our Uncertainty about Uncertainty" 1959 *Metroeconomica* 74; Redlich "Towards a Better Theory of Risk" in Hammond *Essays in the Theory of Risk and Insurance* Glenview 1968 33; Head "An Alternative to Defining Risk as Uncertainty" 1967 *The Journal of Risk and Insurance* 205 en Athearn "What is Risk?" 1972 *The Journal of Risk and Insurance* 639 - om slegs enkele voorbeelde te noem.

Ten aanvang kan gesê word dat 'n besondere geestestoestand, in die vorm van 'n sterkere of geringere mate van *twyfel* oor bestaande toekomstige gebeurtenisse, as't ware die substraat vorm waarop menslike besluite berus. Hierdie geestestoestand kan na gelang van die hoek waaruit dit betrag word onsekerheid of sekerheid genoem word. Wanneer hier van geestestoestand gepraat word, beteken dit eintlik dat daar aangeknoop word by wat dikwels die psigologiese onsekerheidsbegrip genoem word.² Hierdie begrip kan gekontrasteer word met die onsekerheidsbegrip van daardie beslissingsteorie (gewoonlik ekonomies of bedryfsekonomies) waarvolgens onsekerheid nie 'n geestestoestand is nie, maar 'n attribuut van die situasie waarin die besluitnemer hom bevind - en wel die attribuut dat die situasie nie vir die uitspreek (deur die besluitnemer) van 'n waarskynlikheidsoordeel oor toekomstige gebeurtenisse vatbaar is nie.³ Om redes wat weldra sal blyk vermy ek liever laasgenoemde spesiale benadering. In elk geval beteken die formulering van onsekerheid in terme van 'n geestestoestand geensins dat die besluitnemer hom nie aan eksterne faktore oriënteer ten einde daardie geestestoestand te bereik of waar nodig aan te pas nie.

Kom ons beskou vlugtig 'n eenvoudige situasie waaruit die belang van 'n sekerheids- of onsekerheidsbewussyn by die neem van 'n besluit blyk: Gestel dat elk van 'n aantal wilsvrye, van mekaar onafhanklike persone moet besluit of hy 'n besondere handeling sal uitvoer of nalaat. Gestel verder dat dit denkbaar is dat daar in die toekoms verskillende toestande kan intree wat elk in kombinasie met die handeling 'n eiesoortige resultaat kan bewerkstellig en dat alle persone oor dieselfde inligting aangaande die probleemsituasie beskik. Alhoewel daar in ons voorbeeld vir enige van die persone eintlik slegs twee beslissingsvariasies, te wete 'n doen of 'n late, bestaan, kan dit by nadere ondersoek van die motiverings vir die onderskeie besluite ligtelik blyk dat daar soveel beweegredes as persone is.

In die eerste plek sal die besondere waarde wat 'n bepaalde resultaat vir 'n bepaalde persoon inhou sy besluit beïnvloed - en hierdie waardes kan van wyd uiteenlopende aard wees. Die mees algemene is waarskynlik geldwaarde of 'n nuttigheidsfunksie. In die tweede plek sal die mate van sekerheid of onsekerheid wat ten aansien van die uiteindelijke intrede al dan nie van 'n resultaat by 'n persoon bestaan sy besluit medebepaal ten gunste van die handeling wat daardie resultaat sal meebring. Hoe gewens 'n resultaat ook al mag wees, sal iemand beswaarlik ten gunste van die relevante handeling besluit indien hy persoonlik daarvan oortuig is dat die vereiste vir die intrede van die resultaat (dit wil sê die voorheen genoemde toestande) glad nie of soge-

²Sien hieroor Head 206.

³*ibid.*

naamd „na alle waarskynlikheid nie” sal intree nie. ’n Mens kan sê dat ’n besluit met die oog op toekomstige optrede weliswaar in die lig van die besluitnemer se eie waardeskaal provisioneel bepaal word, maar eers met behulp van ’n oordeel oor die sekerheid of onsekerheid van die intrede van die besondere resultate gefinaliseer kan word.

Op dieselfde trant kan geargumenteer word dat ook indien slegs een persoon tussen verskillende handelinge moet kies sy uiteindelijke keuse telkens kan wissel na mate hy oor meer of minder inligtinge beskik wat sy oordeel oor die sekerheidsgraad van die wenslikste resultaat of resultate⁴ kan beïnvloed.

Op hierdie stadium moet ek daarop wys dat ek vir die doeleindes van ons voorbeeld van bepaalde veronderstellings uitgaan - soos heel moontlik al klaar duidelik geword het.

Eerstens word eenvoudig veronderstel dat ’n prognose vanuit die huidige in die toekoms bewaarheid sal word, mits die relevante toestand maar net intree. Anders geformuleer: daar word veronderstel dat ’n besluitnemer telkens met “sekerheid” kan aanvaar dat die elemente van die verhouding *handeling-plus-toestand-gee-resultaat* soos dit vanuit sy huidige situasie prognosties beoordeel word ná werklike intrede van die elemente daarvan *ex post facto* beoordeel nog steeds in identiese kousale verhouding van oorsaak en gevolg tot mekaar sal staan. Dit behoort vanself te spreek dat hierdie veronderstelling nie ’n keuse ten gunste van enige besondere kousaliteitsteorie verteenwoordig nie, reeds aangesien die inhoud van die genoemde kwalifikasie “sekerheid” nie nader omskryf word nie. Die veronderstelling is eenvoudig noodsaaklik indien ’n verdere veranderlike vermy wil word ten einde die voorbeeld nie onnodig te kompliseer nie.

Tweedens word, soos aanvanklik aangedui, veronderstel dat die mens sy besluite noodgedwonge neem in die bewussyn van onsekerheid sowel as met die oortuiging dat verskillende grade van onsekerheid of sekerheid onderskei kan word. Ten opsigte van hierdie tweede veronderstelling moet kortliks stelling ingeneem word. Sonder dat dit nodig is om ten gunste van die eksistensialistiese wysbegeerte met sy prinsipiële, onontwykbare angs- en derhalwe onsekerheidsbewussyn te kies, kan die volgende stelling gemaak word: Die meeste mense is by die neem van besluite met die oog op die toekoms in mindere of meerdere mate onseker oor die uiteindelijke korrektheid van die prognostiese grondslag van hulle besluite. Ek sê “die meeste”, omdat dit vir ons eerstens onnodig is om uit te maak of sommige mense inder-

⁴Ek sê “resultate” omdat ek ook die geval in gedagte het waar die besluitnemer reeds ’n hele aantal moontlike resultate volgens elkeen se besondere waarde vir hom gerangskik het. In so ’n geval behoort hy sekerheidsgraad en waarde met mekaar in verband te bring.

daad in die sogenaamde toekoms kan blik al dan nie. (Die waarsêer en profeet het, interessant genoeg, dikwels in die loop van die geskiedenis van die mens 'n rol gespeel en kan - *ex post facto* beoordeel - nawsbaar met 'n mate van korrektheid voorspel. Die moderne psigologie skyn in elk geval geen bevredigende verklaring vir die verskynsel paraat te hê nie.)⁵ Veral sê ek egter "die meeste mense", omdat die moontlikheid ingeruim moet word dat 'n besondere individu naïef aan die absolute sekerheid glo of anders uitgedruk: dat hy 'n variasiefaktor = 0 vir sy eie evaluering van toekomstige gebeure aanneem. Nou is dit, helaas, 'n onmiskenbare feit dat laasgenoemde magiese, ongebroke wêreld vir die meeste van ons effektief geslote bly selfs al sou ons aanvaar dat dié toestand bloot aan gebrekkige insig of geloof te wyte is. Gee 'n mens so 'n feitelike (indien dan nie prinsipiële nie) onvermoë om onder alle omstandighede tot absolute sekerheid te geraak eenmaal toe, dan moet vir daardie vakdissiplines wat met die besluite van mense soos-hulle-in-die-wêreld-verkeer, moet rekening hou eenvoudig die kenteoretiese konsekwensie aanvaar word dat menslike besluite in beginsel teen 'n agtergrond van onsekerheid geneem word. Daarmee is die ontologiese probleem vanselfsprekend nie uitgemaak nie, maar ek kon tot dusver nie insien hoedat die dikwels pynlike bemoeiinge om absolute sekerheid van sommige wysgerige rigtings⁶ op 'n dissipline soos versekering oor te dra is nie. Dit is een ding om te bevind dat iemand hom nie *hoef* te kwel nie, maar 'n ander om aan 'n inderdaad twyfelende mens gerusstelling (hoe ontoereikend dit ook al mag wees) te ontsê. Hierdie gevolgtrekking word daarby nog gesteun deur die vry algemeen aanvaarde opinie van moderne fisici dat daar geen teoretiese regverdiging vir die aanname van absoluut onveranderlike (reëlmatige) prosesse in die subatomiese ervaringswêreld bestaan nie.⁷

Ek het egter ook reeds verwys na die gradering van die geestes-toestand sekerheid. Dit is begryplik dat 'n persoon hom aan verskillende faktore kan oriënteer ten einde sy gevoel van onsekerheid of sekerheid oor die plaasvind al dan nie van toekomstige gebeurtenisse te toets en - indien nodig - na die een of ander kant toe aan te pas. Hierdie faktore kan wissel vanaf 'n hoogs subjektiewe naïewe bewussyn tot sogenaamd objektiewe meting aan die hand van 'n bekende maatstaf.

⁵K Innami "Philosophische Untersuchungen über die Zufälligkeit" in Schmidt-Sieg *Grundprobleme des Versicherungsrechts* Karlsruhe 1972 301.

⁶Ek dink by uitstek aan die sogenaamde Duitse idealisme.

⁷Sien byvoorbeeld Heisenberg *Der Teil und das Ganze* München 1969 144-173, 279-295; Jordan *Schöpfung und Geheimnis* Hamburg 1970 *passim*. Op die *statistiese* sekerheid wat tog ten opsigte van die normale verloop van prosesse in die mens se gewone (makro-) ervaringswêreld aanvaar kan word, kom ek hieronder vlugtig terug.

Na die moontlikheid van nuwe oortuiging het ek reeds verwys. Op grond van die aanname dat gelyksoortige gebeure onder relatief identiese omstandighede neig om dieselfde verloop te neem, geskied die genoemde objektiewe meting taamlik algemeen aan die hand van ervaringstatistiek. Op hierdie basis word onsekerheid dan statisties benader as byvoorbeeld 'n veranderlike faktor⁸ of selfs as die potensiele verrassing van 'n besluitnemer ten opsigte van die bereiking al dan nie van sy vooropgesette doel.⁹ Meer algemeen word onsekerheid statisties benader as 'n toestand wat kwantitatief uitgedruk kan word deur middel van 'n waarskynlikheidsoordeel gebaseer op die relatiewe frekwensies van verlede tydse gebeure.¹⁰

Tot dusver het ek steeds van "sogenaamd" objektiewe meting gepraat. Dit volg immers uit die standpunt wat vroeër ingeneem is ten opsigte van die rol wat onsekerheid by die neem van besluite speel dat ook hierdie maatstawwe in die laaste instansie subjektief is of gesubjektiveer word - en wel deurdat hulle eers dan vir 'n besondere besluit relevansie verkry nádat die besluitnemer *persoonlik* tot die oortuiging geraak het dat hy hom op die een of ander van dié faktore as maatstaf vir sekerheid of onsekerheid kan verlaat. So 'n siening skyn in stryd te wees met die onsekerheidsbegrip wat die Amerikaanse ekonoom Frank Knight in 1921 geformuleer het¹¹ en wat die grondslag van en aanknopingspunt vir talle formuleringe van 'n versekerings tegniese onsekerheidsbegrip vorm.¹² Volgens Knight is onsekerheid in beginsel onmeetbaar en subjektief; onder bepaalde omstandighede (byvoorbeeld in die lig van uitgebreide ervaring) word dit egter wel meetbaar en sodoende objektief - en eers dan kan daar van 'n risiko sprake wees. 'n Mens kan die bruikbaarheid van Knight se standpunt vir 'n versekerer wat oor die versekerbaarheid van 'n gegewe risiko moet besluit nie loën nie, maar die onderskeiding is hoogstens van praktiese waarde in 'n besondere situasie en vir die versekeringsreg geen prinsipiële nie. Die blote feit dat verskillende persone vir die sogenaamd objektiewe meting van (on)sekerheid verskillende maatstawwe aanwend, dui reeds daarop dat die gradering van sekerheid tog 'n minimum subjektiwiteit veronderstel. Die beswaar kan miskien geopper word dat die attribuut "objektief" in ieder geval niks meer wil sê nie as dat daar van 'n rasonale proefpersoon uitgegaan word en dat so 'n persoon se optrede deur die aard van beskikbare inligting beïnvloed sal word. Dan dien die onderskeiding tussen subjektiewe en objektiewe sekerheid

⁸Hammond *Essays in the Theory of Risk and Insurance* 3.

⁹Shackle *passim*.

¹⁰Hammond 3; Niehans 74 *et seq.*

¹¹*Risk, Uncertainty and Profit* Boston 1921.

¹²Sien byvoorbeeld Blanchard *Risk and Insurance and Other Papers* Lincoln 1965 1;

¹³Hammond 3; Shackle 87 *et seq.* Vgl ook Redlich 33 *et seq* en let op die kritiek wat daár teen Knight se standpunt geopper word.

egter nie om twee kategorieë sekerheid te skep nie, maar dui dit slegs aan of 'n persoon in 'n gegewe geval besluit het soos hy behoort te besluit het al dan nie.

Die voorafgaande opmerkings moet nou nie vertolk word as 'n poging om 'n volledige beslissingsteorie te formuleer nie. Die bedoeling is eenvoudig om die agtergrond te illustreer waarteen die risiko as element van die juridiese versekeringsbegrip vertolk moet word.

Dit is naamlik so dat elke mens as gevolg van sy besondere fisiese en geestelike eienskappe en die milieu waarin hy hom te eniger tyd bevind voortdurend daarmee moet rekening hou dat sy persoon, sy vermoë en sy eie voorstellings of projeksies omtrent sy toekomstige situasie kan verander, sonder dat hy hom om daardie verandering bemoei het. So 'n verandering kan (alhoewel dit natuurlik nie so hoef te wees nie) vir die individuele betroffene 'n onaangename en as sodanig 'n ongewenste wees. In so 'n geval kan ons die *feite* wat die ongewenste verandering kan meebring prognosties beskou *gevaare* noem en die *moontlikheid* dat die verandering intree 'n *risiko*.¹³ So gesien, is 'n dreigende haelstorm 'n gevaar en die moontlikheid dat dit boer X se koring op die land verpletter vir X 'n risiko. *Qua definitione* bestaan daar ook onder die volgende tipe omstandigheid 'n risiko: Professor Y hoop uitsluitlik ter wille van die sosiale aansien om tot voorsitter van die plaaslike anti-rookvereniging verkies te word. Intussen word sy seun egter skielik genomineer as een van drie kandidate uit wie se geleedere die besturende direkteur van 'n groot sigaretmaaskappy gekies sal word. Ook vir Y bestaan daar nou die moontlikheid van nie-verwesenliking van 'n besondere toekomsprojeksie - en derhalwe 'n risiko.

Die omskrywing van risiko in terme van moontlikheid beteken dat onsekerheid in een of ander vorm met elke risiko saamhang.¹⁴ Hierdie onsekerheid kan enige van drie dimensies van die risiko geld, naamlik die realisering hoegenaamd van die risiko, die presiese tydstip van realisering en die omvang van die ingetrede verandering. As gevolg van hierdie onsekerheid kan geen mens die risiko's waaraan hy blootgestel is perfek bereken om op grond van sy berekening te beplan nie. Die gevolg is dat daar 'n behoefte ontstaan om ten opsigte van spesifieke risiko's die een of ander vorm van sekerheid te skep - gerieflik-

¹³Aan die gebruik van die woord *risiko* om ook gewenste veranderinge aan te dui, word hier geen aandag bestee nie.

¹⁴Die woord *moontlikheid* word hier in absolute sin gebruik om aan te dui dat daar onsekerheid bestaan in sover dit nie onmoontlik is nie dat 'n bepaalde verandering intree. Moontlikheid is egter nie gelyk aan *waarskynlikheid* nie alhoewel eersgenoemde 'n vereiste vir laasgenoemde is: 'n uitgedrukte waarskynlikheid is naamlik 'n gekwantifiseerde moontlikheid. Sien Mahr *Einführung in die Versicherungswirtschaft* Berlyn 1951 126 *et seq.*

heidshalwe kan ons dit 'n behoefte aan sekuriteit noem. Samevattend kan gesê word dat die behoefte aan sekuriteit ontstaan uit die spanningsverhouding tussen 'n individu se strewe na selfbehoud en selfverwesening, enersyds, en die gevare wat dreig¹⁵ om daardie strewe aan te tas, andersyds.

Hierdie behoefte aan sekuriteit ontstaan veral ten opsigte van 'n enger tipe risiko as wat hierbo gedefinieer is, te wete die moontlikheid dat 'n verandering intree wat die vermoë of vermoënsbeplanning van die betroffene nadelig raak.¹⁶ Dit is hierdie enger ekonomiese risiko wat by versekering figureer; vandaar dat dit gebruiklik is om die risiko by versekering as die *moontlikheid van nadeel* te omskryf.¹⁷

Ons kan dan ook van versekering praat as een van die regs-instrumente¹⁸ wat daarop gerig is om 'n persoon van die las van 'n risiko ten aansien van sy vermoë te bevry. Hierdie bevryding geskied deurdat die risiko *effektief oor meerdere soortgelyke bedreigde vermoëns VERSPREI* word.

In hierdie stadium is dit nodig om 'n tese oor die doel wat met 'n versekeringskontrak nagestreef word, te formuleer, alhoewel die tyd tot ons beskikking my nie toelaat om dit in volle besonderhede te ontwikkel nie.¹⁹ Ek wil dit naamlik stel dat dit nodig is om 'n versekeringskontrak nie slegs - soos dit gebruiklik is - in terme van die risikodekkende doel daarvan te verklaar nie, maar meer fundamenteel in terme van die *vermoënsvormingsdoel* van die versekerde. Onder vermoënsvorming word verstaan nie slegs die byeenbring van afsonderlike vermoënsbestanddele nie, maar ook die inwerking deur die vermoënsreghebbende op die elemente sowel as die geheel van sy vermoë op so 'n wyse dat die vermoë 'n kenmerkende aard aanneem. Hierdie eie aard sal veral tot uiting kom in die wyse waarop en die doel waarvoor die verskillende vermoënsbestanddele aangewend word. Vermoënsvorming in hierdie sin word bereik deur sowel die instandhouding van die reeds bestaande vermoë (beskerming van bates, vermyding of af-

¹⁵Vgl die verwysings hierbo in die teks na moontlikheid en onsekerheid.

¹⁶Wat die woordkeuse betref: Daar skyn geen rede te wees om die woord *risiko* alleen vir hierdie enger geval voor te behou nie. Risiko is, soos reeds gesê, 'n algemeen bekende woord wat in die omgang beslis nie eers ná besinning oor die bestaan al dan nie van 'n bedreigde vermoë gebruik word nie.

¹⁷Möller 26; Mahr 21; Redlich 34; Mehr & Cammack *Principles of Insurance* 3de uitgawe Homewood 1961 19 *et seq.* Dit is belangrik om daarop te let dat die woorde "chance of loss" wat dikwels gebruik word om die risiko te omskryf nie altyd as *moontlikheid* van nadeel te vertolk is nie - hulle beteken soms *waarskynlikheid* van nadeel; sien byvoorbeeld Mehr & Cammack 21-22 en 41. Vgl noot 14 hierbo oor die betekenis van die onderskeiding.

¹⁸Afgesien van versekering dink ek hier veral aan waarborg, borg, pand en verband.

¹⁹Vir meer besonderhede sien Van der Merwe *Versekeringsidee en Versekeringskontrak* Johannesburg 1970 16 *et seq* en die bronne daar aangehaal.

weer van laste) as die verdere ontwikkeling daarvan (direkte verwerwing van nuwe vermoënsbestanddele; effektiewe verwerwing van bates by wyse van stelselmatige bylegging van ontvangste met die oog op die dood, ensovoorts). Versekering is nou daarop gerig om sodanige vermoënsvorming deur die versekerde te help verwesenlik deur vir hom kontraktueel die sekuriteit te skep dat by die feitelike verdeling van sy vermoënsvormingsdoel in 'n gegewe geval die prestasie van die versekeraar ten minste die *finansiele* verwesenliking van dié doel moontlik maak.

Dit alles beteken nie dat wat eintlik bloot 'n juridies prinsipiële irrelevante beweegrede van 'n potensiele versekerde is ten koste van die werklike risikodekkingsafpraak teoreties tot bedoeling van die kontraktante verhef word nie. Enersyds kan die afspraak by sowel 'n skade- as 'n sommeversekeringskontrak inderdaad tot aanbod en aanname ter verwesenliking van die versekerde se vermoënsvormingsdoel gereduseer word. Daarbenewens kan die risiko wat by 'n versekeringskontrak ter sprake kom²⁰ sonder meer in terme van die voorgestelde grondslag van die kontrak uitgedruk word, naamlik as moontlikheid dat die versekerde se vermoënsvormingsdoel op 'n bepaalde manier veredel word. As sodanig word die risiko dan ook deur en die versekerde en die versekeraar vertolk. Trouens, op 'n ander grondslag skyn uiteindelijke wilsooreenstemming tussen die kontraktante onvoorstelbaar te wees, veral indien 'n mens in gedagte hou dat 'n behoefte aan sekuriteit (aan die kant van 'n potensiele versekerde) en 'n behoefte aan ekonomiese wins (aan die kant van die versekeraar) nie sonder meer met mekaar te versoen is nie!

Dit spreek ook duidelik uit die historiese ontwikkeling van die versekeringsfenomeen dat dit onrealisties is om die risikodekkende karakter van versekering anders as in direkte verband met vermoënsvorming te sien. Dit geld by uitstek die ontwikkeling aan die hand van Middeleeuse handelstransaksies en wel veral die sogenaamde maritieme leenkontrak, maar ook (en hierdie omstandigheid word besonderlik in die literatuur erken) die destydse *afstandskoop*. Risikodekking en -verspreiding was hier steeds deel van 'n strewe na vermoënsvorming. Dieselfde geld die ontwikkeling van versekering aan die hand van interessegroepe wat ter wille van onderlinge hulpverlening tot stand gekom het - ten minste vandat sulke groepe hulle uitsluitlik religieuse gedaante verloor het.²¹

²⁰Dit moet duidelik gestel word dat die bedryfsekonomiese risiko wat vir 'n versekeraar op grond van die besondere aard van sy aktiwiteit ontstaan nie hierby ingesluit word nie.

²¹Sien oor die geskiedkundige ontwikkeling van versekering onder meer Büchner "Grundriss der Versicherungsgeschichte" in Grosse-Müller-Lutz-Schmidt *Versicherungswirtschaftliches Studienwerk* Wiesbaden 1966 2295 et seq; Raynes *A History*

Daarmee is die risiko in breë trekke getipeer om sowel vir skade-as vir sommeversekering voorsiening te maak en enige van die tradisionele begrippe soos skade, behoefte, belang en andere behoort sonder noemenswaardige probleme daarby ingeorden te kan word. Vir die doeleindes van 'n spesifieke kontrak behoef die risiko egter nadere kwalifisering.

In 'n kontrakteregtelike sisteem wat die wil van die kontraktante prinsipiël as grondslag van 'n kontrak beskou, moet nou, in die lig van wat voorheen oor die subjektiewe aard van 'n prognose gesê is, aanvaar word dat dit versekerings*regtelik* onnodig is dat die korrektheid van die prognose wat die risikobewussyn grondves telkens aan 'n rasonale algemeen geldige maatstaf getoets word. Daarom is dit byvoorbeeld voldoende indien die risiko na die mening van die versekerde self bestaan.²² Normaalweg berus die versekeringskontrak egter wel op 'n meer grondig deurdagte prognose. Trouens, vir 'n versekeraar gaan dit nie eers om die blote evaluering van 'n *algemene* risiko nie: sodanige risikodekking sou vir hom uit versekerings tegniese oorwegings te wyd en dus onaanvaarbaar wees. Daarbenewens volg uit die sinallagma van die kontrak dat die grootte van die premie saam met die omvang van die risikodekking toeneem, sodat ook 'n versekerde beswaarlik in onbepaalde risikodekking kan belangstel.

Dientengevolge word uit die algemene bedreiging waaraan 'n besondere aspek van 'n persoon se vermoë in 'n gegewe stadium onderhewig is afsonderlike potensieel onwenslike gebeure telkens onder die gesigspunt van 'n besondere verskyningsvorm van vermoënsbedreiging saamgegroepeer, om sodoende gevare en risiko's te individualiseer. Op hierdie wyse word byvoorbeeld gevare (en sodoende ook die risiko's wat daarmee saamhang) onderskei as natuurlik (weerlig, aardbewing), tegniese (ontploffing, kernenergie, masjinerie) en menslik (oorlog, diefstal, aanspreeklikheid). Veral vanuit die gesigspunt van die versekeraar word ook dikwels onderskei tussen die sogenaamde subjektiewe en objektiewe omstandighede wat met 'n bepaalde risiko saamhang en waarop ek weldra terugkom. Onderskeidings soos die pasgemelde dien om die kontraktante in staat te stel om die presiese omvang van die gewenste risikodekking in 'n gegewe geval te beraam en word finaal afgerond met behulp van kwalifikasies na aanleiding van tyd en plek.

Die besondere inperking en kwalifisering van die risiko kom tot uitdrukking in die risiko-oms krywende en -uitsluitende bepalinge in die kontrak. Terselfdertyd is dit duidelik dat dit by sulke afspraak gewoonlik oor aangeleenthede handel wat eerder versekerings tegniese as

of *British Insurance* 2de uitgawe Londen 1964; Goldschmidt *Universalgeschichte des Handelsrechts* 3de uitgawe Stuttgart 1891 *passim*.

²²Vgl byvoorbeeld die sogenaamde "goods lost or not lost"-bedinge.

versekeringsregtelik problematies is. Die enigste ware uitsondering op hierdie bewering is dié van die reeds genoemde subjektiewe en objektiewe risiko-omstandighede - ongelukkig meesal eenvoudig subjektiewe risiko genoem. Subjektief is daardie risiko-omstandighede wat saamhang met die geestes- en karaktereenskappe van die versekerde of van diegene wat met die persone of voorwerpe wat aan die gevaar blootstaan in voortdurende aanraking kom. As voorbeelde kan genoem word die eienskappe eerlikheid, gierigheid, algemene agtelosigheid en so meer. Ander risiko-omstandighede is dan objektief, soos die feit dat 'n huis wat teen brand verseker is van hout gebou is of dat 'n versekerde in die geval van motorvoertuigversekering sy voertuig gewoonlik in stedelike gebiede gebruik.

Alhoewel sulke risiko-omstandighede in die eerste plek van versekeringsregte belang is, moet die reg minstens onder besondere omstandighede daarvan kennis neem. Dit is bekend dat regstelsels vry algemeen van subjektiewe risiko-omstandighede kennis neem in sover hulle daarin tot uitdrukking kom dat die versekerde (of persone vir wie se handeling hy aanspreeklik gehou kan word) die risiko skuldiglik realiseer. Hierdie aspek van die risiko hoef 'n versekeraar nie uitdruklik in die kontrak te reël nie: dit is algemene praktyk om positiefregtelik te reël dat die versekeraar in so 'n geval van sy prestasieplig bevry is - natuurlik dikwels met afwykings tussen verskillende regstelsels ten opsigte van die skuldvereiste. Die verklaring vir hierdie positiefregtelike kennisname van subjektiewe risiko-omstandighede word in die Wes-Europese, Anglo-Saksiese en Suid-Afrikaanse reg algemeen in die vereistes van openbare belang en beleid gesien. Dit beteken dat daar selfs by ontstentenis van 'n selfstandige kontraktuele beding 'n *ex lege*-risiko-uitsluiting kan geld.²³

Dit gebeur ook dat daar positiefregtelik op 'n ander wyse van subjektiewe sowel as objektiewe risiko-omstandighede kennis geneem word, naamlik by verhoging van die risiko. Dit gaan hier om 'n verandering van die risiko-omstandighede, met of sonder toedoen van die versekerde, en wel op so 'n wyse dat die risiko daardeur verhoog word.

Voorkontraktuele verandering van die risiko moet gewoonlik uit hoofde van 'n wetteregtelike of gemeenregtelike mededelingsplig deur die versekeringsaansoeker aan die versekeraar bekendgemaak word.²⁴ Ten opsigte van verhogings van die risiko tydens die duur van die kontrak is die posisie egter meer gekompliseerd.²⁵ Daar skyn ten aansien

²³Sien oor realisering van die risiko deur die versekerde Van der Merwe "The Helping Hand" 1968 *CILSA* 447.

²⁴Gordon & Getz *The South African Law of Insurance* 2de uitgawe Kaapstad 1969 104 *et seq*; Eichler *Versicherungsrecht* Karlsruhe 1966 76 *et seq*.

²⁵Op die afgrensing van verhoging van die risiko en realisering van die risiko deur die versekerde word hier hoegenaamd nie ingegaan nie.

van risikoverhoging ná kontraksluiting twee basiese, oënskynlik teenstrydige uitgangspunte te wees. Enersyds word aanvaar dat die verhoging van die risiko die balans tussen die versekeraar se bedongte prestasie en die premie versteur. Aangesien hierdie balans egter nie slegs bedryfsekonome nie, maar ook juridies as 'n noodsaaklike uitdrukking van die wederkerigheid van die onderhawige twee prestasies betrag word, word die beskermingsbehoefte van die versekeraar regtens erken deurdat daar vir hom een of meer van die volgende remedies ingeruim word: aanpassing van die premie om die versteurde wederkerighedsverhouding te herstel; onttrekking aan die kontrak indien die nodige premie-aanpassing uitbly; ontheffing van die plig om te presteer. Hierdie benadering is by Wes-Europese versekeringswetgewing algemeen - met dien verstande dat die ontstaansgronde en die omvang van die verskillende remedies van regstelsel tot regstelsel en na gelang van die betrokke tipe risikoverhoging kan verskil.²⁶

Hierteenoor word andersyds aanvaar dat 'n verhoging van die risiko ná kontraksluiting eenvoudig ten laste van die versekeraar behoort te gaan as deel van sy bedryfsrisiko en as't ware as gunstige newewerking vir die versekerde geld. So 'n uitgangspunt is kenmerkend van die Anglo-Saksiese versekeringsreg²⁷ en het onder meer daartoe gelei dat besondere kontraktuele bedinge - veral in die vorm van waarborge - deur die versekeraar ingespan is om hom teen risikoverhoging te beskerm. Hierdie benadering is ook die heersende in die Suid-Afrikaanse bronne oor die versekeringsreg.²⁸

Die vraag kan nou met reg gevra word of ons eie reg in die onderhawige opsig 'n versekeraar te kort doen. Hierdie vraag is sonder meer regspolitieks interessant. Bowendien verdien dit aandag in die lig van die jongste konsepte vir die standaardisering van die versekeringsreg van die ledestate van die Europese Gemeenskapsmark, waartoe Brittanje pas toegetree het. Sowel op grond van die verband tussen die Suid-Afrikaanse en Engelse versekeringsreg as ook uit suiwer ekonomiese oorwegings is die onderhawige vraag dus eweneens relevant.

Nou skyn die onderskeid tussen die bogenoemde Kontinentale en Anglo-Saksiese benaderings by nadere ondersoek in effek geringer

²⁶Ek dink hier veral aan faktore soos die skuldvorm wat aanwesig moet wees voordat risikoverhoging regsgevolge meebring of die evaluering van die verskeraar se prestasieplig aan die hand van 'n alles-of-niks-beginsel of 'n *pro rata*-maatstaf. Sien in die algemeen §§ 23-28 en 41 van die Duitse *Versicherungsvertragsgesetz*; arts 28-32 van die Switserse *Versicherungsvertragsgesetz*; arts 15, 17, 21 en 22 van die Franse *Loi sur le contrat d'assurance*; arts 1898, 1900 en 1926 *Codice civile*; Werber *Die Gefahrerhöhung Karlsruhe 1966 passim*.

²⁷*Thompson v Hopper* (1858) EB & E 1038; Ivamy *General Principles of Insurance Law* Londen 1966 241.

²⁸Gordon 163.

te wees as wat gewoonlik beweer word. Van besondere betekenis is naamlik die feit dat versekeringskontrakte in eersgenoemde regstelsels aan geen prinsipiële termynbeperkings onderhewig is nie, terwyl alle sogenaamde korttermynversekeringskontrakte in die Anglo-Saksiese reg juis in beginsel van beperkte duur (gewoonlik een jaar) is.²⁹ Die gevolg hiervan is dat die voorkontraktuele mededelingsplig by hierdie kontrakte in laasgenoemde regstelsels as't ware telkens "herleef", so dat die versekeraar inderdaad weiniger behoefte aan 'n besondere positiefregtelike reëling van risikoverhoging behoort te hê. In die geval van langtermynversekering geld daar besondere ekonomiese en maatskaplike oorwegings aan die hand waarvan 'n mens kan beweer dat tegemoetkoming van die versekeraar na sluiting van die kontrak in elk geval regs-polities ongewens voorkom. Sedert die invoeging in 1969 van art 63 (3) in die Versekeringswet 27 van 1943 kan daar verder oor die posisie in Suid-Afrika gesê word dat toevlug deur die versekeraar tot 'n waarborg binne hierdie konteks vir 'n versekerde in elk geval minder nadelig sal wees as vroeër.³⁰ Regs-polities is dit boon-op interessant om te merk dat die vraag tans in Kontinentale en veral in Skandinawiese versekeringsregsliteratuur gestel word of 'n versekeraar hoegenaamd omvattende beskerming teen risikoverhoging na sluiting van die kontrak behoort te geniet en, indien wel, of hy nie slegs *pro rata* van sy plig om te presteer bevry behoort te word nie.³¹

Onder hierdie omstandighede wil dit voorkom as of die *status quo* in die Suid-Afrikaanse reg minder nadelig vir 'n versekeraar is as wat dit met die eerste oogopslag voorkom. Van 'n dringende behoefte aan wysiging van die regsposisie kan daar nie sprake wees nie, ten spyte daarvan dat hierdie mening deur sommige Kontinentale juriste ten opsigte van die Engelse reg gehuldig word.³²

Ten slotte moet beklemtoon word dat die blote bestaan van 'n risiko en die kontraktuele oornam daarvan teen vergoeding op sigself nog nie voldoende is om 'n versekeringskontrak as sodanig te identifiseer nie: *Nie elke risikodekkingsafpraak is versekering nie*. Hierdie eenvoudige waarheid kan in grensgevalle by die beantwoording van vrae soos dié na onderworpenheid aan staatstoetsing of die toepaslikheid van besondere versekeringsregtelike reëls van besondere betekenis wees. Voorbeelde van sulke grensgevalle is legio, en staan veral met

²⁹Möller "Versicherungsvertragsrecht" in Grosse-Müller-Lutz-Schmidt *Versicherungswirtschaftliches Studienwerk* 1036 *et seq*; Werber 93 en 122; Gordon 147 *et seq*.

³⁰Die invoeging is gemaak deur a 19 van Wet 39 van 1969. Sien daaroor Gordon 204 *et seq*.

³¹Werber 61 *et seq* en 118-122; Allmänna-brandversekeringsmaatskappy *Börs försäkringsavtalsrätten reformeras?* Jönköping 1968 *passim*.

³²Werber 122.

vervaardigerswaarborg en dienskontrakte (by uitstek onderhoud van verkoopte ware) in verband. So moes reeds in die VSA uitgemaak word of dit versekering is indien 'n vervaardiger van sneeubande onderneem om die uitsleepkoste van enige motoris wat met daardie sneeubande aan sy motor nogtans in die sneeu bly vassteek, te vergoed.³³

In Duitsland (en in talle ander lande) het die vraag reeds ter sprake gekom of die gebruikelike waarborg van beeldradioverkopers en -vervaardigers, te wete dat die beeldradiostel, aanvanklik kosteloos en later teen betaling van 'n vaste totaalvergoeding, gereeld versien en indien nodig herstel sal word 'n versekeringsbeding is al dan nie.³⁴ In Swede het in 1958 die volgende geval vir beslissing voor die hoogste hof gedien³⁵: Die Volvo-motormaatskappy het sedert 1954 aan elke koper van hulle passasiersmotor PV 444 'n waarborgoorkonde oorhandig wat onder andere 'n klousule bevat het waarin die maatskappy vir 'n tydperk van 5 jaar onderneem het om (op sekere uitsonderingsgevalle na) skade aan die motor weens ongeluk te vergoed deur aan die koper alle reparasiekoste wat die bedrag van 200 krone oorskry het, te betaal. Die hof moes nou beslis of die maatskappy in hierdie geval as versekeraar aktief en derhalwe aan versekeringstoetsig onderworpe was.

Op die afsonderlike oorwegings wat in verskillende regstelsels by die beantwoording van die pasgenoemde tipe vraag ter sprake kom, word nie hier ingegaan nie. Wel kan egter gesê word dat, indien toetsing aan die afsonderlike elemente van die besondere geldende versekeringsbegrip nie uitsluitel gee nie, die standpunt algemeen is dat die finale toets is om vas te stel of die risikodekking 'n *selfstandige prestasie* is al dan nie.³⁶ Alhoewel in beginsel met hierdie toets instemming betuig kan word, skyn dit eers werklik betekenisvol te word as dit uitgelê word om te verwys na 'n selfstandige afspraak wat daarop gerig is om aan die een kontraktant sekuriteit vir die verwesenliking van sy strewe na vermoënsvorming te verleen. Langs hierdie weg kan naamlik makliker bepaal word of die onderneming van risikodekking deur ander aspekte van die kontrak geabsorbeer word al dan nie.

Die toets van die selfstandigheid van die afspraak word dikwels gekwalifiseer deur die vereiste dat die risikodekking die *hoofdoel* van die kontrak moet wees.³⁷ Alhoewel so 'n kwalifikasie seer sekerlik 'n bruikbare hulpmiddel by die toepassing van 'n uiteraard vloeiende

³³Denenberg "The Legal Definition of Insurance" in Hammond *Essays in the Theory of Risk and Insurance* 210 op 230.

³⁴Klingmüller "Kundendienst-Verträge und Versicherung" in Schmidt-Sieg *Grundprobleme des Versicherungsrechts* 343 *et seq.*

³⁵Klingmüller 353 *et seq.*

³⁶Klingmüller 346 *et seq.*

³⁷Denenberg 232-233.

toets kan wees, skyn dit 'n onregverdigbare inperking daar te stel. Reeds uit die voorheen genoemde Volvo-voorbeeld is dit meteens duidelik dat hierdie beperking kon beteken dat die versekeringsaard al dan nie van 'n afspraak gemanipuleer kon word deur eenvoudig die risikodekking met ander, oorwegende prestasies te verbind.

Beter lyk dit om die toets slegs aan die hand van die *de minimis*-reël te kwalifiseer en dit so te formuleer dat gevra word of die risikodekking 'n *selfstandige prestasie* daarstel wat 'n *beduidende deel van die kontrak* uitmaak. Vanselfsprekend is ook hierdie formulering vloeibaar, maar dit vermy 'n rigoristiese stellingname in die vorm van 'n 50%-plus-toets.

In die Suid-Afrikaanse reg bestaan daar sover ek kon vasstel nog geen duidelik geformuleerde toets van die onderhawige aard nie. Onlangs het die Witwatersrandse plaaslike afdeling in die geval van *Sydmore Engineering Works (Pty) Ltd v Fidelity Guards (Pty) Ltd*³⁸ wel die geleentheid gehad om hom oor 'n verwante gevaltype uit te spreek. Die vraag was naamlik of dit versekering is indien 'n kontraktant, wat onderneem om vir 'n ander geld te transporteer, terselfdertyd ook onderneem om vir die verlies van daardie geld tydens vervoer in te staan. Hier het ons klaarblyklik met 'n geval te doen waar die risikodraging onderneem is as 'n vanselfsprekende komplement van die hoofprestasie - 'n geldtransporteur wat nie van meet af aan vir die veilige aankoms van die geld instaan nie, het tog sekerlik weinig vooruitsig op 'n suksesvolle onderneming! Die risiko ten aansien van die verlies van die geld is as't ware deel van die besondere soort besigheidsaktiwiteit. By monde van regter Steyn het die hof *in casu* inderdaad ook by die vraag na die selfstandigheid van die risikodekking aangeknoop, maar hierdie vraag in die laaste instansie aan die hand daarvan uitgemaak dat die risiko waaroor dit gehandel het *per se* reeds „wholly within the hands of the [insurer]” was.³⁹ Sonder om op die meriete van laasgenoemde toets van die hof in te gaan, kan dus gesê word dat ook hierdie onlangse beslissing die vraag na die uitleg van die toets van selfstandigheid van die risikodekking nie in besonderhede beantwoord nie en dat die moontlikheid nog bestaan om dit soos voorgestel te kwalifiseer.

Met hierdie enkele opmerkings wil ek volstaan. Ek vertrou dat ek minstens die buitelyne van 'n bruikbare versekeringsregtelike risikobegrip aangedui het en terselfdertyd die rol van versekering by die bevrediging van 'n besonder basiese menslike behoefte kon illustreer. □

³⁸1972 1 SA 478 (W).

³⁹op p 481 van die verslag.

Wat word van die nadeelvereiste by bedrog en by estoppel?

CFC van der Walt

Potchefstroomse Universiteit vir CHO

SUMMARY

It is generally accepted that both criminal and delictual liability for misrepresentations only arise if the requirements for such liability, i.e. commission or omission, unlawfulness, causality, fault and harm have been met. Views differ widely, however, on the content of "harm"; on the consequences which should be deemed harmful; and on the moment at which harm is to be calculated. This discussion endeavours to find an answer to the question as to the content or nature of the requirement of harm by referring to some decisions in this field.

Regarding criminal liability for fraud it is settled law that potential harm which need not be in the form of financial loss suffices to satisfy the requirement of harm. Efforts by our courts to decide if harm was suffered have had contradictory results. The method employed by our courts has been to compare the position in which the misled person was after having been misled, with the position in which he would probably have been if he had not been misled. A difference between these two positions indicates that harm was suffered. The first position can be proved in the normal manner. The second, hypothetical, position, however, is incapable of being accurately ascertained in this way.

The question of harm was considered in the decision in *S v Reggis* 1972 2 SA 670 (SR). It was decided that sufficient harm had been suffered in this case because the complainant had been induced by the misrepresentation to change his legal position. The result of the comparative test is explicitly declared to be irrelevant as the alteration of the complainant's legal position constitutes sufficient prejudice to precipitate criminal liability for fraud.

Although this decision extends the law of fraud beyond its previous limits concerning harm, it has now brought the content given to this requirement on a par with that set for a successful plea of estoppel since the decision in *Peri-Urban Areas Health Board v. Breet* 1958 3 SA 783 (T).

Two lines of decisions concerning harm can be identified. In *Breet*, *Reggis* and some others the view is taken that mere alteration of legal position constitutes sufficient harm to found an action on fraud or the plea of estoppel. The other, narrower line may be represented by the *Autolec*, *Fram* and *Mthanti* cases. These cases cast doubt on the wide view of harm and tend to require concrete or pecuniary loss in cases of misrepresentation. The comparative method for the calculation of harm is generally employed in order to ascertain tangible loss of this kind.

The wider approach to harm apparently distinguishes harm (i.e. change of legal position) from loss (i.e. the result reached by applying the comparative test). Apparently the latter is the result of the quantification of the prior by applying the comparative test.

The quantum of harm suffered is relevant for remedies directed towards compensation of harm. Neither fraud nor estoppel has this purpose. This could perhaps provide an explanation for the application of the wider view of harm in these instances.

Obviously, loss in the narrow conventional sense should not be so closely linked to the requirement of infringement of a right that the distinction between harm and unlawfulness, being separate requirements for liability, is lost. A change in somebody's legal position does not ipso facto imply that loss was suffered. These two distinct requirements, therefore, should not be confused.

Application of the wider view of harm has the advantage of enabling the law to keep pace with the latest developments by recognising new sets of harmful circumstances as the need arises. Unbridled adaptability could, however, unfortunately lead to loss of the principles of liability.

When the problem concerning the content of harm in the criminal and delictual fields is to be resolved, it is to be hoped that the extremeness of both the wide and the narrow views will be realised and that an acceptable mean will be sought. Until that is done unsatisfactory applications of the wide or narrow views are to be expected.

Alom word aanvaar dat nie van aanspreeklikheid, hetsy strafregtelik hetsy deliktueel, vir wanvoorstellings sprake kan wees as daar nie benewens die ander vereistes wat vir sodanige aanspreeklikheid gestel word¹ ook aan die nadeel- of skadevereiste voldoen is nie. Ongelukkig strek die eenstemmigheid nie verder as dit nie. Watter inhoud aan die nadeelbegrip gegee moet word, watter gevolge van 'n besondere handeling as nadelig aangemerkt moet word en watter nie, die wyse waarop nadeel vasgestel moet word en die tydstip waarop dit moet bestaan is vrae waarvoor verskillende menings bestaan. Hierdie bespreking het ten doel om die stand van die positiewe reg met betrekking tot die inhoud van die nadeelvereiste te ondersoek.²

Met die ondersoek kan vasgestel word of aan "nadeel" dieselfde inhoud gegee is waar dit onderskeidelik by die misdad bedrog en by estoppel ter sprake gekom het, en kan die vraag of die nadeelvereiste vir sodanige aanspreeklikheid hoegenaamd gestel word, verantwoord word.

Wat bedrog betref, is dit gemene saak dat daar slegs nog lippe-diens aan die nadeelvereiste betoon word sonder dat die inhoud daarvan deeglik omlyn is. Daadwerklike benadeling is nie 'n vereiste vir bedrog nie. Potensiële nadeel voldoen.³

¹t w handeling, onregmatigheid/wederregtelikheid, kousaliteit en skuld.

²Die ander interessante probleme word hier nie bespreek nie, waaruit egter nie afgelei kan word dat hulle minder belangrik of veel duideliker omlyn is as die vraag na die inhoud van die nadeelvereiste nie.

³*R v Moolchand* 1902 23 NLR 76; *R v Jolosa* 1903 TS 694 en nog talle ander beslissings waarvan selfs Hunt: *South African Criminal Law and Procedure* vol II 1970 in noot 220 op bl 734 nie voorgee om 'n volledige lys te hê nie.

Dat die potensiele nadeel nie tot vermoënskade beperk is nie, is geïkht reg.⁴

Die probleme wat ondervind word met pogings om met 'n vergelykingsmetode vas te stel of in 'n besondere situasie nadeel gely is of nie, het reeds op allerlei teenstrydige uitsprake uitgeloop. Die voor-die-hand-liggendste is dié in *R v Hoosen* 1954 3 SA 65 (T), *R v Motsieloa* 1957 1 SA 226 (O) en *S v Fram* 1968 3 SA 28 (OK). Die tipe feitestel waaroor telkens uitspraak gelewer moes word, was dié waar krediet verkry is, of 'n kontrak gesluit is, of een of ander verandering in die regsposisie van die "benadeelde" teweeggebring is as gevolg van 'n wanvoorstelling. Telkens is beslis dat die posisie waarin die misleide persoon as gevolg van die wanvoorstelling verkeer, vergelyk moet word met die posisie waarin hy waarskynlik sou gewees het as die voorstelling waar was. Is die eerste posisie dan "nadeliger" as die tweede, het hy nadeel gely. Wat alles in ag geneem moet word by die vasstelling van die tweede, waarskynlike, posisie is onseker. Die eerste (feitlike) posisie kan langs die gewone weg bewys word, maar hoe stel 'n mens vas hoe die tweede (hipotetiese) posisie daar moet uitsien?

Die vraag of in 'n besondere geval voldoende nadeel vir 'n skuldigbevinding aan bedrog gely is, het hom weer onlangs vir oorweging voorgedoen. In *S v Reggis* 1972 2 SA 670 (SR) het die beskuldigde op 'n valse voorwendsel 40 dollar van sy werkgewer geleen en 'n dag van sy werk vry gekry. Die beskuldigde het kwansuis die geld en tyd benodig om sy kind wat in 'n opstand (waarin sy vrou ook beseer sou geword het) gedood sou wees, te gaan begrawe. Inderdaad het hy dit egter vir 'n ander doel benodig. Die beskuldigde is aan bedrog skuldig bevind en gevonniss. Die hof bevestig nou by hersiening die skuldigbevinding en vonnis by monde van regter Beck.

Die hof meen dat die uitsprake van Suid-Afrikaanse howe waarin die uitslag van die toepassing van die vergelykingsmetode as deurslaggewend beskou is vir die slotsom dat nadeel gely is, nie gevolg moet word nie. Regter Beck stel voorts dat die eintlike vraag nie is of die klaer, wat die geld aan die beskuldigde geleen het weens dié se wanvoorstelling, in sy hoedanigheid van leenskuldeiser van die beskuldigde in 'n gelyke posisie is as dié waarin hy sou gewees het indien die beskuldigde wel die geld benodig het vir die doel wat hy aan die klaer voorgehou het nie, maar of:

"By reason of the misrepresentation relating to the accused's allegedly urgent need of money the complainant was induced to exchange his existing rights of ownership in his money for the contractual rights of a lender thereof . . ."

⁴Sien om *R v Jolosa supra*; *R v Seabe* 1927 AD 28; *R v Muller* 1953 2 SA 146 (T) 140. Vgl egter McKerron RG *The Law of Delict* 7e uitg 1971 51, waar "nadeel" (*damnum*) in deliktuele verband tot vermoënskade ("patrimonial loss") beperk word. Hierdie mening blyk uit pas met die geldende reg te wees soos aanstons aangetoon word.

en, indien die antwoord op hierdie vraag bevestigend is,

“ . . . it is this alteration in the complainant's position which clearly establishes the element of prejudice” (bl 670G cv - ek kursiveer).

Die vraag na die uitslag van die toepassing van die vergelykingsmetode is volgens regter Beck 'n *petitio principii* en as sodanig irrelevant vir die vraag of in dié besondere situasie nadeel gely is of nie.⁵ Min of meer dieselfde standpunt is reeds deur Hunt aw bl 732(v) aan die hand van die uitsprake in *R v Gilbert* 1953 2 PH H 165 (SR) en *R v Deale* 1960 3 SA 846 (T) gehuldig. Hy betoog dat voldoende nadeel vir bedrog aanwesig is (en dat dit nie te “remote” is nie) indien X op 'n bedrieglike wyse vir Y oorreed om 'n kontrak te sluit wat hy andersins nie sou gesluit het nie. Hunt soek die nadeel wat uit sulke omstandighede kan voortspruit in die vergrote risiko dat 'n nadelige gevolg vir die misleide kan intree naamlik die “ . . . substantial inconvenience and annoyance”, die feit dat hy miskien nie met die betrokke persoon sou kontrakkeer het as dit nie vir die wanvoorstelling was nie en die moontlike koste, tydsverspilling en ongerief wat vir die misleide uit 'n geding ter vernietiging van die kontrak mag voortkom.⁶

Hunt het egter nooit so ver gegaan as om voor te stel dat *die blote verandering van regsposisie* voldoende nadeel vir bedrog daarstel en dat die uitslag van die vergelykingstoets dus irrelevant is, soos die Rhodesiese hof nou in die *Reggis*-saak gedoen het nie.

Die beslissing in *Reggis* bring die inhoud wat aan die nadeelvereiste by bedrog gegee word parallel aan dié wat reeds vir 'n geruime tyd aan die nadeelvereiste vir 'n geslaagde beroep op estoppel gestel word. Die belangrikste saak in laasgenoemde verband is *Peri-Urban Areas Health Board v Breet* 1958 3 SA 783 (T). In hierdie saak het waarnemende regter Trollip aangeneem dat die leerstuk van estoppel op die betrokke feite van toepassing is en dat nadeel 'n vereiste vir 'n geslaagde beroep op estoppel is. Die betekenis van “nadeel” word só gestel:

“ . . . the very act of the one contracting party in entering into the contract in reliance on the other's conduct will be regarded in most bilateral contracts as a sufficient alteration of his position to his detriment to meet the requirement of prejudice” (bl 790 E, F)⁷ (ek kursiveer).

Dat die nadeelvereiste vir estoppel essensieel is, word onomwonde aanvaar - selfs al bestaan dit nie in meer as: “ . . . the minimum kind

⁵Op bl 671A sê hy: “It begs the question . . .” om die vergelykingsmetode toe te pas.

⁶Sien ook sy verdere bespreking van ons regspraak op bl 733 a.w.

⁷Gesag word by Chitty, Salmond en Williams en regter Blackburn se *dictum* in *Smith v Hughes* gevind.

just mentioned" nie (bl 790D e v).⁸

In *Lindner v National Bakery (Pty) Ltd* 1961 1 SA 372 (O) beslis die hof op grond van die betrokke feite dat daar volgens die vertrouens-teorie 'n kontrak tot stand gekom het. Waarnemende regter Smuts is egter nie seker dat dit korrek is om dit daarby te laat nie. Sonder dat estoppel ter sprake was en sonder om te laat blyk of hy met die *Breet*-beslissing saamstem of nie, "beveilig" hy homself deur te bevind dat die applikant *in casu* nadeel gely het. Die nadeel wat die applikant gely het, is volgens die regter geleë in die feit dat die applikant met die eerste respondent 'n *kontrak gesluit het en aan laasgenoemde die betrokke goed gelewer het* (bl 383A).

Hierdie *obiter dictum* van waarnemende regter Smuts getuig, met respek, van onsekerheid en moet daarom afgekeur word. Die hof se uitspraak is op die vertrouens-teorie gefundeer, en deur nou die nadeelvereiste van estoppel by te sleep, kan dit tot die indruk aanleiding gee dat die nadeelvereiste ook vir die toepassing van die vertrouens-teorie gestel word - 'n resultaat waarmee ek my nie sou wil vereenselwig nie. Die nadeelvereiste van estoppel bied geen *Faustregel* om vas te stel of 'n kontrak tot stand gekom het in alle gevalle van *dissensus* as gevolg van een van die partye se wanvoorstelling nie.

In *South British Insurance Co Ltd v Glisson* 1963 1 SA 289 (D & K) was die estoppelvraag direk ter sprake. Die respondent het 'n aansoek van die applikant om sy pleitstukke te mag wysig, teengestaan met die argument dat die doel van die beoogde wysiging deur die werking van estoppel verydeld sal word en dat die aansoek dus van die hand gewys moet word.

In 'n *obiter dictum* verklaar regter Miller dat daar goeie grond vir 'n beroep op estoppel aanwesig is (bl 292E). Teen die applikant se betoog dat die nadeelvereiste nie bevredig is nie verklaar die hof dat wel daaraan voldoen is en dat die nadeel daarin bestaan dat die respondent as gevolg van die applikant se wanvoorstelling versuim het om betyds⁹ sy derdepartyeis in te stel.

⁸Prof E Kahn (1959 *SALJ* 123 e v), GA Mulligan (76 *SALJ* 1959 276 e v) en CC Turpin (*Annual Survey of SA Law* 1958 46 e v) het hierdie beslissing gekritiseer. Dit is egter nie nodig om uit te maak of hulle kritiek steek hou of nie. Hulle het betoog dat die hof gefouteer het deur *in casu* estoppel met sy tegniese vereistes toe te pas. Volgens hulle moes die probleem met die vertrouens-teorie opgelos geword het. Ofskoon die *Breet*-uitspraak dus ernstige kritiek uitgelok het, *het geeneen van die kritici betoog dat die nadeelvereiste vir 'n geslaagde beroep op estoppel behoort weg te val of nie so 'n wye betekenis moet hê nie*. Hulle het iets anders met hulle kritiek op die oog gehad - iets waaroor hierdie bespreking nie handel nie.

⁹d w s binne twee jaar nadat die motorongeluk waaruit die eis ontstaan het, plaasgevind het, soos deur a 11(1) en 11(2)(a) van Wet 29 van 1942 vereis word.

Die gevolg van die versuim is dat die respondent nie meer 'n eis teen die MVA het indien die bestuurder of eienaar van die ander voertuig nie die volle omvang van sy (die respondent se) skade kan of wil vergoed nie. Die respondent het dus 'n verwagting (*spes*) gehad dat hy sekuriteit vir sy vordering sal hê indien sy skadevergoedingseis toegestaan word. Wat die presiese omvang of waarde van hierdie *spes* is, is volgens die hof nie ter sake nie. Al wat van belang is, is dat dit as gevolg van die wanvoorstelling minder waarde het. Die verlies aan sekuriteit is dus voldoende nadeel vir 'n geslaagde beroep op estoppel (bl 293 E-G). Regter Miller verklaar dat die respondent se “. . . *legal position* seems to me to have been weakened” en dit is voldoende “‘tangible detriment’ in the sense of *representing a diminution of his contingent rights*” (bl 293 G) (ek kursiveer).

Die Vrystaatse hof verwys by monde van regter Hofmeyr weer uitdruklik na die nadeelvereiste by estoppel in *Autolec v Du Plessis* 1965 2 SA 243 (O). 'n Blote verandering van regsposisie word as voldoende nadeel vir 'n geslaagde beroep op estoppel aanvaar mits: “. . . the change of position must involve the practical or business affairs of the representee and not merely affect him philosophically or in his religious or other sentimental values . . .,” maar dan gaan die regter voort: “. . . the detriment is not limited to direct, instantaneous and palpable loss of money but also includes less gross and easily calculable detriment.” Die “less gross and easily calculable detriment” waarna regter Hofmeyr verwys, sluit dus 'n blote verandering of verswakking van regsposisie in.

Die jongste uitspraak oor die nadeelvereiste by estoppel is dié van waarnemende regter Didcott in *Mthanti v Netherlands Insurance Co of SA Ltd* 1971 2 SA 305 (N). Dat waarnemende regter Didcott van meet af aan nie bereid was om onbevange standpunt met betrekking tot die nadeelvereiste in te neem nie, kan reeds gesien word in die versigtigheid waarmee hy *Spencer Bower*¹⁰ navolg. Op bl 312B sê waarnemende regter Didcott dat die nadeel “apparently” “some real or substantial or tangible detriment” moet wees. Of die nadeel *beslis* of *definitief* só reël moet wees, en hoe nadeel moet wees voordat dit reël genoeg is, wil die waarnemende regter nie uitmaak nie.¹¹

Die hof meen dat hy nie hoef te beslis nie oor die vraag of 'n blote tydsverlies (dws die feit dat 'n saak wat op 'n sekere tydstip voor 'n hof dien, as dit nie vir 'n wanvoorstelling was nie waarskynlik

¹⁰Spencer Bower *Estoppel by Representation* par 161-3 bl 138-43.

¹¹Die getuienis voor die hof het hom ook nie gehelp nie want al wat daaruit geblyk het, was dat niks sou gebeur het wat in elk geval nie gebeur het nie en niks wat inderdaad gebeur het, sou voorkom geword het indien die voorstelling wat gemaak is nie gemaak was nie (312C-D).

reeds op 'n vroeëre tydstip voor die hof sou gedien het) wat nie geldelike of tasbare skade aan eiendom is nie, "can notionally ever constitute real or substantial or tangible detriment for the purposes of an estoppel's operation" (bl 312E-F). Die rede vir hierdie uitkoms is volgens waarnemende regter Didcott die ongenoegsaamheid van die getuienis wat die eiser voor die hof gelê het. Die sirkelgang waarin so 'n oordrewe kasuïsme 'n mens laat verval, is voor-die-hand-liggend: die hof redeneer dat hy nie hoef uit te maak of die blote tydsverlies ooit "notionally" voldoende nadeel vir estoppel kan wees nie aangesien die estoppelopwerper nie bewys het dat die tydverlies voldoende nadeel vir 'n geslaagde beroep op estoppel is nie (bl 312E-F). 'n Mens kan net wonder oor die maatstaf wat ten opsigte van die estoppel-opwerper se bewyslas aangelê is - hoe kan mens beslis dat die estoppelopwerper hom nie van sy las om nadeel te bewys gekwyt het nie as dit nie duidelik is (en die beoordelaar ook nie duidelik wil uitmaak nie!) wat die nadeelvereiste behels nie? Alvorens 'n bewysmaatstaf aangelê kan word, moet tog eers vasgestel word *wat* bewys moes word. Indien blote tydverlies nooit selfs "notionally" voldoende nadeel vir 'n beroep op estoppel kan wees nie, het dit geen sin om te probeer vasstel of die estoppelopwerper daarin geslaag het om te bewys dat die blote tydverlies voldoende nadeel vir 'n beroep op estoppel was nie. Om met 'n onoortuigende argument soos dié wat waarnemende regter Didcott aanbied die nadeelvereiste van estoppel af te maak, sal nie tot begrip-suiwerheid lei nie.

Volgens die stand van ons reg bestaan daar dus geen duidelikheid oor die inhoud van die nadeelvereiste by bedrog en estoppel nie. Op enkele neigings moet gewys word: wat alles as nadeel aangemerkt kan word, is nie duidelik nie, maar dat die nadeelvereiste wyer strek as direkte finansiële skade, en ook gederfde wins, nuttelos aangegane uitgawes, opgeloopte aanspreeklikheid, en nog meer skadeposte insluit, blyk uit die regspraak wat bespreek is. 'n *Numerus clausus* van skadeposte kan ook kwalik bedink word terwyl die nadeelvereiste so wyd gestel word soos uit die *Breet-* en *Reggis-*sake blyk.

Twee opvattings oor die inhoud van die nadeelvereiste blyk uit die positiewe reg: Vir die een¹² (die enger - korporele - benadering) bestaan nadeel eers indien dit uit die toepassing van die vergelykingsmetode blyk dat nadeel gely is. Die ander rigting¹³ (die wyer - ideële - benadering) meen dat nadeel reeds in die verlies van 'n reg of die oploop van 'n verpligting bestaan. Anders gestel, die nadeel bestaan in die regskenning self. Hierdie denkrigting wil nie die vergelykingsmetode aanwend om vas te stel of nadeel in 'n besondere geval gely is nie. Immers meen hulle dat om vas te stel of 'n verandering in regsposisie

¹²bv die *Fram-* en *Autolec-*sake.

¹³bv die *Reggis-* en *Breet-*sake.

ingetree het, dws of 'n inkorting van regte plaasgevind het, dit weinig doel dien om die betrokke se huidige posisie met 'n hipotetiese¹⁴ te vergelyk, 'n aftreksom te maak en so die nadeel, indien wel, vas te stel. Liewer word gevra of daar, objektief beskou, 'n verandering van regsposisie plaasgevind het. Is die antwoord hierop bevestigend, is voldoende nadeel gely om òf 'n aanklag van bedrog òf 'n beroep op estoppel te fundeer. Hierdie wye benadering maak skynbaar 'n onderskeid tussen nadeel (inkorting van 'n reg) en nadeel/skade (die resultaat van die toepassing van die vergelykingsmetode). Skynbaar kan "nadeel" dus bestaan sonder "skade". (Sien die bespreking van die *Reggis*-uitspraak *supra*.) "Skade" is dan waarskynlik die resultaat van die kwantifisering van die "nadeel" - welke kwantifisering deur die toepassing van die vergelykingsmetode gedoen word.

Die vraag na die "skade" wat in 'n besondere geval gely is, is relevant vir remedies wat gerig is op die *vergoeding* van skade. In sulke gevalle moet die *omvang* van die skade vasgestel word alvorens 'n vergoedingseis toegestaan word.¹⁵ Die skadevraag (dws die vraag na die gekwantifiseerde nadeel) is egter irrelevant in die geval van aanspreeklikheid vir bedrog, asook by estoppel. By nie een van hierdie vorms van aanspreeklikheid gaan dit om die *omvang van die nadeel* wat gely is nie - dit gaan eerder daarom of daar *hoegenaamd* nadeel gely is of gaan word. Die rede hiervoor is myns insiens dat by strafsake die georganiseerde gemeenskap by wyse van strafoplegging uiting gee aan die gemeenskap se afkeur in die gepleegde wandaad, terwyl die estoppel-leerstuk gerig is op die *voorkoming* van skade en nie op *vergoeding* van skade nie.

Om 'n verandering van regsposisie aan 'n inkorting van reg gelyk te stel en dié weer as nadeel te tipeer klop nie met die konvensionele toepassing van die nadeel- of skadebegrip nie. Ofskoon sowel 'n aanklag weens bedrog as 'n beroep op estoppel in wese op 'n onregmatige daad berus, kan, met respek, bevraagteken word of die nadeelvereiste op hierdie wyse (selfs onbewustelik) aan die begrip regskenning gekoppel moet word. 'n Duidelike omlýning van die elemente van die onregmatige daad wanvoorstelling toon die onhoudbaarheid van die howe se wye benadering van die nadeelvereiste aan. Dat die handeling by wanvoorstelling in die maak van 'n voorstelling of die skep van 'n indruk hetsy deur 'n *commissio* of 'n *omissio* kan bestaan, behoef geen betoeg nie.¹⁶ Die onregmatigheid van enige handeling wat 'n indruk

¹⁴(hoe die hipotetiese posisie voorgestel moet word, is onduidelik!)

¹⁵By sulke remedies doen die probleem met die breë nadeelvereiste hom ook nie voor nie.

¹⁶Sien Hunt a w bl 714 *et seq*; *Connocks (SA) Motor Co Ltd v Sentraal Westelike Koöperatiewe Maatskappy Bpk* 1964 2 SA 47 (T) 49; *Electrolux (Pty) Ltd v Khota* 1961 4 SA 244 (W).

skep, is geleë in die inbreukmaking op 'n subjektiewe reg - die subjektiewe reg op die integriteit van die voorstellingslewe.¹⁷ 'n Voorstelling is onregmatig as dit, objektief beskou, onwaar is, dit wil sê as dit 'n redelike man wat onder dieselfde omstandighede van die voorstelling bewus geword het, sou mislei het. Of 'n voorstelling onregmatig is, dws of dit inderdaad inbreuk maak op die reg van 'n ander, word geoordeel aan die hand van die gemeenskapsoortuiging - die *boni mores*.¹⁸ Skuld in die vorm van opset (*dolus*) word vir bedrog vereis; nalatigheid (*culpa*) voldoen vir 'n beroep op estoppel.¹⁹ Die gebied van die onregmatige daad wanvoorstelling het ook nie aan die soektog na 'n geskikte kousaliteitskriterium ontkom nie.²⁰ Dit voldoen hier om na die indringende bespreking van die kousaliteitskriterium deur Van Rensburg te verwys.²¹

Wat sê die howe dan eintlik as hulle (blote) regsinkorting aan nadeel gelykstel? Die onversigtige beoordelaar mag daaruit aflei dat die howe "nadeel" en "onregmatigheid" gelykstel.²² Dat dit nie so is nie blyk uit die inhoud wat die howe aan die handelings- en onregmatigheidsvereiste vir wanvoorstelling gee.²³ Nóg duideliker as voorgaande is dat "regskending" en "nadeel" nie sinonieme is nie.

¹⁷Sien appèlregter Van den Heever se uitspraak in *Herschel v Mrupe* 1954 3 SA 464 (A) 481-491; NJ van der Merwe *Die Beskerming van Vorderingsregte uit Kontrak teen Aantasting deur Derdes* proefskrif Pretoria 1959 128-131 veral 131; HJO van Heerden *Grondslae van die Mededingingsreg* proefskrif 1961 213-220; PJJ Olivier 1964 *THRHR* 20-35. Die reg op die integriteit van die voorstellingslewe kan ook die reg om nie mislei te word nie genoem word. Eg is mi suiwer en daarom bo lg te verkies.

¹⁸*Pertman v Zoutendyk* 1934 CPD 151; *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* 1964 AC 465; *Electrolux v Khota supra loc cit*; *Grosvenor Motors v Douglas* 1956 3 SA 420 (A) en die gesag in voetnoot 17 aangehaal.

¹⁹Sien Hunt a w 724 *et seq*; De Wet "Estoppel by Representation" in die *SA Reg* proefskrif 1939 41-45; *Jobaadien v Stanley Porter (Paarl) (Pty) Ltd* 1970 1 SA 394 (A).

²⁰Sien *R v Muller* 1953 2 SA 146 (T) 149; *S v Kruger* 1962 3 SA 810 (T) 814-5 waar die "remoteness"-vraag probleme geskep het.

²¹*Juridiese Kousaliteit en Aspekte van Aanspreeklikheidsbeperking by die Onregmatige Daad* proefskrif Pretoria 1970 1-171.

²²Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* 2e uitgawe Pretoria 1970. Hierdie skrywers verklaar (159-160) dat slegs onregmatig toegebringe skade inderdaad skade is. Om 'n onregmatigheidselement in die skadebegrip op te neem, bring mee dat geen werklike skade gely word as iemand my skuur platslaan ten einde sy huis van brand te red di in noodtoestand optree nie. Die slotsom dat die puin van my skuur nie tot my skade strek nie is blote sinsbedrog. Skade kan bevind word sonder om daarmee te kenne te gee dat dit sonder meer deliktueel verhaalbaar is. Voordat 'n vergoedingseis kan slaag moet immers aan al die vereistes vir aanspreeklikheid voldoen word. Om van die afwesigheid van onregmatigheid af te lei dat geen skade kan bestaan nie, is 'n *non sequitur* wat op 'n verwarring van die vereistes vir 'n onregmatige daad berus. Sien hieroor ook Van der Merwe en Reinecke 1966 *THRHR* 66-69.

²³Sien voetnotas 16, 17 en 18 hierbo.

'n Inkorting van regte (of oploop van verpligtinge) kan plaasvind in omstandighede waar van nadeel geen sprake is nie - byvoorbeeld deur 'n vrywillige afstanddoening van regte of opneem van verpligtinge. Om te verklaar dat die persoon wat van sy regte afstand gedoen het of verpligtinge opgeneem het, *nadeel* gely het deur dit te doen, is moontlik waar - hy het miskien 'n bate verkoop teen minder as wat dit werd is. Dat die moontlike nadeel as gevolg van *regskending* gely is, kan egter nie betoog word nie. Alle nadeel bestaan dus nie noodwendig in 'n vermindering van regte nie. Net so is ook nie alle veranderings in regsposisie as nadeel aan te merk nie. Gestel 'n persoon gaan 'n voordelige ooreenkoms aan. Sy regsposisie het verander deurdat hy kontraktuele regte en verpligtinge opgelopen het; maar om te verklaar dat hy derhlawe *benadeel* is, is 'n ongeoorloofde negering van die werklikheid.

Die keuse wat tussen die eng benadering en die wye benadering tot nadeel gemaak moet word, is van belang vir 'n begrip van deliktuele aanspreeklikheid as sodanig. Benewens die duidelikheid wat 'n teoretiese grondslag van nadeel kan meebring, kan veel aan regsekerheid gewen word as dit duidelik is wanneer die nadeelvereiste gestel word, waarin nadeel kan bestaan, die tydstip waarop nadeel vasgestel word en die wyse waarop nadeel vasgestel word.

Myns insiens beklemtoon die wye benadering dat regsbegrippe nie té onbuigsaam moet wees nie. Die moontlikheid vir uitbreiding en ontwikkeling om met veranderende omstandighede tred te hou moet behou word. Met betrekking tot die nadeelvereiste bring hierdie soepelheid mee dat nuwe skadeposte steeds erken kan word. Sodoende kan deliktuele aanspreeklikheid tot nuwe gebiede uitgebrei word sonder dat die grondslag daarvan ondergrawe word. Dat ongebonde "soepelheid" tot beginselverarming van ons regstelsel kan lei, spreek vanself. Volgens die huidige stand van ons reg moet 'n keuse gemaak word tussen onbuigsaamheid - waarby tasbare, geldelike nadeel bevind moet word - en absolute buigsaamheid - waarby suiwer ideële nadeel voldoen. Wanneer die appèlhof hierdie keuse moet maak, kan gehoop word dat nie ten gunste van òf die een òf die ander gekies word nie. Deur 'n middeweg te volg kan 'n beginselverarming en starheid vermy word. Dat 'n bevredigende middeweg nie voor-die-handliggend is nie, is bewys van die mate van teoretiese ondersoek en praktiese leiding ten opsigte van begripvorming waaraan die nadeelvereiste nog mank gaan. Tot tyd en wyl die nadeelvereiste die aandag ontvang het wat dit verg, kan onbevredigende toepassings van òf die eng òf die wye benadering egter verwag word. □

Artikel 84 van die Insolvensiewet

HN Pretorius

JD van der Vyver

Potchefstroomse Universiteit vir CHO

SUMMARY

Section 84 of the Insolvency Act, 1936 (Act 24 of 1936) makes provision for a hypothec in favour of a hire-purchase seller in the event of the hire-purchaser's insolvency. It is a necessary implication of this enactment that the seller loses his ownership in favour of the insolvent estate of the buyer. As a result of his loss of ownership it also stands to reason that the seller can no longer avail himself of the *rei vindicatio*.

The relatively few interpretations of section 84 handed down in the applicable supreme court judgments are in many instances open to criticism.

A *dictum* in *Ex parte Steyn* 1961 2 SA 121 (O) implies that section 84 applies only to those hire-purchase contracts which are governed by the Hire-Purchase Act, 1942 (Act 36 of 1942) while section 84 itself explicitly refers to "an agreement which is a hire-purchase agreement in terms of section one of the Hire-Purchase Act, 1942". It is submitted that section 84 applies to all agreements which comply with the definition of a hire-purchase agreement in section 1 of the Hire-Purchase Act irrespective of whether the said act applies to the specific agreement.

In *Trust Bank v Ebrahim; Trust Bank v Omar* 1961 4 SA 336 (T) Roberts AJ held that section 84 does not deprive the hire-purchase seller of any of his rights. This statement obviously sweeps too wide. All that the learned judge meant to say was that the hire-purchase seller remains entitled to claim the thing sold directly from an insolvent hire-purchase buyer in spite of the operation of section 84. This statement of the law follows an earlier decision of Solomon J in *Haak's Garage v Simpson* 1928 WLD 185, whose finding in this regard was, however, based on the misconception that the hire-purchase seller remains owner in case of the purchaser's insolvency. We submit that there is no action at the disposal of the hire-purchase seller with which to proceed against an insolvent hire-purchase buyer and that, if the courts in future elect to abide by the decision handed down by Solomon J, they will equally have to be prepared to create a new action.

In the *Trust Bank* case Roberts AJ also held that section 84 can only operate if the thing sold is still in the possession of the hire-purchase buyer when the court declares him insolvent. The learned judge relies on a statement by Wille & Millin which was obviously not meant to be authority for such a finding. Nor does the wording of section 84 support the judge's statement. We do, however, submit that there is merit in the exclusion of the operation of section 84 if there is no danger that the thing in question will become part of the insolvent estate.

Lastly attention may be drawn to the problem of delivery which can arise in cases of cession of the seller's rights and obligations. Attornment was dealt with in

this connection in the *Trust Bank* case and also in *Caledonse Eksekuteurskamer v Wentzel & 'n Ander* 1971 2 SA 466 (T). The appeal against the court's finding in the latter case, reported as *Caledon & SWD Eksekuteurskamer Bpk v Wentzel* 1972 1 SA 270 (A), is dealt with in *THRHR*, February 1973. It is submitted that the appellate division's ruling created a new form of constructive delivery.

Ingevolge die gemene reg kon 'n verkoper eiendomsreg van die koopgoed vir homself voorbehou het hangende die vervulling van die een of ander voorwaarde en het hy daardie eiendomsreg bly behou in die geval van sekwestrasie van die koper se boedel voor vervulling van die voorwaarde. Die verkoper kon dus, solank as wat die voorwaarde nie in vervulling gegaan het nie en al is die koper insolvent verklaar, gebruik maak van die *rei vindicatio* om in gepaste omstandighede die koopgoed op te eis by wie hy dit ookal vind.¹

Die wetgewer het hierdie posisie gewysig met artikel 84 van die Insolvensiewet 1936 (Wet 24 van 1936). Artikel 81(4) van die wet lui soos volg:

“As goed aan iemand (hieronder die skuldenaar genoem) gelewer is ingevolge 'n ooreenkoms wat 'n huurkoopkontrak is volgens artikel een van die Wet op Huurkoop, 1942, dan word die ooreenkoms by die sekwestrasie van die skuldenaar se boedel geag ten gunste van die ander party tot daardie ooreenkoms (hieronder die skuldeiser genoem) 'n hipoteek op daardie goed te vestig, waardeur die bedrag wat ingevolge die ooreenkoms nog aan hom verskuldig is, verseker word. Die kurator van die skuldenaar se insolvente boedel moet, indien die skuldeiser dit verlang, die goed aan hom oorhandig en daarop word die skuldeiser geag daardie goed te besit as sekuriteit vir sy vordering en is die bepaling van artikel drie-en-tagtig² van toepassing.”

Die wysiging van die gemene reg is oorspronklik teweeggebring deur artikel 70 van die Insolvensiewysigingswet 1926 (Wet 29 van 1926), wat in hooftrekke dieselfde strekking het as die huidige artikel 84(1). Die woorde “'n huurkoopkontrak is volgens artikel een van die Wet op Huurkoop, 1942” is egter in 1942, ingevolge artikel 23 van die Wet op Huurkoop 1942 (Wet 36 van 1942), by artikel 84 ingevoeg.³

Die implikasies van artikel 84 het nog nie dikwels in gerapporteerde gewysdes ter sprake gekom nie. Veral artikel 84(1) het klaarblyklik verreikende implikasies en 'n nalees van die paar gewysdes wat daarop van toepassing is, laat blyk dat die bedoelde interpretasies van die artikel deur die howe na aan die oppervlakte lê en dit na ons mening by tye mis het. Daarvoor vervolgens die een en ander.

¹*Quirk's Trustees v Liddle's Assignees* 3 SC 322; *Marcus v Stamper & Zoutendyk* 1910 AD 58; *Ex parte Logan* 1929 TPD 201 op 203. Vgl ook Hamman EM *Huurkoop-goedere en Vrye Oorskot by Vrywillige Boedeloorgawe* 1940 *THRHR* 261.

²Hierdie artikel het betrekking op die tegeldemaking van sekuriteite vir vorderings.

³Dit vervang die volgende woorde in die oorspronklike a 84: “voorsiening gemaak het vir die oorgang van die eiendom van daardie goed wanneer sekere in die ooreenkoms voorgeskrewe betalings gedaan is.”

IMPLIKASIES VAN ARTIKEL 84(1)

Ingevolge artikel 84(1) verkry die huurkoopverkoper 'n hipoteek op die koopgoed indien en sodra die huurkoopkoper insolvent verklaar word, mits dit geskied voordat aan die vereiste vir die oorgang van eiendomsreg voldoen is. Omdat 'n persoon klaarblyklik nie 'n hipoteek op sy eie goed kan verkry nie en vanweë die gebiedende aard van artikel 84(1) volg dit dat die huurkoopverkoper sy eiendomsreg verloor op die oomblik van die sekwestrasie van die huurkoopkoper se boedel.⁴ Eiendomsreg gaan dan *ipso iure* oor op die insolvente boedel. Kahn bestempel hierdie bepaling as "an odd type of statutory mode of passing of ownership."⁵ Na dit ons voorkom, het die wetgewer daarmee 'n nuwe manier van eiendomsverlies en -verkryging in die lewe geroep: die insolvensie van A bring mee dat B sy eiendomsreg verloor en C eienaar word.

In die verbygaan kan daarop gewys word dat die bepalings van artikel 84 ook geld in die geval waar die huurkoopkoper oorlede is en sy boedel as 'n insolvente boedel geadministreer word.⁶

'n Beding in 'n huurkoopkontrak, soos bedoel in artikel 1 van die Wet op Huurkoop, ingevolge waarvan die huurkoopverkoper kompetent sou wees om die kontrak te kanselleer en die koopgoed terug te neem of wat bepaal dat die kontrak outomaties beëindig word in geval van sekwestrasie van die huurkoopkoper se boedel, is strydig met die gebiedende bepalings van artikel 84(1) en daarom nietig. Diemont & Marais meen, onses insiens tereg, dat so 'n bepaling neerkom op 'n omseiling van artikel 84.⁷ Daarenteen is 'n beding ingevolge waarvan die verkoper geregtig is om die huurkoopkontrak te kanselleer indien die huurkoopkoper 'n daad van insolvensie begaan, geldig. So 'n beding is nie in stryd met artikel 84 nie omdat dit duidelik is dat die bepalings van daardie artikel eers in werking tree op die tyd-stip van sekwestrasie van die koper se boedel.⁸

⁴*Sercombe v Colonial Motors (Natal) Ltd* 1929 NPD 58; *GP Maree & Co v Woods* 1937 NPD 300 op 303; *Gool v Rachim* 1938 CPD 397 op 399; *Isaacs & Co v McGee* 1938 2 PH C 68; *Williams Hunt (Vereeniging) Ltd v Slomowitz & Another* 1960 1 SA 499 (T) op 501; *Ex parte Steyn* 1962 2 SA 121 (O) op 121; Diemont & Marais *The Law of Hire-purchase in South Africa* 3e uitg 188; Flemming *Huurkoopreg* 192; Mars *The Law of Insolvency in South Africa* 6e uitg deur Hockly 158; Hamman a w 261; Spiro *The Hire-purchase Agreement in South African Law and its Problems* 1940 *SALJ* 272 en 273; De Wet & Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 3e uitg 417.

⁵*Contract and Mercantile Law through the Cases* 1014.

⁶*Stuttaford & Co Ltd v Estate Leers* 1928 CPD 11.

⁷A w 191. Vgl ook Spiro a w 273 en Flemming a w 191 en 194.

⁸Ingevolge a 84(2) kan die kurator die koopgoed of die waarde daarvan van die huurkoopverkoper opeis teen betaling van die uitstaande balans van die koopprys indien die koopgoed binne een maand voor sekwestrasie van die huurkoopkoper se boedel aan die huurkoopverkoper teruggelewer is. *Vide infra*.

Vanweë die verlies van sy eiendomsreg sal die huurkoopverkoper na die sekwestrasie van die huurkoopkoper se boedel nie meer die koopgoed met die *rei vindicatio* van die persoon wat in besit daarvan is, kan opeis nie.⁹ Ingevolge artikel 81(1) verkry hy egter by sekwestrasie van die huurkoopkoper se boedel die kompetensie om besit van die koopgoed van die kurator op te eis. Die vraag of hy die koopgoed direk van die insolvente huurkoopkoper of van 'n derde in wie se besit dit mag wees, kan opeis, word hierin later oorweeg. Voorlopig kan net beklemtoon word dat die kompetensie om die besit van die koopgoed van wie ook al op te eis nie op sy eienaarskap berus nie omdat hy sy eiendomsreg met die insolventverklaring van die huurkoopkoper ingeboethet. Die statutêre kompetensie om besit van die koopgoed van die kurator op te eis, word aan hom verleen met die klaarblyklike doel om sy vordering teen die insolvente boedel te kan waardeer.

Artikel 84(1) skep sekere vrae wat na ons mening meer besinning en ondersoek verg as wat tot dusver deur die howe en skrywers daaraan gewy is.

KONTRAKTE WAAROP ARTIKEL 84 VAN TOEPASSING IS

Dit gaan eerstens om die vraag op watter huurkoopkontrakte artikel 84 van toepassing is: Geld die artikel vir alle huurkoopkontrakte wat aan die omskrywing van 'n huurkoopkontrak in artikel 1 van die Wet op Huurkoop beantwoord, of geld dit slegs vir daardie kontrakte waarop die Wet op Huurkoop van toepassing is?

In artikel 84(1) word uitdruklik verwys na " 'n ooreenkoms wat 'n huurkoop-ooreenkoms is volgens artikel *een* van die Wet op Huurkoop, 1942". Daardie artikel omskryf 'n huurkoopkontrak as 'n kontrak waarby goed verkoop word onder voorwaarde dat die eiendomsreg op die goed nie bloot deur oordrag van die besit van die goed oorgaan nie, en die koopprys in paalemente betaal moet word, twee of meer waarvan na oordrag van besit van die goed betaalbaar is; en ook enige kontrak of kontrakte wat tesame dieselfde strekking het, watter vorm daardie kontrak of kontrakte ook al mag aanneem. Die definisie meld verder sekere huurkontrakte wat geag word van genoemde strekking te wees.

Daar kan meteens gekonstateer word dat artikel 84 nie van toepassing is op byvoorbeeld 'n kontrak van verkoop op afbetaling soos in artikel 1 van die Wet op Huurkoop gedefinieer nie, want so 'n kontrak word *naas* die in artikel 1 omskrewe huurkoopkontrak onderskei. Artikel 84 geld ook nie in die geval van daardie huur- of leenkontrakte waaraan allerlei opsies verbonde is, maar wat geen verpligting op die huurder of lener plaas om te koop nie, omdat ons howe bly vaskleef

⁹Diemont & Marais a.w 158.

aan die beginsel wat in *Kelly v Matthews* 1895 AC 471 poneer is, "that, if there is no legal obligation to buy flowing from a contract, it cannot properly be said to constitute an agreement to buy",¹⁰ en sulke kontrakte daarom nie as huurkoopkontrakte beskou word nie.¹¹

Afgesien van dergelike kontrakte wat nie huurkoopkontrakte in regstegniese sin is nie, is daar kontrakte wat wel huurkoopkontrakte is maar waarop die Wet op Huurkoop nie van toepassing is nie. Artikel 2 van die Wet op Huurkoop bepaal dat die wet nie van toepassing is op kontrakte vir die verkoop van iets anders as roerende goed, of op kontrakte waarin die koopprys op meer as R4 000 bepaal is,¹² of op kontrakte waarby die staat die verkoper is nie.¹³ Ook is huurkoopkontrakte ten opsigte van sekere goed deur die minister van ekonomiese sake, ingevolge die kompetensie aan hom verleen deur artikel 2*bis*, vrygestel van die bepalings van die wet.¹⁴ Hoe staan dit met artikel 84 wat sulke huurkoopkontrakte betref?

Soos reeds gemeld word daar in artikel 84(1) spesifiek verwys na " 'n ooreenkoms wat 'n huurkoopkontrak is volgens artikel een van die Wet op Huurkoop, 1942". Na ons mening is dit duidelik dat dit die wetgewer se bedoeling was om artikel 84 van toepassing te maak op alle kontrakte wat ooreenkomstig artikel 1 van die Wet op Huurkoop aan die definisie van 'n huurkoopkontrak voldoen, ongeag die vraag of genoemde wet op daardie kontrakte van toepassing is of nie.¹⁵ As dit nie die geval is nie, is die verwysing na artikel 1 van die Wet op Huurkoop in artikel 84(1) sinneloos en sou die wetgewer hom tog sekerlik anders uitgedruk het. Die wetgewer kon byvoorbeeld, as hy dit anders wou reël, verwys het na " 'n ooreenkoms wat deur die Wet op Huurkoop beheers word", of iets dergeliks. Indien artikel 84(1) so vertolk word dat dit slegs op huurkoopkontrakte wat deur die Wet op Huurkoop beheers word, van toepassing is, word meer daarin gelees as wat daarin staan.

Hierdie selfevidensie is vir die praktyk enigsins vertroebel deur 'n passasie in *Ex parte Steyn* 1962 2 SA 121 (O). Met daardie saak is by die Vrystaatse hof aansoek gedoen om aanvaarding van die vrywillige

¹⁰*Western Credit Bank Ltd v Van der Merwe* 1970 3 SA 461 (K) 464.

¹¹*Ibidem* 464-7 en die gewysdes dáár aangehaal.

¹²Die minister het ingevolge a 2*bis*(c) die kompetensie om die wet wel van toepassing te maak op kontrakte waarby die koopprys hierdie bedrag oorskry.

¹³Die minister kan ingevolge a 2*bis*(e) ook huurkoopkontrakte waarby die Bantoebeleggingskorporasie of die Kleurlingontwikkelingskorporasie die verkoper is, van sommige of al die bepalings van die wet vrystel.

¹⁴Byvoorbeeld trekkers, oesmasjinerie en -implemente, handelsvoertuie, ens. Vgl kennisgewing R1164 in die *Regulasie-staatskoerant* van 6/8/65.

¹⁵*Diemont & Marais* a w 190, *Flemming* a w 190, wat sê dat a 84(1) nie uitgesluit word omdat die Wet op Huurkoop nie van toepassing is op 'n kontrak omdat die koopprys R4000 oorskry of vanweë die bepalings van a 4 en 7 nie.

oorgawe van die applikant se boedel. Die applikant se laste is op R3 462,98 gestel en sy bates op R3 040. Volgens die stukke voor die hof het die bates bestaan uit twee plotte ter waarde van R3 000 en klere ter waarde van R40. Die applikant het die twee plotte "onder 'n huurkoopkontrak" aangekoop van ene B en was ten tye van die aansoek nog R2 478 aan B verskuldig. Dit was van belang om uit te maak of daar genoegsame bates in die boedel was om die sekwestrasiekoste uit die vrye oorskot te betaal. Om dit te bepaal was die vasstelling van die waarde van die plotte vir die boedel van belang. Namens die applikant is aangevoer dat artikel 84(1) op roerende sowel as onroerende goed betrekking het en dat indien boedeloorgawe aanvaar word B sy eiendomsreg op die plotte sou verloor ten gunste van die insolvente boedel en dat hy 'n versekerde skuldeiser ten opsigte van die uitstaande balans van die koopprys sou word. Met hierdie bates in die boedel sou die applikant sy verpligtinge ten opsigte van sekwestrasiekoste kon nakom. Die hof bevind egter dat artikel 84(1) nie betrekking het op onroerende goed nie.

Laat dit meteens beklemtoon word dat ons met die hof se slotsom in *Steyn* se saak saamstem. Dit blyk uit die omskrywing van 'n huurkoopkontrak in artikel 1 van die Wet op Huurkoop, naamlik: " 'n kontrak waarby goed verkoop word onder voorwaarde dat die eiendomsreg op die goed nie bloot deur oordrag van besit van die goed oorgaan nie". Daar kan naamlik net ten opsigte van roerende goed sprake wees van eiendomsorgang deur die oordrag van besit, aangesien die eiendomsreg op onroerende goed nie deur lewering van besit nie, maar deur middel van registrasie op naam van die koper getranspoteer word. Die probleem is egter dat r Erasmus sy bevinding in *Ex parte Steyn* nie aldus gemotiveer het nie. Hy verklaar: ". . . na my oordeel het art. 84(1) nie betrekking op vaste eiendom nie, soos blyk uit die wysiging daarvan deur artikel 23 van Wet 36 van 1942 (Huurkoopwet) gelees met artikels 1 en 2(1)(a)". Die probleem ontstaan as gevolg van die regter se verwysing na artikel 2(1)(a) van die Wet op Huurkoop. Daardie artikel beperk die gelding van die Wet op Huurkoop tot "kontrakte met betrekking tot roerende goed waarkragtens die koopprys nie meer as vierduisend rand bedra nie". Hierdie verwysing skep die indruk dat artikel 84(1) nie van toepassing is op onroerende goed nie omdat die Wet op Huurkoop nie daarvoor geld nie; en dan kan 'n mens argumenteer dat artikel 84 ook nie in werking tree nie as die koopprys van die betrokke goed R4 000 oorskry of as die betrokke soort sake deur die minister vrygestel is van die werking van die Wet op Huurkoop.

Kortom, r Erasmus se *dictum* skep die indruk dat artikel 84 nie in werking tree as die Wet op Huurkoop nie in die betrokke geval van toepassing is nie. Dat so 'n slotsom strydig is met die bewoording van artikel 84(1) self, is hierbo voldoende aangetoon.

In die verbygaan moet daarop gewys word dat Flemming se hantering van *Ex parte Steyn* ewe onbevredigend is as die uitspraak self. Op bl 192 van sy *Huurkoopreg* konstateer hy, met verwysing na *Steyn* se saak, dat artikel 84 nie geld ten opsigte van huurkoopkontrakte waarvolgens onroerende goed verkoop word nie "omdat . . . die betrokke omskrywing¹⁶ alleen verwys na kontrakte waarby roerende sake verkoop word". Vir hierdie stelling verwys hy terug na bl 21 van sy werk waar hy verklaar dat die Wet op Huurkoop, ingevolge artikel 2(1)(a) van daardie wet, nie geld waar iets anders as roerende goed verkoop word nie. Afgesien daarvan dat die omskrywing van 'n huurkoopkontrak nie spesifiek na roerende goed verwys, soos hy met die aangehaalde passasie te kenne gee, nie, val hy met die kruisverwysing in dieselfde slagat as r Erasmus.

Vir ons eie slotsom dat artikel 84 nie van toepassing is op onroerende goed nie, moet ook die voorskrifte van artikel 35 van die Insolvensiewet in gedagte gehou word. Hierdie artikel bepaal wat in sekere omstandighede gebeur indien 'n persoon onroerende goed gekoop het en insolvent verklaar word voordat die onroerende goed op sy naam getranspoteer is. As 'n mens aanneem dat artikel 84 ook op onroerende goed van toepassing is, kan daar in bepaalde omstandighede teenstrydighede tussen artikels 84 en 35 ontstaan. Artikel 35 maak naamlik voorsiening vir omstandighede waaronder die verkoper by die hof aansoek kan doen om vernietiging van die betrokke koopkontrak en herstel van sy besit in geval van die koper se insolvensie. So 'n bevel strook nie met die voorskrifte van artikel 84 nie.

Nog één aangeleentheid verdien in die onderhawige verband aandag: Ingevolge artikel 2bis(1)(d) van die Wet op Huurkoop kan die minister van ekonomiese sake by wyse van kennisgewing in die *Staatskoerant* alle kontrakte, of enige soort kontrakte vermeld in daardie kennisgewing, met betrekking tot roerende goed wat behoort tot 'n klas of groep roerende goed aldus vermeld, van *enige of al* die bepalings van die wet vrystel. Die vraag ontstaan nou of 'n huurkoopkontrak aldus ook vrygestel kan word van artikel 1 van die Wet op Huurkoop waarin die omskrywing van 'n huurkoopkontrak vervat is. Indien wel, sal dit beteken dat so 'n kontrak dan nie 'n huurkoopkontrak volgens artikel 1 is nie en dat artikel 84 daarom nie daarop betrekking sal hê nie.

Ons meen dat dit nie die bedoeling van die wetgewer met die bevoording van artikel 2bis(1)(d) is nie. Die artikel verleen bloot aan die minister die kompetensie om huurkoopkontrakte (en ook kontrakte van verkoop op afbetaling)¹⁷ van sommige of al die materiële voorskrifte van die Wet op Huurkoop vry te stel. Met artikel 2bis(1)(d) is

¹⁶Dit verwys na a 1 van die Wet op Huurkoop, 1942.

¹⁷Vgl die definisie van "kontrak" in a 1 van die wet.

na ons mening voorsiening gemaak dat die minister by wyse van 'n kennisgewing in die *Staatskoerant* dieselfde kan doen as wat die wetgewer self in artikel 2 van die Wet op Huurkoop gedoen het, met die verskil dat die minister dit veel vinniger kan doen as wat die wetgewer dit self gedoen het of kan doen. Spoedeisende omstandighede is dikwels aan die orde en dan is die gewone prosedure om 'n wet gewysig te kry te omslagtig vir doelmatige aanpassing. Dit is al waarom dit gaan. Die gemelde artikel beklee die minister na ons mening nie met die kompetensie om te bepaal dat 'n huurkoopkontrak nie 'n huurkoopkontrak is nie.

Kontrakspartye kan by wyse van ooreenkoms die bepalings van die Wet op Huurkoop op hulle kontrak van toepassing maak¹⁸ hoewel daardie kontrak nie 'n "huurkoopkontrak" volgens artikel 1 van die wet is nie. Dit sal klaarblyklik nie meebring dat artikel 84 op daardie kontrak van toepassing is nie.

Samevattend kan die regsposisie soos volg gestel word: Solank 'n kontrak voldoen aan die in artikel 1 van die Wet op Huurkoop gegewe omskrywing van 'n huurkoopkontrak bring sekwestrasie van die koper se boedel mee dat die huurkoopverkoper sy voorbehoue eiendomsregten gunste van die insolvente boedel verloor, asook dat hy die *rei vindicatio* verbeur, maar hy verkry die kompetensie om besit van die koopgoed as sekuriteit vir sy vordering van die kurator van die insolvente boedel op te eis. Die vraag of artikel 84 van toepassing is, gaan slegs daarom of die ooreenkoms wat die partye aangegaan het 'n huurkoopkontrak volgens artikel 1 van die Wet op Huurkoop is. Die vraag of die kontrak deur die Wet op Huurkoop beheers word, kom glad nie ter sprake nie.

DIE VERHOUDING TUSSEN DIE HUURKOOPVERKOPER EN DIE INSOLVENTE HUURKOOPKOPER

Artikel 84(1) bevat geen uitdruklike bepaling oor lewering van die betrokke goedere deur die insolvente huurkoopkoper aan die kurator van sy boedel nie. Dit is egter redelik om aan te neem dat die kurator, ingevolge sy in artikel 69(1) omskrewe plig, die bedoelde goedere, naas ander "roerende goedere, boeke en geskrifte wat behoort aan die boedel waarvan hy kurator is", in sy besit moet neem. Hierbo is naamlik aangetoon dat die koopgoed met die insolventverklaring van die huurkoopkoper die eiendom van die boedel word. Kom die kurator die gemelde plig behoortlik na, kan die huurkoopverkoper ingevolge artikel 84(1) die huurkoopgoedere by die kurator opeis ten einde die bepalings van artikel 83 in werking te laat tree. Artikel 83 het in die breë betrekking op die tegeldemaking van versekerde bates.

¹⁸*Katzel v Seedat* 1950 2 SA 715 (W).

Die lewering van die koopgoed aan die huurkoopverkoper geskied slegs as hy (die huurkoopverkoper) dit verlang.¹⁹ Aan die ander kant moet egter beklemtoon word dat die bepalinge van artikel 84(1) gebiedend ("peremptory") is en dat die kurator daarom nie kan weier om die besit van die koopgoed aan die huurkoopverkoper af te gee as hy daarom vra nie.²⁰ In *Williams Hunt (Vereeniging) Ltd v Slomowitz (supra)* verklaar r Ludorf dat die doel van artikel 84(1) in verband gesien moet word met artikel 83: die huurkoopverkoper moet onder meer besluit of hy sy eis as versekerde of as 'n konkurrente skuldeiser wil bewys en vir dié doel moet hy besit van die koopgoed verkry om dit te kan waardeer en sy besluit in dié verband te kan neem.²¹

Indien die kurator besit geneem het van die koopgoed kan die huurkoopverkoper die besit daarvan dus van hom opeis. Die vraag het ook al ontstaan wat die kompetensies van die huurkoopverkoper is indien die koopgoed om die een of ander rede in die besit van die insolvente huurkoopkoper gebly het. Kan die huurkoopverkoper besit van die koopgoed direk van die insolvente huurkoopkoper opeis, dit wil sê sonder tussenkoms van die kurator?

In *Trust Bank v Ebrahim; Trust Bank v Omar (supra 341)* verklaar wr Roberts in die breë dat artikel 84 die huurkoopverkoper geeneen van sy regte ingevolge die huurkoopkontrak ontnem nie, maar bloot bestem is om die ratwerk van artikel 83 vir die tegeldemaking van sekuriteite in werking te stel. Of hierdie breë stelling vir alle gevalle gehandhaaf kan word, moet betwyfel word. Om maar iets te noem: die huurkoopverkoper kan vanselfsprekend nie meer betaling van die huurkoopkoper vorder nadat die huurkoopkoper insolvent verklaar is nie, maar moet sy eise in dié verband teen die boedel instel; en, soos telkemale hierin beklemtoon is, verloor die huurkoopverkoper sy eiendomsreg ten opsigte van die koopgoed sodra die huurkoopkoper insolvent verklaar word. Hierdie laasgenoemde feit moet noodwendig invloed hê op die vraag of die huurkoopverkoper die koopgoed van die insolvente huurkoopkoper kan opeis.

Wat dit betref beslis wr Roberts in die *Trust Bank*-gewysde (op bl 341) kortweg dat die huurkoopverkoper 'n aksie teen die insolvente huurkoopkoper persoonlik kan instel vir die lewering van die koopgoed aan hom indien die huurkoopkoper in besit van die koopgoed gebly het. Hierdie selfde standpunt is tevore deur die Johannesburgse hof in *Haak's Garage v Simpson* 1928 WLD 185 188²²

¹⁹*Estate Louw v Credit Corporation of SA Ltd* 1956 3 SA 303 (K) op 307.

²⁰*Williams Hunt (Vereeniging) Ltd v Slomowitz & Ano* 1960 1 SA 499 (T) 501.

²¹Vgl ook *Trust Bank v Ebrahim, Trust Bank v Omar* 1961 4 SA 336 (T) 341.

²²Hierdie uitspraak het betrekking op a 70(1) van Wet 29 van 1926 wat, vir sover dit in die onderhawige verband van belang is, dieselfde strekking het as die huidige a 84.

ingeneem. Daardie gewysde berus egter klaarblyklik op 'n misverstand. Regter Solomon gaan naamlik in daardie saak van die standpunt uit dat die huurkoopverkoper eienaar van die koopgoed gebly het nadat die huurkoopkoper insolvent verklaar is,²³ wat kennelik nie die geval kan wees nie. W^r Roberts beroep hom in die *Trust Bank*-gewysde op Mars,²⁴ wat hom op sy beurt op die *Haak's Garage*-saak (met sy verkeerde uitgangspunt) beroep.²⁵ Na ons mening moet die vraag of die huurkoopverkoper direk teen die insolvente huurkoopkoper kan ageer vir lewering van die koopgoed aan hom, in die lig van die misverstand waarop die hofuitsprake in dié verband berus, as 'n ope vraag beskou word.

Indien die hof egter in die toekoms verkies om wel so 'n aksie toe te staan, sal die vraag oorweeg moet word met watter aksie die huurkoopverkoper kan ageer. Die Insolvensiewet verleen nie uitdruklik aan die huurkoopverkoper so 'n aksie nie. Die aksie kan klaarblyklik nie die *rei vindictio* wees nie omdat die huurkoopverkoper nie eienaar is van die koopgoed wat hy opeis nie. Dit kan ook nie die *mandament van spolie* wees nie omdat die huurkoopkoper nie teenoor hom spoliase gepleeg het nie. Daar kan ook geen sprake van 'n kontraktuele of deliktuele aksie wees nie. Na dit ons voorkom, sal die hof dus bereid moet wees om, as dit so 'n aksie tot die beskikking van die huurkoopverkoper stel, meteen ook 'n nuwe soort aksie in die lewe te roep.

DIE VERHOUDING TUSSEN DIE HUURKOOPVERKOPER EN DERDES

In die *Trust Bank*-gewysde (*supra*) het 'n ander beginsel ter sprake gekom wat van toepassing is op die geval waar die insolvente huurkoopkoper self nie meer in besit van die koopgoed is nie; dit wil sê vir geval die huurkoopkoper die koopgoed (wederregtelik) vervreem het aan 'n derde. In die gemelde gewysde verklaar w^r Roberts kortweg dat artikel 84 alleen ten opsigte van "movable property in the possession of the purchaser under the hire-purchase agreement" van toepassing is.

Die vraag of artikel 84 inderdaad net op huurkoopkontrakte waardeur roerende goedere verkoop word, van toepassing is, is hierin

²³Hy verklaar op 187: "The truck [die koopgoed] is, therefore, not his [die huurkoopkoper se] property, and although the agreement must be administered by the trustee for the benefit of the creditors, the property still belongs to the applicant company [die huurkoopverkoper] . . ."

²⁴*The Law of Insolvency in South Africa* 4e uitg 170, hierin nagegaan in die 5e uitg deur HE Hockly 1958 150, 153, 192.

²⁵Waar Mars hom op 192 op die *Haak's Garage*-gewysde beroep, veronderstel hy ook dat die huurkoopverkoper eienaar van die koopgoed gebly het.

supra oorweeg. Die vraag wat tans aan die orde kom, betref die toepasbaarheid van artikel 84 vir geval die insolvente huurkoopkoper nie meer in besit van die koopgoed is nie.

W^r Roberts beroep hom vir die aangehaalde stelling op Wille & Millin.²⁶ Met beroep op geen ander gesag as artikel 84(1) nie, verklaar Wille & Millin bloot: "Movable property in the possession of a purchaser under a hire-purchase agreement is regarded on his insolvency as being subject to a hypothec in favour of the seller for the unpaid balance of the purchase price". Ons betwyfel dit sterk of Wille & Millin hiermee gesag wou bied ten opsigte van die toepasbare regsposisie vir geval die huurkoopkoper nie in besit van die koopgoed is nie. Trouens, deur hulle in dié verband aan te haal, lê wr Roberts hulle woorde in die mond.

Want deur sonder voorbehoud te beweer dat artikel 84 in die bedoelde omstandighede nie van toepassing is nie, is veel gesê: die huurkoopverkoper bly dan eienaar van die koopgoed; hy behou die kompetensie om die koopgoed met die *rei vindicatio* in die hande van die betrokke derde op te volg; die koopgoed vorm nie deel van die huurkoopkoper se insolvente boedel nie en kan daarom nie deur die kurator van daardie boedel van die betrokke derde opgeëis word nie; ensomeer. Ons twyfel of Wille & Millin vir al hierdie implikasies gesag wou bied.

Let 'n mens in dié verband op die bewoording van artikel 84(1) val dit op dat die wet vir die toepassing van daardie artikel nie vereis dat die huurkoopkoper in besit moet wees van die koopgoed nie. Die wet geld as die koopgoed aan die koper "gelewer is" ingevolge 'n huurkoopkontrak. Die hipoteek waarvan daar sprake is, word in gepaste omstandighede ook nie deur besit van die koopgoed deur die insolvente huurkoopkoper gerugsteun nie, maar word geag deur "die ooreenkoms" (die huurkoopkontrak) gevestig te wees. Kortom, die bewoording van artikel 84(1) ondersteun nie die standpunt dat die toepassing van artikel 84 besit van die koopgoed deur die huurkoopkoper veronderstel nie.

Daar is egter één argument wat wel aangevoer kan word ter stawing van die bedoelde gevolgtrekking. Indien 'n mens klem lê op die beskerming wat artikel 84 vir die huurkoopverkoper bied aan die een kant en die insolvensie van die huurkoopkoper wat die vermoënsposisie van die huurkoopverkoper bedreig aan die ander kant, dan kan dit nie sin hê om artikel 84 in werking te stel ten opsigte van koopgoed wat nie gevaar loop om in die insolvente boedel van die huurkoopkoper te val nie. Neem die volgende as voorbeeld: A ver-

²⁶*Mercantile Law of South Africa* 13e uitg 291, hierin nagegaan in die 15e uitg 289.

koop op huurkoop aan B, B vervreem en lewer die koopgoed aan C voordat die huurkoopvoorwaarde vervul is en daarop, nog steeds voor die huurkoopvoorwaarde vervul is, word B insolvent verklaar. Aanvaar 'n mens dat artikel 84 nie van toepassing is nie omdat die koopgoed nie meer in besit van B is nie, bly behou A sy eiendomsreg en die kompetensie om die koopgoed van C, wat in onregmatige besit is, met die *rei vindicatio* op te eis. Sy aanspraak behoef geen besondere beskerming nie, omdat daar nie gevaar bestaan dat skuldeisers van B die koopgoed sal opeis nie. Is artikel 84 egter wel van toepassing, ontstaan daar 'n eienaardige situasie. A verloor sy eiendomsreg en gevolglik staan die *rei vindicatio* hom nie ten dienste nie. B kan die koopgoed nie van C opeis nie omdat hy dit aan C vervreem het.²⁷ Die koopgoed val om dieselfde rede nie in die insolvente boedel van B nie en kan daarom ook nie deur die kurator van die boedel opgeëis word nie. Kortom, C is in onregmatige besit van die koopgoed terwyl daar oënskynlik geen remedie bestaan om die situasie te beredder nie.

So beskou, maak dit sin uit om die werking van artikel 84 uit te sluit vir geval die koopgoed deur die huurkoopkoper vervreem is en daarom nie deel van sy insolvente boedel vorm nie. Maar die argument veronderstel vanselfsprekend dat die vervreemding van die koopgoed nie deur middel van 'n vernietigbare en inderdaad vernietigde regs-handeling (soos onderhandse vervreemding) plaasgevind het nie. Die blote feit dat die vervreemding van die koopgoed *ingevolge die huurkoopreg* onregmatig is, frustreer egter nie die uitsluiting van artikel 84 in die onderhawige omstandighede nie. Want hoewel 'n vervreemding van die koopgoed deur die huurkoopkoper voordat die huurkoopvoorwaarde vervul is as diefstal beskou word,²⁸ is die vervreemdingskontrak nie dáárom nietig nie.²⁹

Om saam te vat: Daar is goeie gronde om aan te neem dat artikel 84 nie van toepassing is nie indien die huurkoopkoper die koopgoed vervreem en gelewer het voordat hy insolvent verklaar is, mits die vervreemdingshandeling nie vernietigbaar en inderdaad vernietig is nie.

DIE TOEPASSING VAN ARTIKEL 84 IN DIE GEVAL VAN GESEDEERDE HUURKOOPKONTRAKTE

Die gebruik van huurkoopverkopers om hulle regte en verpligtinge wat uit 'n huurkoopkontrak voortspruit aan finansieringsmaat-

²⁷Die feit dat B nie C eienaar kan maak van die koopgoed nie, tref nie die geldigheid van die vervreemdingskontrak nie.

²⁸Vgl bv *R v Campher* 1961 2 SA 401 (T).

²⁹*Ensor v Kader* 1960 3 SA 548 (N).

skappye te sedeer bring nuwe en ingewikkelde probleme na vore. Kan die sessionaris hom op die werking van artikel 84 beroep? En kan die sessionaris die koopgoed van die kurator, die insolvent of derdes in wie se besit dit gekom het, opeis?

Voordat pertinent op hierdie vrae ingegaan word, word die aandag vooraf gevestig op 'n probleem insake lewering wat ten opsigte van die sessie van die regte en verpligtinge van huurkoopverkopere ontstaan het.

Die huurkoopkoper hou die koopgoed in sy besit vir die huurkoopverkoper as eenaar. Vind daar 'n sessie van die huurkoopverkoper se regte en verpligtinge plaas, gaan die huurkoopkoper voort om die goedere te hou, maar dan nie meer vir die huurkoopverkoper nie, dog vir die sessionaris. Hier vind dus 'n vorm van lewering plaas wat in die Engelse reg bekend staan as "attornment" en wat in *Trust Bank v Ebrahim*, *Trust Bank v Omar*³⁰ erken is as 'n voorbeeld van konstruktiewe lewering, wat naas die bekende vorme van konstruktiewe lewering van die Romeinse en Romeins-Hollandse reg, by name *traditio brevi manu*, *traditio longa manu*, *traditio simbolica* en *constitutum possessorium*, bestaansreg het in die Suid-Afrikaanse reg.³¹ In *Caledonse Eksekuteurskamer v Wentzel* 1971 2 SA 466 (T) het hierdie vorm van lewering binne bestek van daardie saak se *ratio decidendi* ter sprake gekom. Die kompetensies van die eksekuteurskamer, as sessionaris van die regte en verpligtinge van 'n huurkoopverkoper, het in daardie saak ter sprake gekom onder die volgende omstandighede: A verkoop aan B. Op 23 April stel A vir B in kennis dat hy sy regte sedeer aan C. Maar op 21 April het B reeds die betrokke saak verkoop aan X. Die hof beslis dat die regte van C alleen kon oorgaan indien lewering aan hom by wyse van "attornment" plaasgevind het. "Attornment" verskil van *traditio brevi manu* deurdat daar in die geval van "attornment" drie partye by die lewering betrokke is, terwyl *traditio brevi manu* rondom slegs twee persone sentreer. R Hiemstra beskryf "attornment" meer bepaald soos volg:

"Lewering bestaan daarin dat die koper, wat eers besit gehad het namens A (die verkoper) toestem om voortaan besit te hou namens B (die finansieringsmaatskappy). Daar moet wilsooreenstemming van al drie partye wees. (Mackeurten, *Sale of Goods* 3e uitg bl. 160). Dan gaan die eiendomsreg oor van A na B".

Omdat die koper in die betrokke saak nie meer besit gehad het op die datum van die sessie nie, kon hy nie meewerk om lewering by wyse van "attornment" te laat plaasvind nie. Die hof beslis daarom dat die sessionaris nie eiendomsreg verkry het nie omdat lewering nie plaasgevind het nie.

³⁰ *supra* 338.

³¹ Vgl 1961 *Annual Survey of South African Law* 222-3.

In appèl³² is hierdie uitspraak verwerp. Die huurkoopkoper hoof luidens die appèlhof se bevinding nie besit te hê van die koopgoed op die tydstip van sessie ten einde mee te werk tot eiendomsoorgang nie. Sy bereidwilligheid op die tydstip van kontraksluiting om in geval van 'n sessie die koopgoed namens die sessionaris te hou, is voldoende om die oorgang van eiendomsreg op die tydstip van die sessie te bewerkstellig. Volgens Van der Merwe en Neethling³³ het die appèlhof met dié beslissing nog 'n nuwe vorm van fiktiewe lewering, naas die bekende vorme van die gemene reg en "attornment", in die lewe geroep, naamlik:

"dat blote wilsverklaring aan die kant van die houer om in die toekoms namens 'n nuwe verkryger te hou eiendom laat oorgaan op die datum wanneer die oordraer sy regte aan die verkryger sedeer, ongeag die feit of die houer daadwerklike beheer oor die saak ten tyde van oordrag uitoefen" (bl 87).

Indien 'n sessionaris wel deur middel van lewering (in die vorm van "attornment" of andersins) eienaar geword het van die koopgoed, is daar veel voor te sê dat hy in die geval van die insolvensie van die huurkoopkoper in dieselfde situasie beland as dié waarin die huurkoopverkoper sou verkeer het indien die sessie nie plaasgevind het nie: dit wil sê dat die sessionaris sy eiendomsreg verloor en 'n versekerde skuldeiser van die huurkoopkoper se insolvente boedel word; dat hy besit van die koopgoed van die eksekuteur van die insolvente boedel kan opeis; en, indien die hof volhard met die standpunt wat in dié verband ten opsigte van huurkoopverkopers ingeneem is, dat hy die koopgoed van die huurkoopkoper kan opeis indien die eksekuteur dit nie tevore gedoen het nie. Dit is wel so dat hierdie kompetensies deur artikel 84 alleen aan "die ander party tot daardie ooreenkoms" toegesê word, maar ingevolge die algemene beginsels van sessie kom die sessionaris in sulke gevalle volledig in die skoene van die sedent te staan. Deur die sessie word die sessionaris "die ander party tot daardie ooreenkoms".

In die praktyk lewer die onderhawige vraagstuk selde probleme op aangesien daar gewoonlik 'n terug-sessie plaasvind indien die huurkoopkoper kontrakbreuk pleeg of insolvent verklaar word.

Dit gebeur egter meer dikwels dat 'n huurkoopverkoper sy kompetensies ingevolge artikel 84 ter sprake bring in die geval van die insolvensie van die huurkoopkoper. Indien hy sy regte en verpligtinge oorgedra het en nie bewys lewer van 'n terug-sessie nie, is sy aansprake vanselfsprekend sonder grond.

³²*Caledon & SWD Eksekuteurskamer Bpk v Wentzel* 1972 1 SA 270 (A).

³³*THRHR* Feb 1973 86 e.v.

ARTIKEL 84(2)

Ten slotte net 'n kort woord oor die minder problematiese artikel 84(2). Daardie sub-artikel bepaal soos volg:

“As die skuldenaar die goed binne een maand voor die sekwestrasie van sy boedel aan die skuldeiser teruggegee het, dan kan die kurator van die skuldeiser verlang dat hy daardie goed of die waarde daarvan op die dag toe dit aldus aan die skuldeiser teruggegee is, aan hom moet oorhandig, mits die kurator die verskil tussen die totale bedrag wat ingevolge die ooreenkoms verskuldig is en die bedrag wat werklik ingevolge daarvan betaal is, al na die geval, aan die skuldeiser betaal of van die voormelde waarde aftrek. As die goed aan die kurator oorhandig word, is die bepalings van sub-artikel (1) van toepassing”.

Met hierdie voorskrif het die wetgewer 'n vernietigbare regs-handeling³⁴ in die lewe geroep, waarvan die vereistes soos volg getabuleer kan word:

- 1 Die huurkoopkoper se boedel word gesekwestreer.
- 2 Die huurkoopkoper het die koopgoed voor die sekwestrasie van sy boedel aan die huurkoopverkoper teruggegee.
- 3 Teruggawe van die koopgoed het binne een maand voor sekwestrasie van die huurkoopkoper se boedel plaasgevind.

Wat hierdie vereistes betref, kan die tweede een interpretasieprobleme oplewer. Dit is naamlik nie duidelik wat met “teruggegee” bedoel word nie. Daar is verskillende omstandighede waaronder die huurkoopverkoper weer in besit van die koopgoed kan kom, naamlik indien die huurkoopkoper die kontrak ingevolge artikel 14(a) van die Wet op Huurkoop eensydig beëindig, indien die huurkoopverkoper en huurkoopkoper die kontrak deur onderlinge ooreenkoms beëindig³⁵ en indien die huurkoopverkoper die koopgoed terugvorder weens kontrakbreuk van die huurkoopkoper.³⁶ Ingevolge artikel 6(g) van die Wet op Huurkoop moet die huurkoopverkoper sy kompetensie om herbesit van die koopgoed te neem deur tussenkoms van die hof afdwing;³⁷ dit wil sê as die huurkoopkoper die koopgoed nie vrywillig aan hom afstaan nie. Die vraag is nou of gesê kan word dat die huurkoopkoper in so 'n geval die koopgoed aan die huurkoopverkoper “teruggegee” het. Volgens die gewone gebruik van die woord kan daar alleen gesê word dat die huurkoopkoper die koopgoed “teruggegee” het indien dit sonder 'n beslagleggingsbevel geskied het. Daar is dus rede om aan te neem dat artikel 84(2) toepassing vind alleen waar die koopgoed ingevolge artikel 14(a) van die Wet op

³⁴Vir ander vernietigbare regshandelinge vgl a 26 tot 34 van die Insolvensiewet.

³⁵Vgl hieroor a 15bis van die Wet op Huurkoop.

³⁶Vgl a 17 van die Wet op Huurkoop in verband met die hof se kompetensies in dié verband.

³⁷Vgl Flemming a w 103.

Huurkoop of deur onderlinge ooreenkoms aan die huurkoopverkoper besorg is, want as die huurkoopverkoper die koopgoed by wyse van beslaglegging moet opeis, kan daar nouliks gesê word dat die huurkoopkoper dit aan hom "teruggegee" het.

Indien aan die bedoelde vereistes voldoen word, tree die volgende gevolge in:

- 1 Die kurator kan ooreenkomstig sy eie goeddunke eis dat die koopgoed aan hom oorhandig word of dat die waarde wat die koopgoed gehad het op die datum toe die huurkoopverkoper herbesit daarvan geneem het, aan hom oorbetaal word.
- 2 Die kurator moet van sy kant egter die uitstaande balans van die koopsom aan die huurkoopverkoper betaal. Indien die huurkoopverkoper nie die koopgoed self aan die kurator oorhandig nie, maar die waarde daarvan oorbetaal soos aangedui, word skuldvergelyking toegepas.
- 3 Nou is die bepalings van artikel 84(1) van toepassing. Dit kan nie méér beteken nie as net dat die huurkoopverkoper sy eiendomsreg op die koopgoed verloor. Want die huurkoopskuld is nou reeds afgelos en daar kan dus nie sprake wees dat die huurkoopverkoper besit van die koopgoed kan opeis ter beveiliging van 'n vordering nie. □

Butterworth se oorsese reisbeurs

Dit doen die uitgewers genoeg om bekend te maak dat die 1974-beurs toegeken is aan *JH van Rooyen*, senior lektor in straf- en prosesreg aan die Universiteit van Suid-Afrika.

Na 'n besoek aan die VSA gaan mnr Van Rooyen sy navorsing oor die strafprosesreg aan die bekende Max Planck-Instituut van prof H-H Jescheck in Freiburg voltooi.

Die volgende reisbeurs word in 1975 toegeken.

Aantekeninge

HOFBEVELE TEN OPSIGTE VAN BATES VOOR REHABILITASIE VERKRY

Dit blyk uit die vonnisse dat die howe van tyd tot tyd gevra word om 'n bevel uit te reik dat 'n insolvent geregtig is op bate wat hy na die sekwestrasie van sy boedel dog voor sy rehabilitasie verkry het. Dit gebeur ook dansoms dat die hof die gevraagde bevel verleen en verklaar dat daardie bate aan die insolvent toekom (*vests in him*). Die rede vir en die uitwerking van hierdie bevele word hieronder ondersoek.

Ingevolge artikel 20 van die Insolvensiewet van 1936 hou die boedel van die insolvent op om aan hom te behoort en gaan dit oor op die meester of die kurator van sy insolvente boedel, na gelang die geval, as 'n natuurlike gevolg van die sekwestrasie van sy boedel. Die boedel wat so oorgaan sluit in alle bate van die insolvent ten tye van die sekwestrasie en ook alle bate wat gedurende die sekwestrasie verkry mag word vir sover die wetgewer nie anders bepaal het nie. Na aanleiding hiervan is dit duidelik dat ons tussen twee soorte bate kan onderskei, nl

- 1 goedere waarop die kurator geregtig is ten behoeve van die skuldeisers en
- 2 goedere waarop die insolvent geregtig is omdat dit nie op die kurator oorgaan vir behandeling ingevolge die bepalings van die Insolvensiewet nie.

Goedere in laasgenoemde kategorie behoort aan die insolvent en die insolvent het nie nodig om enige persoon se verlot te kry ten einde met daardie goedere as sy eie te kan handel nie (*Ex parte Norton* 1953 3 SA 120 (OK)). Daar mag egter twyfel bestaan of die goedere inderdaad deur die insolvent in eie belang verkry is, of dit mag wenslik wees dat dit na buite blyk dat die goedere ingevolge die uitsonderingsbepalings verkry is, en daarom mag die insolvent die hof nader om 'n verklaring dat die betrokke goedere aan hom in eie reg toekom. Volgens regter Hiemstra, in *Ex parte Potgieter* 1967 2 SA 310 (T) 331, mag die insolvent so 'n bevel verlang omdat sy *ipse dixit* oor die aard en herkoms van die goedere nie altyd aanvaarbaar is nie. Die hof wat aan die insolvent se versoek toegee, verklaar dan net dat die insolvent die reghebbende van die betrokke bate is. Sien ook *Ex parte Steele* 1948 1 SA 1023 (W).

Goedere wat in eersgenoemde kategorie val, behoort nie aan die insolvent nie, maar is deel van die insolvente boedel onder die beheer van die kurator. Die kurator moet daarmee handel soos deur die wet voorgeskryf: hy moet die goedere te gelde maak, die bewese vorderings volgens hulle onderlinge voorkeure uitbetaal en enige restant inbetaal in die voogdyfonds. Na sy rehabilitasie is die insolvent op die oorskot geregtig.

Gestel egter dat daar in die boedel bate is wat nie te gelde gemaak hoef te word ten einde die bewese vorderings van die skuldeisers te betaal nie? Dit is 'n ongewone maar nie ondenkbare moontlikheid nie. Die wet self bevat geen direkte antwoord nie maar dit behoort duidelik te wees dat daar geen behoefte is om die goedere te gelde te maak nie en dat hulle na sy rehabilitasie aan die insolvent oorgedra moet word. Dit blyk uit artikel 129 (2) wat geld vir die geval waar daar geen vorderings teen die boedel bewys is nie en uit artikel 58 (4) van die Akteswet 47 van 1937, wat voorsiening maak vir die transporterings van goedere van die kurator aan die insolvent. 'n Mens sou verwag dat dit 'n natuurlike gevolg van die rehabilitasie sou wees en dat geen hofbevel nodig sou wees om dit te bewerkstellig nie. As die kurator sou weier om die goedere aan die insolvent oor te dra, sou die insolvent hom op die hof kan beroep. Sien *Ex parte Allwright* 1946 TPD 663. Ten spyte hiervan het daar 'n praktyk ontwikkel om na voorafgaande kennisgewing aan die skuldeisers die hof te vra om 'n bevel dat die insolvent geregtig is op die bepaalde goedere (*Ex parte Olivier* 1948 2 SA 545 (K)). Ten einde die praktyk te verstaan moet daar na ander feitestelle verwys word.

Die kurator sal nie die boedelbate te gelde maak nie tensy daar skuldvorderings is wat uit die opbrengs daarvan betaal moet word. As alle bewese eise ten volle betaal is, het ons op die oog af met so 'n geval te doen (*Ex parte Van der Walt* 1964 1 SA 235 (O)). Die kurator is alleen gemoeid met bewese eise en sal nie boedelbate te gelde maak om skuldeisers wat nie vorderings teen die boedel bewys het te betaal nie. Maar laasgenoemde skuldeisers is tot en met rehabilitasie geregtig om hulle vorderings teen die boedel te bewys, en indien hulle dit doen, moet die bate wel te gelde gemaak word om hulle eise te betaal. Die skuldeisers sal dan die aansoek om rehabilitasie kan teenstaan ten einde hulle in staat te stel om wel hulle eise teen die boedel te bewys. Doen hulle dit nie, verval hulle aansprake teen die boedel. Hulle behoort egter hierdie geleentheid tot beswaarmaking gegun te word, en ten einde hulle in staat te stel om te besluit of hulle die aansoek om rehabilitasie wil bestry of nie, is dit gewens dat volle besonderhede van bate wat nog in die boedel is aan hulle bekend gemaak word. Dit is ook wenslik dat daar duidelik aan hulle te kenne gegee word in 'n kennisgewing aan die skuldeisers dat daar aansoek gedoen sal word om

'n bevel wat verklaar dat die insolvent op die gemelde bate geregtig is. Daar is dus voldoende redes vir die praktyk wat ontstaan het.

As die vorderings van die skuldeisers reeds verjaar het, het hulle oënskynlik geen belang by die bate in die boedel nie (*Ex parte Grant* 1957 4 SA 73 (O)). Die hof kan egter beveel dat die insolvent by sy rehabilitasie 'n verdere diwidend betaal aan skuldeisers wie se vorderings reeds verjaar het (*Muller v Vrystaat-Ko-operasie Bpk* 1967 1 SA 334 (O)). In die omstandighede mag die skuldeisers tog 'n belang hê by bate na insolvensie verkry, sodat daar rede bestaan waarom hulle ook ingelig moet word van die bestaan van sulke bate sodat hulle kan besluit of hulle die hof wil vra om 'n bevel soos hierbo vermeld.

Indien die skuldeisers egter vorderings teen die boedel bewys het, sou hulle daarop geregtig wees dat die goedere as deel van die insolvente boedel te gelde gemaak word. Daar bestaan egter geen rede waarom hulle nie van hulle aanspraak afstand kan doen nie (*Ex parte Parker* 1946 CPD 536; *Ex parte Olivier* 1948 2 SA 545 (K); *Ex parte Steele* 1948 1 SA 1203 (W)). Die gevolg van die afstanddoening sal wees dat die goedere behandel moet word asof alle vorderings teen die boedel bewys ten volle betaal is. Die skuldeisers mag hulle verliese alreeds afgeskryf het en heeltemal gewillig wees dat hierdie gevolg intree. Maar voordat daar so 'n afstand van regte kan wees, moet daar wees 'n bewuste optrede met volle kennis van die omstandighede waaruit die bedoeling om so afstand te doen kenbaar is. 'n Skuldenaar wat die saak na 'n punt toe wil voer, kan aan die skuldeisers kennis gee ten einde hulle ten volle in te lig oor die bestaan van die bate en ook met betrekking tot die omstandighede waaronder dit verkry is (dws ten aansien van hulle regte op die opbrengs van die goedere) en ander besonderhede met betrekking tot die bate self (sodat hulle kan besluit of dit die moeite werd is om teen daardie bate op te tree). Sien die bovermelde gewysdes en *Ex parte Van der Walt* 1964 1 SA 325 (O). As hulle nie by die hof opdaag om die versoek dat die hof moet verklaar dat die goedere aan die insolvent toekom, te bestry nie, kan die hof geredelik tot die gevolgtrekking kom dat die skuldeisers nie daarin belangstel nie. Die hof het egter verder as dit gegaan en aangeneem dat die skuldeisers afstand gedoen het van hulle regte ten opsigte van die betrokke goedere (*Ex parte Smith* 1968 1 SA 743 (K)). Hierdie verre-gaande afleiding kom daarop neer dat die hof die skuldeisers hulle regte ten opsigte van die goedere ontnem. In *Ex parte Noriskin* 1962 1 SA 856 (D) verklaar rp Williamson:

“In all of those cases where orders have been granted it seems to me, however, that if no such order had been made these assets, or assets in question, would have remained vested in the trustee.”

Die verwysing na alle sake is, soos blyk uit wat hierbo gesê is, onpresies. Maar die stelling van die regter dat die goedere, by ontstentenis

van 'n bevel dat hulle aan die insolvent toekom, deur die kurator as deel van die insolvente boedel behandel moet word en gevolglik verkoop moet word as hulle opbrengs nodig is om die skuldeisers te betaal, is volkome juis. Dit is die bevel wat die skuldeisers se aanspraak tot 'n einde bring. As die skuldeisers by die hof opdaag om die gevraagde bevel te bestry, kan die hof 'n gepaste bevel maak ten aansien van hulle vorderings. As dié ten volle betaal is, verval hulle besware. Sien *Ex parte Smith supra* en *Muller v Vrystaat Ko-operasie Bpk supra*.

Die voorgaande stellings geld ook ten opsigte van vorderingsregte om 'n saak of sake te verkry. As die boedel nie op die goedere geregtig is nie, is die insolvent geregtig om die goedere van die ander kontraktant te ontvang. Enige hofbevel sal net hierdie feit bevestig. Sien *Ex parte Joe* 1948 1 SA 1285 (K); *Ex parte Steele* 1948 1 SA 1203 (W); *Ex parte Potgieter* 1967 2 SA 310 (T). Waar die insolvent nie persoonlik op die lewering van die betrokke goedere geregtig is nie, sal die hofbevel die uitwerking hê dat hy geregtig word om die goedere direk van die ander party te ontvang sonder dat die goedere eers na die insolvente boedel oorgedra moet word vir behandeling soos hierbo uiteengesit (*Ex parte Potgieter supra*).

Dit is in verband met hierdie soort gevalle dat ons die stelling aantref dat die insolvent ook aan die kurator kennis moet gee. Daar word ook soms gepraat van 'n afstanddoening van regte deur die kurator (*Ex parte Dollie* 1940 CPD 584; *Ex parte Joe* 1948 1 SA 1285 (K); *Ex parte Olivier* 1948 2 SA 545 (K); *Ex parte Norton* 1958 3 SA 120 (OK)). Dit is duidelik dat die kurator nie afstand kan doen van die vorderingsregte van die skuldeisers teen die boedel nie. Hy kan ook nie afstand doen van die aanspraak van die boedel ten opsigte van enige besondere bate nie. Aangesien hy geen eie reg het om hom te verset teen die verlening van die rehabilitasiebevel of die bevel dat sekere bate die insolvent toekom nie (*Ex parte Smith* 1968 1 SA 743 (K)), kan hy ook nie toestemming verleen daartoe nie. Hy kan alleen indirek afstand doen van die regte van die boedel deur nie instruksies te verkry vir die tersydestelling van 'n besondere transaksie wat volgens die keuse van die kurator vernietigbaar is nie (sien *Ex parte Olivier supra*). As hy nie die kontrak ter syde laat stel nie, word die betrokke goedere verkry deur die insolvent as sy persoonlike eiendom.

In *Ex parte Ochley* 1948 3 SA 1023 (GW) het die hof oënskynlik van die beginsels hierbo behandel afgewyk. Die boedel van die insolvent is in 1927 gesekwestreer. In 1941 trou hy in gemeenskap van goedere en daarna erf sy vrou 'n klein erfplasing van haar vader. Die hof verklaar dat dit aan die applikant toekom ofskoon daar geen kennis aan die skuldeisers van die insolvente boedel gegee was nie. Die verklaarde *ratio* vir die beslissing is skynbaar die billikheid: die vrou kon buite gemeenskap van goedere getrou het en sodoende die klein erfenis

wetlik buite die bereik van haar man se skuldeisers gestel het. Dit wil egter voorkom asof die beslissing op grond van 'n ander oorweging geregverdig kan word, naamlik dat alle vorderings teen die insolvente boedel (1927 tot 1948) verjaar het. Gevolglik sou kennis aan die skuldeisers geen nut gehad het nie, selfs al veronderstel 'n mens dat hulle nog almal opgespoor kon word.

'n Omwenteling in rehabilitasieprosedure is teweeggebring deur die nuwe artikel 127A van die Insolvensiewet wat weer op sy beurt 'n invloed sal hê op hierdie praktyk. Omdat alle insolvente outomaties na verloop van 10 jaar gerehabiliteer sal word, sal daar in die praktyk minder behoefte aan sulke verklarende bevale ontstaan. Maar die feit dat die rehabilitasie outomaties en sonder hofbevel geskied, sal ook 'n invloed uitoefen. Hierbo is daarop gewys dat skuldeisers wat nie vorderings bewys het nie, die verlening van 'n rehabilitasiebevel kan teenstaan ten einde vorderings teen die boedel te bewys en betaling van hulle skulde te probeer verkry. Hulle sal na verloop van 10 jaar nie langer rehabilitasie kan teenstaan nie. Gevolglik is afstand van regte deur hulle nie nodig voordat die insolvent aanspraak kan maak op die besondere soort bevale wat hier ter sprake is nie. Die boedel sal alle reg verloor om vernietigbare transaksies na rehabilitasie ter syde te laat stel, sodat afstanddoening van regte ten aansien van sulke handeling ook nie ter sprake kom nie. Die vraag kan egter ontstaan of skuldeisers wat hulle vorderings bewys, na rehabilitasie hulle aanspraak verloor op bate wat tydens die tydperk van sekwestrasie deur die insolvent verkry is ten behoeve van die skuldeisers.

Luidens artikel 129(3)(c) van die Insolvensiewet affekteer die blote feit van die rehabilitasie van die skuldenaar nie die skuldeisers se aanspraak op enige deel van sy boedel wat op sy kurator oorgegaan het nie. As dit blyk dat die goedere op die kurator oorgegaan het, moet daar vervolgens vasgestel word of die skuldeisers wat vorderings bewys het nog aanspraak kan maak op die opbrengs van die goedere ten opsigte waarvan die betrokke bevel aangevra word. Dit mag wees dat die vorderings van daardie skuldeisers wat nog nie ten volle betaal is nie reeds verjaar het; in daardie geval sal die insolvent geregtig wees op die goedere.

Die aangeleentheid kom ter sprake in *Ex parte De Villiers* 1973 3 SA 291 (W). Die insolvent vra die hof om te verklaar dat sekere onroerende goedere gedurende sy insolvensie verkry, aan hom toekom. Dit blyk nie uit die relaas of die betrokke goedere wel goedere was wat op die kurator oorgegaan het of nie. Indien dit nie goedere was wat op die kurator oorgegaan het nie, is die hofbevel dat die insolvent geen kennis aan die skuldeisers hoef te gee nie verdedigbaar. Indien die betrokke goedere wel op die kurator oorgegaan het, behoort die hof volgens die redenering hierbo vas te stel of die skuldeisers nog enige

aanspraak het op die opbrengs van die goedere. Indien die antwoord ontkennd is, sou die hof die bevel kan verleen sonder enige kennis aan die skuldeisers. Daar word egter ter oorweging gegee dat die hof nog steeds kennisgewing aan die skuldeisers moet vereis ten einde hulle die geleentheid te bied om die hof te nader met betrekking tot die vraag of hulle regte het. Waar hulle regte nog nie tot niet gegaan het nie, sou hierdie vereiste met groter oortuiging gestel kon word. Die alternatief sou wees om 'n bevel *nisi* uit te reik en kennisgewing aan die skuldeisers te vereis.

Die hofbevel skep die indruk dat die hof tot die gevolgtrekking gekom het dat die skuldeisers na verloop van 10 jaar hulle aansprake op enige goedere van die insolvente boedel wat nie daadwerklik in die hande van die kurator gekom het nie, outomaties verloor.

DJ JOUBERT

Universiteit van Wes-Kaapland

“VOORGESKREWE STRAF” IN ARTIKEL 352(2)(a) VAN DIE STRAFPROSESWET

Artikel 352(2)(a) van die Strafproseswet 56 van 1955 bepaal:

“Wanneer iemand skuldig bevind word aan 'n in die *Vierde Bylae* genoemde misdryf, of 'n misdryf ten opsigte waarvan die oplegging van 'n *voorgeskrewe straf* . . . aan die persoon wat daaraan skuldig bevind word, verpligtend is, kan die hof na goeddunke: '(i) vonnis oplê maar beveel dat die tenuitvoerlegging van 'n *gedeelte van die vonnis* opgeskort word . . . ’” (my kursivering).

In *S v Sigena* 1973 3 SA 102 (T) beslis die hof per regter Colman dat 'n persoon wat die bepalings van artikel 35(1) van Wet 59 van 1972, Wet op die Reëling van die Toelating van Persone tot die Republiek, oortree, en hom dus blootstel aan die oplegging van die minimum-vonnis van drie maande gevangenisstraf sonder die keuse van 'n boete, inderdaad 'n voorgeskrewe straf, na luid van artikel 352 van die Strafproseswet, opgelê word.

Die hof beslis verder dat hierdie voorgeskrewe straf ingevolge artikel 352(2)(a)(i) in sy geheel opgeskort kan word mits die gevangenisstraf na verdaging van die hof 'n aanvang neem. Maw, die hof beslis dat die periode van aanhouding tot die hof verdaag, al is dit ook 'n karige vyf minute, vir die doeleindes van artikel 352(2)(a)(i) 'n gedeelte van die vonnis van die veroordeelde is. Hiermee stel die Transvaalse hof hom in een lyn met die beslissing van die Natalse hof in *S v Mtembu* 1970 1 SA 435 (N) en *S v Skipper* 1971 4 SA 407 (N); *contra* egter *S v Lamour* 1962 3 SA 701 (K).

Hierdie nota het egter slegs betrekking op die hof se opmerking in *S v Sigena* dat die minimum-straf ingevolge artikel 35(1) van Wet 59

van 1972 vir die doeleindes van artikel 352 van die Strafproseswet 'n voorgeskrewe straf is. Hierdie opmerking is, met respek, nie korrek nie. In artikel 1(xxi) van Wet 56 van 1955 word bepaal dat die woord *voorgeskryf* beteken: *ingevolge hierdie Wet voorgeskryf*. 'n Voorgeskrewe straf in Wet 56 van 1955 (en dus ook in artikel 352 daarvan) sluit dus nie strawwe van enige ander wette, soos Wet 59 van 1972, in nie. (Sien ook in hierdie verband o.a. *R v Keschner* 1961 2 SA 309 (A) en JC Ferreira *Strafprosesreg in die Landdroshof* 652.)

Weens die feit, egter, dat die voorgeskrewe straf in artikel 35(1) van Wet 59 van 1972 vir 'n *minimum-vonnis* voorsiening maak en dus binne die *Vierde Bylae* van die Strafproseswet val, sal howe in Transvaal en Natal nou geregtig wees om 'n vonnis ingevolge artikel 35(1) in sy geheel op te skort mits die beskuldigde aangheou word totdat die hof verdaag.

CF KLOPPER
Streeklanddros Ermelo

BESKERMING VAN DIE MINDERJARIGE ERFGENAAM INGEVOLGE ART 43 VAN DIE NUWE BOEDELWET

Artikels 43 en 44 van die nuwe Boedelwet 66 van 1965 maak voorsiening vir die beskerming van roerende bates waarop minderjarige erfgename geregtig is. Hierdie twee artikels reël onderskeidelik die posisie waar die roerende goed onbelas en belas met 'n vruggebruik, fidusiêre reg of ander soortgelyke reg aan die minderjarige toekom.

ARTIKEL 43: ROERENDE BATES SONDER ENIGE BEPERKINGS

Ingevolge sub-artikel (6) *moet* die eksekuteur alle kontant waarop 'n minderjarige geregtig is by die meester stort waar dit teen 'n sekere rentekoers (tans 6½% p.j.) wat jaarliks gekapitaliseer word, gehou word tot meerderjarigwording. 'n Uitsondering word egter in sub-artikel (1) geskep indien die testament anders sou bepaal of die minderjarige 'n natuurlike voog sou hê. In laasgenoemde geval is die natuurlike voog daarop geregtig om die roerende bates dws kontant sowel as ander los bates vir en ten behoeve van die minderjarige te ontvang. Ingevolge sub-artikel (2) is die lewering daarvan egter onderworpe aan die stel van *sekuriteit* tot bevrediging van die meester.

Alhoewel 'n natuurlike voog geregtig is op kontant wat 'n minderjarige toekom, blyk dit duidelik uit *Ex parte Reid* 1967 2 SA 394 (K) dat dit slegs in uitsonderlike omstandighede aan so 'n voog betaal sal word in plaas van om by die meester inbetaal te word. Dit moet tot voordeel van die minderjarige strek en die verkryging van 'n hoër rentekoers alleen is nie genoeg motivering nie. Dit is egter eienaardig

dat die hof in die aangehaalde saak nogtans toestemming tot uitbetaling verleen het terwyl die hoofdoel van die aansoek tog maar die verkryging van 'n hoër rentekoers was.

Sub-artikel (6) verwys na kontant waarop 'n minderjarige volgens 'n likwidasië- of distribusierekening geregtig is. Die uitsondering in subartikel (1) verwys slegs na die distribusierekening en daaruit blyk duidelik dat die natuurlike voog van 'n minderjarige skuldeiser teen 'n boedel nie geregtig is om enige kontant vir en ten behoeve van 'n minderjarige te ontvang selfs teen verskaffing van die nodige sekuriteit nie.

As natuurlike voog word gereken die vader van 'n wettige minderjarige en die moeder van 'n onwettige minderjarige of van 'n wettige minderjarige wie se vader oorlede is. Die toekenning van die uitsluitlike voogdy oor 'n minderjarige aan een van die ouers is egter 'n absolute diskwalifikasie van die ander ouer as natuurlike voog. Dit geld selfs na die dood van die ouer wat die uitsluitlike voogdy verkry het.

ARTIKEL 44: ROERENDE BATES ONDERWORPE AAN VRUGGEBRUIK, FIDUSIËRE REGTE OF ANDER SOORTGELYKE BELANG

Sub-artikel (1) bepaal dat waar 'n minderjarige of ongeboore erfgenaam 'n belang in roerende goed verkry weens 'n bemaking kragtens 'n testament wat meer as 12 maande na inwerkingtreding van die Boedelwet 1965 (wat op 2.10.1967 in werking getree het) verly is, en sodanige bemaakte roerende goed is onderworpe aan 'n vruggebruik, fidusiëre reg of ander soortgelyke belang ten gunste van iemand anders (wat 'n natuurlike voog, voog of kurator insluit) moet die eksekuteur in die geval van 'n som geld, dit by die meester inbetaal en in die geval van ander roerende goed, op die wyse wat die meester gelas daarmee handel. Die kontant en ander roerende goed word egter nie aan genoemde persoon betaal of gelewer nie, tensy die meester anders gelas, alvorens sodanige persoon *mutatis mutandis* op die in sub-artikel (2) van artikel drie-en-veertig bepaalde wyse sekerheid gestel het nie.

Sub-artikels (1)(a) en (b) is hier duidelik in direkte botsing met mekaar. Die een reël die inbetaling van kontant as 'n absolute verpligting terwyl die ander een voorsiening maak vir die uitbetaling daarvan teen stelling van sekuriteit. Die wetgewer het hier duidelik per abuis 'n voorbehoudsbepaling in sub-artikel 1(a) weggelaat.

Op die vereiste van sekuriteit ingevolge artikel 44 is daar een uitsondering afkomstig uit die Romeins-Hollandse reg, naamlik dat 'n vader wat die vruggebruik van sy minderjarige kind se bates geniet, nie sekuriteit hoef te stel nie. Hierdie beginsel is gevolg in *Van Staden v Van Wyk* 1958 2 SA 682 (O) en ander sake daar aangehaal. In ge-

noemde saak was regter Grobler nie bereid om dit uit te brei na die moeder van 'n minderjarige nie alhoewel dit tog op billikheidsgronde geregverdig kon word. Die agbare regter het uitdruklik aangedui dat dit die taak van die wetgewer is om hier in te gryp. Sewe jaar later toe die nuwe Boedelwet aangeneem is, was so 'n wysiging nog steeds afwesig!

WYSE VAN SEKERHEIDSTELLING

Die meester besit hier 'n diskresie om oor die aard van die sekuriteit te beslis. As gevolg van die oorname van bates ingevolge artikel 38 deur langslewende eggenotes word dikwels van 'n voogdyfondsverband gebruik gemaak. Dit is 'n verband oor vaste eiendom deur die langslewende ten gunste van die meester gegee ter versekering van die minderjarige se erfenis. Hierdie tipe verband kom ook voor by sekerheidstelling deur die natuurlike voog, vruggebruiker en *fiduciarius*. Andersyds word ook dikwels van 'n akte van sekerheidstelling deur 'n versekeringsmaatskappy gebruik gemaak. Soms word selfs 'n sessie van versekeringspolisse in die guns van die meester aanvaar mits sodanige polisse 'n afkoopwaarde verwerf het wat voldoende sekuriteit verleen.

My kritiek teen al hierdie vorms van sekerheidstelling is juis dat hier geen voorsiening vir die betaling van rente gemaak is nie. Wat die minderjarige nou erf, is die presiese bedrag wat hy eendag as meerderjarige gaan ontvang. Daar is geen rente op die verband betaalbaar nie. Hierteenoor staan die minderjarige wie se erfenis van R10 000 op 'n ouderdom van 1 jaar in die voogdyfonds gestort is en teen 'n rentekoers van 6½% per jaar by meerderjarigwording, gestel 21 jaar, 'n bedrag van R35 236-10 beloop!

By hierdie kritiek sluit ek egter die sekerheidstelling wat deur vruggebruikers, *fiduciarii* en soortgelyke reghebbendes gegee word uit daar hulself op die rente geregtig is en nie die minderjarige nie. My beswaar is veral gerig teen die sekuriteit wat deur natuurlike voogde in hul hoedanigheid as langslewendes verskaf word. Weens die oorname van bates ingevolge artikel 38 word die minderjarige erfgenaam se deel in 'n geldsom omskep en in die voogdyfonds gestort of verseker. By die oorweging van so 'n aansoek om oorname deur die meester is een van die vernaamste faktore die beskerming van die minderjarige teen benadeling. Tog word die minderjarige telkens op die ernstigste wyse benadeel. Veel eerder sou die minderjarige wou deel in die boedelbates wat as onroerende eiendom jaarlikse huurgeld en kapitale groei sal inhou of roerende bates wat te gelde gemaak kan word en as kontant rente kan oploop tot sy meerderjarigwording. Sy aandeel in die boedel word egter oorgeneem en sy kontantporsie word renteloos verseker – 'n beskerming wat op kort termyn gebillik voorkom, maar

oor langer periodes soos in die voorbeeld hierbo geen betekenis het nie.

Waar die boedelwetgewing en die taak van die meester juis gekonsentreer is op die beskerming van die minderjarige kan ek nie anders as om dringende wetgewing te bepleit wat vir die betaling van rente by sekerheidstelling in verband met erfposies voorsiening maak nie.

LFJ TALJAARD

Lid van die Bloemfonteinse Balie

Justice is always the same, whether it be due from one man to a million, or from a million to one man.

Nock Memoirs of a Superfluous Man

“ . . . modern commercial life is far more intense and complex than it was in Roman times, but even in the Roman law there occurred development in the principles of the contract to meet the evolving commercial needs of the age. Misrepresentation in a modern contract, such as the sale of shares in a company, is vastly different from misrepresentation in the sale of slaves or animals or wine or corn.”

E MORRIS SC 1973 3 SA 397 (A) 403-4

Vonnisse

S v PATHER 1973 3 SA 164 (N)

Statutêre misdaad - Skuld 'n vereiste - Aard van las wat beskuldigde dra

Die geaardheid van die las wat 'n beskuldigde ten opsigte van die skuldvereiste by 'n statutêre misdaad dra, is tans in die smeltkroes. Hierdie saak is een van 'n reeks wat daarop dui dat ons howe besig is om geleidelik en versigtig 'n verligte rigting in te slaan. Om die uitspraak in perspektief te plaas is dit nodig om 'n kort oorsig van die ontwikkeling van die bewyslas in strafsake te gee.

Op die Vasteland en tot betreklik onlangs in Engeland (en dus ook in Suid-Afrika) is daar nie tussen bewyslas en weerleggingslas ("evidential burden") onderskei nie. As die bewyslasdraer 'n *prima facie*-saak uitmaak of deur 'n vermoede begunstig word - so was die opvatting - dan skuif die las na die teenparty om daardie saak of vermoede te weerlê. Die las wat aldus op hom geplaas word, is die egte bewyslas, met die gevolg dat hy die onderspit delf indien hy nie daarin slaag om die teendeel te bewys nie. In 'n strafsak beteken dit dan dat die beskuldigde wat gekonfronteer word met 'n *prima facie*-saak of 'n vermoede met 'n oorwig van waarskynlikheid bewys moet lewer indien hy 'n skuldigbevinding wil afweer. Aldus het sir Michael Foster (*Crown Cases and Discourses on Crown Law* 1762 p 255) verklaar:

"In every charge of murder, the fact of killing being first proved, all the circumstances of accident, necessity, or infirmity are to be satisfactorily proved by the prisoner unless they arise out of the evidence produced against him; for the law presumeth the fact to have been founded in malice, until the contrary appeareth."

En op dieselfde grondslag is in die McNaghten-reëls bepaal dat omdat elke persoon vermoed word geestelik gesond te wees, moet die beskuldigde wat sy kranksinnigheid as verweer aanvoer, bewys dat hy kranksinnig was.

Hierdie verwarring tussen bewyslas en weerleggingslas het ook in verband met statutêre oortredings sy kop uitgesteek. Daar is naamlik geredeneer dat indien die staat kan bewys dat die beskuldigde dit gedoen het wat by wet verbied word, is die misdaad *prima facie* bewese en moet die beskuldigde enige verweer wat hy dan opper, bewys. Die klassieke Engelse gewysde is *R v Tolson* (1889) 23 QBD 168. Op 175 verklaar regter Wills:

“Prima facie the statute was satisfied when the case was brought within its terms, and it then lay upon the defendant to prove that the violation of the law which had taken place had been committed accidentally or innocently as far as he was concerned.”

Dit sou dan beteken dat indien ’n statutêre misdadoomskrywing niks uitdruklik omtrent die skuldvereiste sou vermeld nie, maar dit tog geïnterpreteer word om skuld te vereis, sou die beskuldigde ’n verweer dat hy die verbode handeling onopsetlik gedoen het moet bewys. Dienooreenkomstig is in Suid-Afrika beslis dat indien daar getuienis is dat die beskuldigde ’n polisieman belemmer het in die uitvoering van sy pligte, die beskuldigde moet bewys dat hy nie geweet het dat die persoon wat hy belemmer het ’n polisieman was nie (*R v Wallendorff* 1920 AD 383); en dat indien bewys word dat ’n Blanke-beskuldigde met ’n Bantoevrou omgang gehad het, die beskuldigde moet bewys dat hy nie geweet het dat die vrou ’n Bantoe was nie (*R v H* 1944 AD 121). Albei dié gevalle het te doen met ’n verweer van feitelike dwaling en dus die afwesigheid van ’n wederregtelike bewussyn, maar die beginsel het wyer gestrek. Dit is byvoorbeeld ook toegepas ten opsigte van ’n verweer van outomatisme (*R v H* 1962 1 SA 197 (A)).

Dit is welbekend dat lord Sankey in *Woolmington v Director of Public Prosecutions* 1935 AC 462 481 ontdek het dat ’n goue draad deur die Engelse strafreg loop, te wete dat dit die staat se plig is om al die elemente van die misdaad te bewys. Dit beteken, wat die skuldvereiste in ’n moordsaak betref:

“If, at the end of and on the whole of the case, there is a reasonable doubt, created by the evidence given by either the prosecution or the prisoner, as to whether the prisoner killed the deceased with a malicious intention, the prosecution has not made out the case and the prisoner is entitled to an acquittal.”

Dat so ’n goue draad bestaan is miskien nie verbasend nie. Wat wel verbasend is, is dat die Engelse tot 1935 moes wag voordat dit ontdek is en dat ons tot 1945 moes wag totdat dit ook by ons reg ingevleg is (*R v Ndhlovu* 1945 AD 369). Hoe dit ook sy, daarmee is bewyslas en weerleggingslas behoorlik onderskei. Daar word besef dat die bewyslasreëling nie geraak behoort te word deur die feit dat een van die partye daarin geslaag het om *prima facie*-bewys voor te lê nie. Die bewyslas bly in ’n strafszaak op die staat; en as die staat daarin slaag om ’n *prima facie*-saak teen die beskuldigde op te bou of ’n vermoede teen hom in werking te stel, dan word die bewyslas nie op die beskuldigde geplaas nie maar slegs ’n las om die *prima facie*-saak of die vermoede te weerlê. Weerlegging vind plaas as die staat se getuienis geneutraliseer word (as die skaal in ewewig gelaat word), al slaag die beskuldigde nie daarin om sy weergawe te bewys nie.

Sedert *Woolmington* en *Ndhlovu* word die skuldvermoede dan korrek toegepas. Terwyl appèlregter Kotzé nog vóór dié ontwikke-

ling kon sê (in *R v Butelezi* 1925 AD 160 169), "As the killing of a human being is in law presumed to be malicious and to amount to murder, it rests on an accused person to show that, in killing another, he had no intention of doing so", verklaar waarnemende appèlregter Davis nou in *Ndblovu* (386) van die beskuldigde se versuim om sy doodslag te verduidelik: "Notwithstanding the absence of such an explanation, if on a review of all the evidence, whether led by the Crown or by the accused, the jury are in doubt whether the killing was unlawful or intentional, the accused is entitled to the benefit of the doubt".

Volgens sowel *Woolmington* as *Ndblovu* word twee uitsonderings aangetref op die reël dat die staat altyd die bewyslas dra, te wete (i) wanneer die beskuldigde sy ontoerekeningsvatbaarheid weens krank-sinnigheid in geskil plaas en (ii) wanneer die wetgewer die bewyslas uitdruklik of stilswyend op die beskuldigde werp.

Die uitsondering met betrekking tot kranksinnigheid is 'n anomalie wat uitsluitlik aan die gewig van die McNaghten-reëls toegeskryf moet word. Dit is egter onverklaarbaar waarom die hoogste Engelse hof hom daaraan gebonde geag het terwyl hy die grondslag daarvan so onomwonde verwerp het. Hierdie uitsondering is eenvoudig onversoenbaar met die duidelike *ratio* van *Woolmington* en *Ndblovu*.

Die tweede uitsondering kan natuurlik nie betwis word nie: die wetgewer is bevoeg om die bewyslas te plaas waar hy wil. Maar dit wil nie sê dat die uitleg van 'n statutêre bepaling wat na bewering die bewyslas stilswyend oplê, nie in die lig van die nuwe beskouing moet geskied nie. Die uitleg in *Tolson* (dat indien die statutêre bepaling geen absolute verbod is nie, maar *mens rea* stilswyend vereis, en die staat kan bewys dat die beskuldigde se handeling aan die misdaadsomskrywing voldoen, dan moet die beskuldigde die afwesigheid van *mens rea* bewys) bots klaarblyklik ook met die *ratio* van *Woolmington* en *Ndblovu*. Maar tot onlangs is dit blykbaar nie eens oorweeg of dié vertolking sedert die ontdekking van die goue draad nog aanvaarbaar is nie. Blykbaar is sonder meer aangeneem òf dat *Woolmington* oor iets anders gehandel het òf dat die tweede uitsondering in *Woolmington* ook die bestaande *vertolking* van statutêre bepalings uitsonder.

Dit is egter duidelik dat *Woolmington* in die tweede uitsondering slegs die vanselfsprekende gekonstateer het, dws dat die parlement as hy wil die volle, egte bewyslas op die beskuldigde *kan* plaas en sodoende van die nuutgestelde beginsel van die gemene reg *kan* afwyk. Maar dit spreek immers ook vanself dat by ontstentenis van besondere andersduidende faktore die uitleg van 'n wetsbepaling ooreenkomstig die gemene reg moet geskied. Die nuwe benadering wat

in *Woolmington* uiting gevind het behoort dus ook te geld wanneer nagegaan word watter uitwerking 'n besondere wetsbepaling op die bewyslas het. Die vertolking ten effekte dat die beskuldigde enige verweersgrond wat hy in geskil plaas, moet bewys sodra die staat bewys het dat hy 'n handeling gedoen het wat aan die statutêre misdadoms krywing voldoen, behoort dus ná *Woolmington* verwerp te gewees het. Dat dit nie gedoen is nie beteken dat die howe aan ou presedente vasgekleef het sonder om te besef dat die *ratio* daarvan verwerp is. 'n "Korrekte" vertolking (dws een wat aan die beginsel in *Woolmington* uiting gee) sou wees dat die beskuldigde in die gemelde omstandighede slegs sy verweersgrond in geskil moet plaas en die vermoedens wat moontlik uit die bewys van sy handeling voortspruit, moet weerlê (dat hy dus slegs 'n weerleggingslas dra), en dat die egte bewyslas ten opsigte van *al* die elemente van die misdaad op die staat bly rus.

'n Eienaardige wending het in die laat-sestigerjare ingetree waarvolgens die *Tolson*- en *Wallendorf*-presedente na dit wil voorkom nie geag word van toepassing te wees nie wanneer *culpa* (nie *dolus* nie) ten opsigte van die statutêre misdaad ter sprake kom. Presies hoe ver hierdie wending gaan is egter nog nie 'n uitgemaakte saak nie, ten spyte van aansienlike onlangse regspraak daaroor (sien *S v Jassat* 1965 3 SA 423 (A); *S v Qumbella* 1966 4 SA 577 (A); *S v Williams* 1968 4 SA 81 (SWA); *S v Swanepoel* 1970 2 SA 515 (O); *S v Wandrag* 1970 3 SA 151 (O); *S v Marais* 1971 1 SA 844 (A); *S v Mofokeng* 1973 2 SA 89 (O); *S v Sibitane* 1973 2 SA 593 (T); en *S v Fouchè* 1973 3 SA 308 (NK)). Ofskoon dit anomalies is om *culpa*-misdade anders as *dolus*-misdade te behandel, is hierdie ontwikkeling (indien dit inderdaad die strekking daarvan is) te verwelkom aangesien dit dan ten minste die vertolking wat volgens moderne opvattinge korrek is op die *culpa*-misdade van toepassing maak.

In twee van hierdie sake spreek die regters hul misnoeë met die *Tolson*-reël uit. In *Qumbella* verklaar appèlregter Holmes (op 366) dat dit nodig mag word om dié reël in die toekoms te hersien in die lig van die fundamentele beginsel van die strafreg dat *mens rea* 'n element van 'n misdaad is en dat die staat ten opsigte van elke element deurgaans die bewyslas dra. Meer onlangs verklaar regter Hiemstra (in *Sibitane* op 594):

"To say that *mens rea* is an element of the offence but that its presence will be presumed until the accused disproves it, defies the established common law principles of proof of guilt. The origin of this rule is an English case, *R v Tolson*, 23 QBD 168, which was introduced into our law via *R v Wallendorf*, 1920 AD 383 at p 401, and firmly entrenched in *R v H* 1944 AD 121 at p 127. Despite the return to pure first principles in regard to the proof of intention in murder, which was accomplished in *R v Ndhlovu*, 1945 AD 369, this distorted rule has persisted and has been applied in numerous cases . . ."

Hoewel die regter sou verkies dat die staat die bewyslas dra, vind hy hom dan gebonde aan die appèlhofbeslissings waarin *Tolson* gevolg is.

Dit is dan die agtergrond van die saak onder bespreking: *Tolson*, *Wallendorf* en *H* stel nog steeds die positiewe reg ondanks die verandering wat deur *Woolmington* en *Ndblovu* ingetree het en ondanks die toenemende besef dat eersgenoemde sake op verouderde en verwerpte beskouings omtrent die bewyslas in strafsake berus. Die moontlikheid bestaan wel (ek meen dit is sterk) dat dié presedente by die volgende geskikte geleentheid deur die appèlhof omvergewerp sal word, maar intussen is alle ander howe daaraan gebonde.

In die onderhawige saak is die appellant op grond van 'n statuêre bepaling daarvan aangekla dat hy 'n obsene rolprentfilm besit het. Die landdros het hom skuldig bevind. By appèl is deur die staatsadvokaat toegegee dat die betrokke bepaling geen absolute verbod is nie. Skuld word dus vereis en die beskuldigde kan hom beroep op die verweer dat hy nie geweet het dat die film pornografies was nie. (Sien nou in dié verband *S v Brick* 1973 2 SA 571 (A).) Maar wie dra die bewyslas ten opsigte van hierdie verweersgrond?

Regter Henning verklaar (op 167):

“*Mens rea* may, of course, be proved not only by direct evidence, but also by inference. It is one thing, however, to say that upon proof by the State of certain facts in a criminal prosecution the *onus* is upon the accused to establish his innocence, and an entirely different matter to say that if facts are established from which, *prima facie*, an inference adverse to an accused can properly be drawn, they may become proof beyond reasonable doubt in the absence of any evidence to the contrary. In the first instance there is an *onus* upon an accused to establish his innocence on a balance of probabilities in order to escape conviction, whilst in the second the *onus* rests throughout on the prosecution and falls to be discharged beyond reasonable doubt.”

Dan volg die volgende belangrike stelling:

“The decisions in *Rex v Wallendorf*, *R v H* and other judgments following the same lines, are readily reconcilable with other decisions pointing in the opposite direction if, in the former, by the use of the word ‘*onus*’, it was meant the so-called evidential burden of producing evidence in rebuttal of *prima facie* proof of guilt.”

Dit is egter nie vir hom nodig om te besluit of hierdie vertolking van *Wallendorf* en *H* korrek is en, gesien die presedenteleer, vir hom moontlik is nie, want die beskuldigde het geen getuienis aangevoer om die *prima facie*-saak ten hom te weerlê nie. Hy is dus skuldig, van watter hoek mens dit ook beskou.

Hoewel regter Henning se verklaring aangaande die bewyslas-kwessie dus *obiter* is, is hierdie saak noemenswaardig omdat dit (1) nog 'n judisiële bevraagtekening van die gewraakte bewyslasreëling by

statutêre misdaad bevat, (2) die verskil tussen die egte bewyslas en die las om *prima facie*-bewys te weerlê baie helder stel en (3) die rigting van die verwagte toekomstige verandering aandui.

Die verandering wat aldus in die vooruitsig gestel word is belangrik maar nie ingrypend nie. Al wat hoef te gebeur is dat die woord *onus* in *Tolson* en die daaropvolgende sake beskou moet word as “evidential *onus*” en nie “*onus* of proof” nie, “weerleggingslas” en nie “bewyslas” nie.

CWH SCHMIDT

Universiteit van Suid-Afrika

MINISTER OF FORESTRY v QUATHLAMBA (PTY) LTD
1973 3 SA 69 (A)

Aanspreeklikheid vir 'n late - Regsplig - Onregmatigheid - Nalatigheid

'n Feitestel analoog aan die bekende Romeinsregtelike geval van versuim om beheer oor 'n vuur uit te oefen (*D* 9 2 27 9) het in hierdie saak voorgekom. Op 7 Augustus 1968 het 'n brand op die appellant (verweerder) se grond ontstaan wat, volgens getuienis, nie deur die verweerder of sy werknemers geskep is nie. Die vuur word dieselfde dag geblus, en as voorsorgmaatreël teen 'n heruitbreek daarvan word wagte in 'n uitkykpos geplaas. Die nag van 7-8 Augustus ontbrand die vuur weer maar dit word betyds onder beheer gebring. Op 8 Augustus breek die vuur egter 'n derde keer uit en, aangedryf deur 'n sterk wind, raak dit buite beheer en rig aansienlike skade op die respondent (eiser) se grond aan (sien 78-79 van die verslag). Die hof moes beslis of die verweerder vir die skade aanspreeklik is.

Ten einde tot 'n beslissing te kom, moes die appèlhof eerstens vasstel of daar 'n plig op die verweerder gerus het om beheer oor die vuur uit te oefen. Hoofregter Ogilvie Thompson aanvaar dat 'n blote late (“an omission *stricto sensu*”) nie aanspreeklikheid *ex lege Aquilia* kan funder nie. Aanspreeklikheid weens 'n late is afhanklik van die bestaan van 'n regsplig (“legal duty”) om positief handelend op te tree (80H-81A). Hierdie beginsel vind volgens hom die beste illustrasie in die sogenaamde munisipaliteitsake, waar 'n regsplig om op te tree dan slegs sou ontstaan indien die late aan “prior conduct” gekoppel is (81A en D). Oor die verskillende omstandighede wat tot die ontstaan van 'n regsplig aanleiding kan gee, wil die hoofregter hom nie in die algemeen uitlaat nie. Hy beperk sy beslissing streng tot die omstandighede van die onderhawige geval. Sy slotsom is dat die reg wel in die besondere omstandighede, onafhanklik van voorafgaande positiewe optrede, 'n regsplig op die grondeienaar plaas om beheer uit te oefen oor vuur wat op grond onder sy kontrole voorkom. Hy stel dit so (81H-82A):

"Purely as a matter of language, it is no doubt correct to say that where the landowner bears no responsibility for the origin of a fire which is burning on his property, his failure to take steps to endeavour to control or extinguish it is an 'omission' which is not 'connected with prior conduct'. To relieve such a landowner of all legal liability solely upon that ground would, however, in my opinion, be to ignore both practical realities and what I conceive to be our law. For, in the circumstances postulated above, the law, in my opinion, imposes a duty upon the landowner to take, within the range of his capacities, reasonable steps to control or extinguish a fire liable to cause damage to another."

Hierdie siening kan in beginsel onderskryf word. Daar word miskien net nog te veel gewig aan die "prior conduct"-leerstuk toegeken; so asof "prior conduct" die algemene vereiste vir die ontstaan van 'n plig om te handel is en daar slegs by wyse van uitsondering van dié vereiste afgewyk kan word. Dit is natuurlik nie so nie, en veral wat die onderhawige geval betref kan die "prior conduct"-leerstuk gerus links gelaat gewees het; reeds in die gemene reg is aanspreeklikheid geknoop aan die versuim om beheer oor 'n gevaarlike voorwerp uit te oefen sonder dat daar 'n voorafgaande positiewe optrede by die aanspreeklikgestelde hoef te gewees het (sien Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* 1970 44 e.v). Nietemin is die belangrikheid van die uitspraak onses insiens daarin geleë dat daar nou erkenning verleen word aan die soepeler benadering wat appèlregter Steyn reeds in sy minderheidsuitspraak in *Silva's Fishing Corp (Pty) Ltd v Mawezza* 1957 2 SA 256 (A) voorgestaan het. Appèlregter Steyn het naamlik gesê (en dié woorde word nou met goedkeuring deur die hoofregter aangehaal op 82 B-C):

"But there is a variety of circumstances, some of them unconnected with prior conduct, which imposes the duty to act in order to avoid reasonably foreseeable loss to another. The circumstances which will give rise to such a duty may differ according to conceptions prevailing in a particular community at a given time."

Alhoewel die hoofregter *de lege ferenda* geen algemene beginsel wou formuleer nie, kan 'n mens tog die afleiding maak dat, wat die toekoms betref, volgens omstandighede bepaal sal word of daar 'n regsplig bestaan het om positief handelend op te tree, sonder om noodwendig na die dikwels gefingeerde "prior conduct" te soek. *De lege lata* formuleer die hof die regsplig in die onderhawige geval soos volg (en verwerp dit sodoende *Van Reenen v Glenlilly, Fairfield and Parow Village Management Board* 1936 CPD 315):

"Despite his innocence regarding the origin of the fire on his property, the landowner's failure, in the circumstances presently under discussion, to take any steps to attempt to regulate or extinguish the fire falls, in my opinion, outside the category of 'mere omission' because the landowner is in control of the property which - albeit without fault on his part - has by reason of the fire burning upon it, become a potential hazard to others. In such a situation there exists, in my opinion, a duty upon the landowner to act reasonably in an endeavour to avoid foreseeable harm to others."

Hoewel daar met die hoofregter se slotsom saamgestem moet word, blyk dit tog uit hierdie *dictum* asook die *dicta* wat die hoofregter met goedkeuring aanhaal uit *Cape Town Municipality v Paine* 1923 AD 207 216–217 en die *Silva*-saak (*supra* 264–265) (sien 81B–C en 82 B–C van die verslag) dat die hoofregter, hoofsaaklik in navolging van die Engelsregtelike “duty of care”-leerstuk, nie prinsipiële tussen die onregmatigheidsvereiste en die nalatigheidsvereiste onderskei nie. Onses insiens is dit egter van die grootste belang dat die onderskeid tussen dié twee elemente van die onregmatige daad steeds voor oë gehou word. Dit geld nie slegs vir die regs wetenskap wat ’n evaluering en sistemativering van regs norme asook die abstrahering van beginsels daaruit beoog nie, maar ook vir die regspraktiek, want begripsverwarring lei maar alte maklik tot onbillike resultate.

Om dié rede staan ons agtereenvolgens kortliks stil by die onregmatigheidsvereiste en die nalatigheidsvereiste in verband met deliktuele aanspreeklikheid weens ’n late.

In ons reg is ’n persoon nie in alle gevalle aanspreeklik waar sy late tot skade of persoonlikheidskrenking vir ’n ander aanleiding gee nie. Aanspreeklikheid volg slegs indien die late boonop onregmatig was. En ’n versuim om die aantasting van ’n regs goed van ’n ander te voorkom, is slegs onregmatig indien daar ’n *regspilig* bestaan het om handelend op te tree. Of sodanige *regspilig* bestaan, word beantwoord aan die hand van gemeenskapsopvattinge. Appèlregter Rumpff stel die onregmatigheidskriterium baie duidelik met betrekking tot die interdik in *Regal v African Superslate* 1963 1 SA 102 (A) 121F–H:

“Daar mag ’n veelheid van omstandighede wees, waarvan nie almal vasgeknoop kan word aan ’n voorafgaande daad nie, wat wel ’n plig om handelend op te tree sal laat ontstaan . . . Die omstandighede wat tot so ’n plig aanleiding sal gee, mag verskil *volgens die opvattinge wat heers in ’n besondere gemeenskap op ’n bepaalde tyd*. Wanneer ’n eenaar weet dat op sy grond gevaar is, deur homself nie daar geplaas, maar wat hy vermoed sy buurman skade kan berokken . . . rus daar myns insiens ’n plig op hom om handelend op te tree, mits dit redelik moontlik is,* om die gevaar onskadelik te maak.”

(Ons kursiveer - sien ook Van der Merwe en Olivier a w 61–63 en die gesag daar aangehaal.)

Die toets om te bepaal of die late onredelik en gevolglik gemeenskapstrydig was, is *suiwer objektief* (Van der Merwe en Olivier a w 119 e v) en behoort dus te geskied met verwysing na die omstandighede wat *werklik* aanwesig was en die gevolge wat *werklik* ingetree het

*Indien effektiewe optrede nie redelik moontlik is nie - soos in die *Regal*-saak - ontbreek onregmatigheid weens die regverdigingsgrond *lex non cogit ad impossibilia*. Let daarop dat dit by die regverdigingsgrond onmoontlikheid, anders as by die vraag of daar hoegenaamd gehandel is, nie gaan om fisiese moontlikheid of onmoontlikheid nie maar om wat redelikerwys volgens verkeersmaatstawwe van ’n persoon verwag kan word.

(sien Van Rensburg *Normatiewe Voorsienbaarheid as Aanspreeklikheidsbegreningsmaatstaf in die Privaatreg* 1972 19 n 64). Dit is belangrik om daarop te let dat die feit dat daar "prior conduct" aanwesig was, 'n *sterk aanduiding* van die bestaan van 'n regsplig kan wees. "Prior conduct" is egter nie 'n noodwendige vereiste nie. Ook ander faktore, soos die feit dat 'n persoon beheer oor 'n gevaarlike voorwerp uitoefen, of dat 'n wet of ander regsreël sekere pligte aan 'n persoon oplê, kan aanduidend van die bestaan van sodanige regsplig wees.

Aan sodanige faktore moet egter nie oormatig veel gewig toegeken word nie. Die bestaan van 'n regsplig moet steeds konkreet beoordeel word, dit wil sê veral met verwysing na die gewraakte, werklik ingetrede regsgoedkrenking. Indien 'n wetsbepaling byvoorbeeld aan 'n afdelingsraad in die Kaapprovinsie 'n publiekregtelike plig oplê om sekere paaië in 'n goeie toestand te hou, beteken dit nog nie dat die nie-nakoming van daardie plig wat skade vir 'n ander meebring, sonder meer deliktuele onregmatigheid daarstel nie. Die vraag moet telkens gestel word of daar 'n plig op die verweerder gerus het om die regsgoedkrenking wat inderdaad ingetree het, te voorkom. Ook is byvoorbeeld die moeder wat haar kind deur verhongering opsetlik laat omkom, nie weens moord aanspreeklik omdat sy haar familieregtelike onderhoudsplig nie nagekom het nie, maar omdat daar volgens die *boni mores* (juis in die lig van haar familieregtelike plig) 'n plig op haar gerus het om die dood van haar kind te voorkom deur voedsel aan hom te verskaf. (Dit is 'n vraag of verwysing na die *boni mores* in hierdie geval hoegenaamd nodig is aangesien 'n mens hier waarskynlik reeds 'n uitgekristalliseerde reël het dat die moeder se late in hierdie omstandighede met betrekking tot die bepaalde gevolg sonder twyfel strafregtelik wederregtelik is.)

Indien 'n mens 'n voorafgaande plig in die abstrakte, dit wil sê los van die gevolg wat inderdaad ingetree het, gaan soek, verval 'n mens spoedig in die probleem van *dubbele wederregtelikheid* of onregmatigheid. Dit moet ten alle koste vermy word (sien JP VerLoren van Themaat se bespreking van die eerste uitgawe van *De Wet en Swanepoel* 1951 *THRHR* 301 315-316).

Die gegewe dat die familiereg, die strafreg, die administratiefreg of welke deel van die reg ook al, 'n plig aan 'n persoon oplê om 'n sekere handeling te verrig, kan egter, soos gesê, 'n *belangrike faktor* wees by die beoordeling of deliktuele onregmatigheid aanwesig is waar die nie-nakoming van die betrokke plig tot die aantasting van die regsgoed van 'n ander aanleiding gee. Om hierdie rede is ons ook van mening dat dit vir die onderhawige saak van besondere belang was dat die strafreg aan 'n grondeienaar die plig oplê om redelike stappe te doen om die verspreiding van 'n vuur van sy grond af te voorkom (sien a 21(4)(b) van Wet 72 van 1968 soos vervang deur a 5 van Wet 37 van 1971). Die hoofregter se verwysing na dié wetsbepaling hoef,

met alle respek, dus nie so skroomvallig en terloops te gewees het nie (sien 83E-F van die verslag).

Aan die ander kant moet die reëls van ander gebiede van die reg nie sonder meer vir die onregmatige daad deurslaggewend gemaak word nie. Die *boni mores* bly by die bepaling van die moontlike onregmatigheid van 'n late steeds die maatstaf waar reeds uitgekristalliseerds onregmatigheidsnorme ontbreek, en in hierdie verband word met die *boni mores* die gemeenskap se opvatting van wat *deliktueel* reg of verkeerd is, bedoel (sien Strauss *Toestemming tot Benadeling as Verweer in die Strafreë en die Deliktereë* 418 en 422). 'n Regulasie wat sonder twyfel slegs natuurbewaring ten doel het, kan byvoorbeeld nie aangegryp word om die beskerming van die fisiese integriteit van 'n individu teen aantasting deur 'n late van 'n ander te bewerkstellig nie. Die Vastelandse *Normzweck*-leer sou 'n nuttige funksie op hierdie besondere gebied van ons deliktereë kan vervul (sien byvoorbeeld Asser-Rutten *Nederlands Burgerlijk Recht* derde deel tweede stuk 473 ev). Ons stem dan ook nie saam met die beslissing in *Victoria East Divisional Council v Pieterse* 1926 EDL 38 waar die regter die alleenstaande feit dat afdelingsrade statutêr verplig is om sekere herstelwerk aan paaië te doen, vir die vraag na die moontlike deliktuele aanspreeklikheid weens 'n versuim om die plig uit te voer, as deurslaggewend beskou het nie.

Indien dit eenmaal vas staan dat daar 'n regsplig bestaan om deur 'n positiewe dadigheid die aantasting van 'n bepaalde regsgoed te voorkom, is 'n nalate van die regsplig wat kousaal met die skending van die regsgoed verbind is, in afwesigheid van 'n regsverdigingsgrond ongetwyfeld onregmatig. Die plig is in dié geval eenvoudig die keersy van die reg op die besondere regsgoed, sodat die geringste nie-nakoming daarvan die reg in 'n gelyke mate aantast en daarom onregmatig is. Dit beteken egter nie dat 'n persoon wat deur sy late skade onregmatig veroorsaak sonder meer *ex lege Aquilia* aanspreeklik is nie - daarvoor is skuld (opset of nalatigheid) 'n verdere vereiste.

Hoofregter Thompson sien egter nie die regsplig in hierdie lig nie. Uit die *dicta* waarna hierbo verwys is, is dit duidelik dat die regsplig vir hom bloot bestaan *in redelike optrede tot die voorkoming van voorsienbare skade*. Dit gaan dus eintlik om die vraag na nalatigheid - die toets waarvoor is of die redelike man skade aan ander sou voorsien het en in die lig daarvan anders as die dader sou opgetree het (*Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A) 430). Sodoende negeer hy die vraag of die versuim ook onregmatig was. Die omvang en nie-nakoming van die regsplig het vir die hoofregter met onregmatigheid niks te make nie.

So verklaar hy verder:

"[T]hat the duty which I have held rests upon a landowner does not of course create an absolute liability. The scope of the duty, and whether it has been

breached, must inevitably depend upon the circumstances of the particular case. When adjudicating upon an allegation of negligence against a landowner regarding his failure to control a fire on his property, a variety of considerations must - at any rate in a civil action - necessarily be taken into account in assessing what firefighting action could reasonably be expected of him. *Inter alia*, the point of time when the landowner first became aware of the existence of the fire on his property; the stage when he should have foreseen the likelihood of the fire spreading beyond the confines of his property; and the resources available to him to combat the fire, will always be important factors in the assessment" (83G-H).

Dit is natuurlik so dat die blote nie-nakoming van 'n regsplig nie absolute aanspreeklikheid daarstel nie. Soos reeds gesê, is onregmatigheid nie voldoende om Aquiliese aanspreeklikheid te funder nie - daarvoor is minstens nalatigheid 'n verdere vereiste. Dit is presies dié vraag waarmee die hoofregter hom hier besig hou onder die dekmantel van die Engelsregtelike "duty of care"-leerstuk (sien Van der Merwe en Olivier a w 118). By nalatigheid, anders as by onregmatigheid, is die toets nie suiwer objektief nie. Van der Merwe en Olivier (a w 119) stel dit so:

"As mens is die redelike man . . . nie 'n perfekte wese nie. Daarom beantwoord sy gedrag beslis nie altyd aan die standaard van die objektief redelike nie. Skiet die dader se gedrag te kort aan die vereistes wat deur die objektiewe redelikheid gestel word onder omstandighede waar die redelike man ook sou gefaal het, tref die verwyt van nalatigheid die dader nie, ten spyte daarvan dat hy onregmatig gehandel het."

Van der Merwe en Olivier se standpunt is onaanvaarbaar vir sover daarmee te kenne gegee word dat daar verskillende grade van redelikheid by onregmatigheid en nalatigheid onderskeidelik van toepassing is. Die beoordelaar van onregmatigheid neem al die feite tot sy beskikking in ag terwyl die moontlike *nalatigheid* van die dader beoordeel moet word vanuit die posisie waarin die dader hom inderdaad bevind het toe hy gehandel het, dit wil sê met sy onvolkome kennis en insig aangevul met die kennis en insig wat hy redelikerwys behoort te gehad het, as uitgangspunt. *In casu* bevind die hoofregter, onses insiens tereg, dat die verweerder soos 'n redelike man opgetree het en gevolglik nie aanspreeklik is nie:

"In relation to the particular aspect presently under consideration, I do not think that the defendant's obligations were any greater than those of any other landowner. The enquiry essentially centres around the foreseeability of harm to others and what precautionary measures (if any) against the occurrence of such harm should reasonably have been taken by such landowner. That in turn involves a consideration of all the circumstances. On the evidence before us, to hold that the defendant should, as a further precautionary measure against the above-mentioned contingency, also have made an inspection of the burnt area on the morning of the 8th August would, in my opinion, be to require of defendant an exacting degree of diligence not warranted by the facts." (88-89).

Dus, ten spyte van die feit dat die verweerder onregmatig opgetree het

deur sy regsplig nie volkome na te kom nie, is hy nie aanspreeklik nie omdat nalatigheid ontbreek.

Alhoewel gevolglik met die resultaat van die vonnis saamgestem word, ontbreek 'n duidelike onderskeid tussen onregmatigheid en nalatigheid. By eersgenoemde is die vraag in die huidige verband of positiewe optrede *redelikernys verwag* kan word (en daarmee verhef ons nou nie die redelikhedskriterium tot die enigste of selfs hoofkriterium vir onregmatigheid nie - reeds uitgekristalliseerde reëls is dikwels hier deurslaggewend sodat geen beroep op die algemene redelikhedskriterium gedoen hoef te word nie) terwyl by laasgenoemde die vraag is of die *optrede in die omstandighede redelik* was. Anders gestel: 'n Handeling is deliktueel onregmatig, al dan nie, op grond van die werklike gevolge en werklike omringende omstandighede daarvan (onregmatigheid word met ander woorde deur middel van 'n objektiewe *diagnose* volgens die redelikhedsmaatstaf bepaal). 'n Handeling is daarenteen nalatig al dan nie op grond van die gevolge wat in die toekoms daaruit mag voortvloei en op grond van wat die dader omtrent daardie moontlike gevolge en die omringende omstandighede vooraf geweet het of behoort te geweet het (nalatigheid word met ander woorde deur middel van 'n *prognostiese* toets met die redelike man as uitgangspunt bepaal).

J NEETHLING
 ADJ VAN RENSBURG
Universiteit van Suid-Afrika

**CARGO MOTOR CORP LTD v TOFALOS TRANSPORT
 LIMITED AND ANOTHER 1972 1 SA 186 (W)**

Private international law - Settlement contract concluded between foreign company - SA law the proper law of the contract - Locus solutionis the Transvaal - Settlement contract valid and enforceable despite foreign currency control regulations

Applicant, a motor corporation with its principal place of business in the Transvaal, had delivered vehicles to the Transvaal representative of the first respondent, a transport company situated in Zambia, in pursuance of a contract of sale subsisting between them. First respondent, in turn, had caused his bank in Zambia to transmit to the second respondent, a branch of the same banking organization in the Transvaal, a sum of money to cover the purchase price of the vehicles. When applicant failed to recover the money from the second respondent it instituted proceedings directed at, *ia*, attaching the money, representing the purchase price of the vehicles, in the hands of the second respondent, to found jurisdiction in its claim against the first respondent. Subsequent to the applicant obtaining the order of attachment and the

filing of affidavits by the respective parties (applicant and first and second respondents), applicant and first respondent entered into a *settlement contract* in Johannesburg whereby the Deputy-Sheriff there was directed to pay the money, held in attachment, to applicant and its attorneys in certain proportions against delivery of the vehicles, also held in attachment, to first respondent. The second respondent (respondent bank) averred in its counter-application *ia* that the moneys held in attachment should not be paid out until the conditions imposed under the Zambian control regulations were fulfilled.

The point of South African private international law which arose crisply for decision was this:

Was applicant entitled, in terms of the *settlement contract*, to receive the money held in attachment regardless of the conditions imposed by the Zambian exchange control regulations?

Margo J held that *even if* the settlement contract contravened any prohibition of the Zambian currency statute, it was nevertheless enforceable in South Africa (194H). In deciding, therefore, that the settlement contract was *legal* at South African law, albeit illegal at Zambian law, Margo J held the proper law of the *settlement contract* as decisive of the issue; which proper law he decided was South African law. In dismissing the counter-application by the second respondent Margo J demonstrated the crucial rôle of the proper law and the *locus solutionis* in determining the enforceability of a contract (196D).

Now, in ascertaining the proper law of the contract Margo J refers to *Standard Bank of South Africa Limited v Efroiken and Newman* 1924 AD 171 as "the leading case in the determination of the proper law of the contract" (at 196H).

The present writer, with respect, is not convinced that the *Efroiken* case is indeed productive of a *ratio decidendi* necessarily binding on our courts. It will be remembered that in the *Efroiken* case three judgments of a five member court were handed down, namely, those of Solomon JA, De Villiers JA and Wessels JA. It is, of course, the following dictum of De Villiers JA which is generally regarded as productive of the *ratio*:

"The rule to be applied is that the *lex loci contractus* governs the nature, the obligations and the interpretation of the contract; the *locus contractus* being the place where the contract was entered into, except where the contract is to be performed elsewhere, in which case the latter place is considered to be the *locus contractus*. That is, broadly speaking, the rule as it has been adopted. At the same time it must not be forgotten that the intention of the parties to the contract is the true criterion to determine by what law its interpretation and effect are to be governed (*Spurrier v La Cloche* 1902 AC 446). But that also must not be taken too literally, for, where parties did not give the matter a thought, courts of law have of necessity to fall back upon

what ought, reading the contract by the light of the subject-matter and of the surrounding circumstances, to be presumed to have been the intention of the parties." (At 185.)

In his judgment Solomon JA, whilst agreeing with De Villiers JA that the appeal from the court *a quo* must fail, gave his own "reasons for coming to that conclusion" (at 176). Wessels JA seemingly concurred in the *reasons* advanced by De Villiers JA in arriving at his conclusion (at 197). The remaining judges of appeal, Innes CJ and Kotzé JA, are recorded as having "concurred" (at 199). If this concurrence is restrictively interpreted as meaning concurrence in the "order" (ie the appeal from below fails) of their three brother judges *seen as a whole*, and not as meaning concurrence in the *ratio* appearing in the judgment of Wessels JA, which judgment is parasitic on that of De Villiers JA, then, the case does not produce a *ratio* since the majority of judges "did not propound the same *ratio decidendi*" (per Hoexter JA in *Fellner v Minister of the Interior* 1954 4 SA 523 (A) 551A). It must be pointed out, however, that counsel in *Electric Process Engraving and Stereo Company v Irwin* 1940 AD 220 relied upon the authority of the *Efroiken* case (viz interpretation of contract governed by *lex loci solutionis*) (at 221). However, in his judgment Centlivres JA found it unnecessary to decide on the validity of counsel's contention, or for that matter, to comment on the authority of the *Efroiken* case (at 228). Perhaps a single judge sitting in a provincial division of the supreme court may consider the *Fellner* rule, formulated above, as being of relevance only where the AD is concerned with the *ratio* of an earlier decision of its own. Such reluctance to depart from the authority of the *Efroiken* case is understandable. Nevertheless, one does hope that our judges will cease to regard a *ratio decidendi* as having an immutable content, and consider *rationes decidendi* within the framework of a continuum. Thus I submit, with respect, that in their approach to the *Efroiken* case our judges should assess the rule of law advanced by De Villiers JA in support of his decision in the light of what they consider its binding authority to be *to-day*. That is, the *Efroiken* case, decided as it was in the early twenties of this century, should be seen against the background of the subsequent development in the complexities of transnational commercial transactions. Later history should be regarded as a *sine qua non* and continuing part of any *ratio* formulation.

An analysis of the judgment of De Villiers JA will show that his ascertainment of the proper law was based on material contained in four cases decided on English law viz: *Spurrier v La Cloche* 1902 AC 446; *In re Missouri SS Company* 42 Ch D 331; *Hamlyn and Company v Talisker Distillery and Others* 1894 AC 202; *Chatenay v Brazilian Submarine Telegraph Company* 1891 1 QBD 79.

His use of the above-mentioned cases led to his formulation of the so-called *lex loci contractus - solutionis* rule and the rule of the presumed

intention of the contracting parties (see *dictum* of De Villiers JA above). And it was this authority which constrained Trollip J, sitting some ten years previously in the same court as Margo J, to make the following pronouncement in *Guggenheim v Rosenbaum* (2) 1961 4 SA 21 (W):

“According to English and our law the proper law of the contract is the law of the country which the parties have agreed or intended or are presumed to have intended shall govern it; and in the case of a contract concluded in one country to be performed in another, then in the absence of an express term or any other indication to the contrary, it can be presumed that the proper law is the law of the latter (*lex loci solutionis*).” (At 31A).

Now a perusal of Cheshire and North *Cheshire's Private International Law* 8th edition (1970) with regard to the determination of the proper law will show that *modern* English law has developed considerably since 1924 and is no longer coincident with our law on this point (*in casu* compare Margo J at 196H). For example, reference to Cheshire and North (200–205) shows that in England there has been a noticeable movement away from “presuming an intention for the contracting parties” towards a more objective view of the matter. That is to say, the Continental approach of “localizing the contract” has gained favour. Factors which may be cited as relevant for the purpose of localizing the contract are many and varied - eg the national character of a corporation and the place where its principal place of business is situated; the *locus solutionis* of the contract; an express choice of law by the parties; the fact that a certain stipulation is valid under one law but void under another, etc. (See further Cheshire and North and the English authorities cited there in support, especially at pages 202 and 204.) Use of the localization theory will, I submit, ensure in a field such as the conflict of laws, where rules cannot generally be stated in absolute terms, that all the relevant connecting factors in transnational commercial contracts are taken into consideration, thus disclosing to the country with which the contract is most closely connected or the legal system which governs the particular issue in dispute. Therefore, bearing in mind recent developments, in both practice and theory, the present writer submits that our courts should break free from the stultifying embrace of the *Efroiken* case. In the words of Cheshire and North:

“[I]f we are content to justify an opinion of today upon an early decision, however precise and unambiguous, without taking into account more recent developments of the subject as a whole, nothing but confusion and chaos can ensue.” (At 39.)

The second point of principle which arises in the judgment of Margo J is the question of the relationship between our law and the law of England. After stating that Voet (22 1 6) was authority for the proposition that the *lex loci solutionis* should determine the validity of a contract and that our own case law was singularly lacking in prece-

dent (196 E-F), Margo J justified his recourse to English law (195A-H and 196A-D) by citing with approval the *dictum* of Van den Heever JP in *Pretorius v Pretorius* 1948 4 SA 144 (O) 196H. It will be remembered that in this *dictum* Van den Heever JP, whilst cautioning that we are not bound by the law of England, suggested that recourse thereto was permissible "waar dit oortuig" (at 149). Such an observation is persuasive when one bears in mind the influence which Roman-Dutch jurists such as Huber exerted on the embryonic Anglo-American Private International law. However, it is the submission of the present writer that if our courts, when seised of a case involving a foreign element, lack direct judicial authority, they should if necessary look further afield than English law. Recourse to Continental legal systems is not as iconoclastic as might appear at first sight. Certainly ever since the institution of an English-type court structure in South Africa our legal practitioners - judge, advocate and attorney alike - have become accustomed to view "their law through the cases". Indeed, where Roman-Dutch authority was lacking, the typically English inductive approach soon manifested itself. That is, general rules were arrived at *inductively* from a collation of previous decisions. It has even been suggested that our courts will find assistance from the cases of the Anglo-American sphere and not from the "code-directed" Continental countries (see Hahlo and Kahn *The South African Legal System and its Background* (1968) 952; *contra* Hosten *The Permanence of Roman Law Concepts in South African Law II* (1969) *CILSA* 181 202). However, as far as the field of private international law is concerned, and taking into consideration the diametrically opposed attitudes of the Anglo-American and Continental disciplines to domicile and nationality as *potential connecting factors* (especially in the field of family law), our courts will nevertheless find assistance in certain sections of Continental case law. For in matters of commercial contracts there is, first of all, a steady movement towards trade internationalism - a revival of the general law merchant of old as it were. Secondly, common problems in commercial intercourse invariably yield to pragmatically devised solutions. For example, the judgments of the Netherlands *Hoge Raad* may profitably be consulted with regard to the problem of party-autonomy (see the *Alnati* case - Supreme Court May 13 1966 NJ 1967 no 3). I see no reason why our judges should not make use of the substantive civil law. They can still continue in their "common law" approach "through the cases".

In dealing with the question of the illegality and unenforceability of a commercial contract involving a foreign element the steps in the contention of Margo J and his citation of authority in support thereof have literally "to be pieced together" from material appearing on pages 195-7 of the judgment. That the learned judge had the necessary material to reach a just solution is beyond all doubt. However, as a

beacon for the guidance of law students his exposition on this part of our private international law is hardly a model of judicial clarity. For this shortcoming Margo J offers his own apology (191B–C). Thus, in keeping with a desire for systematization, I respectfully advance this interpretation of the judgment of Margo J:

Because illegality is a concept of considerable diversity and application the circumstances of each case demand a precise evaluation. For example, legality may have relevance either to the *general validity of a performance*. It has become the practice in England to treat legality as one aspect of the validity of the contract, which aspect is usually governed by the proper law. Margo J sets out his reasons for looking to the law of England for assistance at 196E–G. According to English law if a contract is *illegal* by its proper law then the English *forum* will not enforce it albeit valid according to the *lex fori*, *lex loci contractus* or *lex loci solutionis*. This much is clear from the *Kabler* case (cited 195G–H); the *ratio* of which is: breach of currency regulations of the proper law will render the contract illegal and thus unenforceable. Here we are dealing with the *general validity of the contract*.

In casu, however, Margo J held the proper law to be that of the Transvaal and he regarded the applicant's claim as being enforceable (at 197B). That is, the remedy available to a person to recover his claim by action is a matter of procedure and therefore governed by the *lex fori*. If, then, a contract is generally valid by its proper law can it be denied enforcement at all? In answering this, and utilising the law of England as the sole persuasive source, it would appear that the doctrine of public policy would have to be regarded as the paramount factor. Or, more strongly put, the *lex fori* may be decisive when the court does not restrict its conception of public policy when dealing with matters involving private international law. That is, where a contract is contrary to the public policy of English law it will *not* be enforced by an English *forum* no matter what the provisions of its proper law: the *Regazzoni* case (*in casu* cited at 195B). *In casu*, there do not appear to be serious and sufficient grounds of South African public policy to nullify the bargain between the parties. Besides the *lex fori* it has been suggested that the *locus solutionis* is an important factor in deciding on the enforceability of a contract involving a foreign element. That is, here we would be dealing with *the validity of performance*. See, for example, Lord Wright in *Vita Food Products Incorporated v Unus Shipping Company Limited* 1939 1 All ER 513 (PC).

“[E]nglish law will not enforce a performance contrary to the law of the place of performance in circumstances like those existing in *Ralli Bros v Compania Naviera Sota y Aznar* 1920 2 KB 287 [*in casu* cited at 195A], and

the law of the place of performance, though it will not be effective to affect the construction of the contract in regard to its substance (which must be ascertained according to the rule of the proper law, as was held in *Jacobs v Credit Lyonnais* 1884 12 QBD 589), will still regulate what were called in that case the incidents and mode of performance in that place. English law will, in these, and sometimes in other, respects import a foreign law, but the contract is still governed by its proper law." (At 522B-D.) (*Contra Cheshire & North op cit* 227 *et seq.*)

Be this as it may - and mercifully our law has been spared a Privy Council declaration that our Private International Law is the same as that of England - one may still validly ask whether the legal system of any third *regskering* (ie a legal system other than that of the proper law or the *forum*) binds the *forum* in the instant case. For example, what of the *locus contractus* as a potential connecting factor in the matter of illegality? It is this eventuality which underlines the danger of using 'the proper law' as a blanket term. In the field of contract law the search should always be for the law which governs the particular question raised in the instant proceedings. This is so because of the multiplicity of potential connecting factors in matters involving transnational contracts. But, for the purposes of this case-note connecting factors such as the *locus solutionis* and *locus contractus* are simply not *ad rem* since in both cases they are co-incident with the proper law of the settlement contract.

Thus, having regard to the principles set out above, where a contract is legal according to its proper law and no foreign law may be imported to bind the *forum*, then the fact that an act is done in a foreign country where it is illegal (eg money sent out of that foreign country in contravention of its currency regulations) does not affect the *general validity of the contract*. This, in fact, is the *ratio* of the *Kleinwort* case (*in casu* cited 195E-F). This, too, I submit, covers the fact-complex of the instant case.

AB EDWARDS

University of South Africa

MAZZA AND ANOTHER v JONES 1973 2 SA (RA) 740

Kontrak - Wanvoorstelling

Dit gaan hierom 'n appèl teen die uitspraak van r Goldin in die algemene afdeling van die Rhodesiese hooggeregshof. Die feite blyk uit die uitspraak van hr Beadle. Die respondent het die appellante gedagvaar vir skadevergoeding wat hy gely het as gevolg van die wanvoorstellings wat die appellante aan hom gemaak het. R Goldin het 'n bedrag van \$1 590 as skadevergoeding toegestaan. Hierteen word geappelleer. Gerieflikheidshalwe sal na die appellante verwys word as die verweerder en na die respondent as die eiser.

Die eiser het aan die verweerder 'n perseel verhuur waarop hy beisgheid gedryf het met fietse. Die huurgeld is op drie stadiums verminder nl in Desember 1961 van \$180 tot \$145 per maand, in 1964 van \$145 tot \$130 per maand en in 1966, nadat die verweerder kennis gegee het dat hy die huurkontrak kanselleer en tog later daarteen besluit het, verhuur die eiser dit vir \$135 waar hy oorspronklik \$180 per maand wou gehad het.

Die saak handel oor die redes waarom die eiser die huurgeld verlaag het. Volgens die eiser is dit te wyte aan drie wanvoorstellings wat deur die verweerder gemaak is, waarvan die volgende die belangrikste was: "The final representation which the plaintiff alleges the defendant made, and on which this whole case turns, is this: The plaintiff alleges that the defendant said he could not afford to pay more than \$140 a month as rent for the premises." Dit was by geleentheid van die eerste vermindering en soortgelyke voorstellings was dan ook die redes vir die latere verminderings.

Daar was dus twee aspekte waaroor in die appèl beslis moes word: "The first is whether a mere statement by one businessman to another, when the two are (to use a colloquial term) haggling over the price in a contract, that the payer cannot 'afford to pay more' is in itself a representation which is precise enough to found an action for damages on the grounds of false representation, or whether it should be regarded (as has been rather aptly described in this case) as nothing more than 'puffing in reverse'; nothing more than an exaggeration on the part of the payer of his inability to pay as much as he is asked to pay . . . The second issue, therefore is this: Did the plaintiff, as a matter of fact, understand the defendant to mean, when he said that he could not afford to pay more, that he had not got the ability, nor the money, to pay more or did he merely regard the statement 'I cannot afford to pay more' as in the sense I have already described it. Understand it as no more than 'puffing in reverse'."

Met verwysing na *Halsbury* (Simonds-uitgawe) 26 826 par 1527 en *Kerr Fraud and Mistake* 7de uitgawe 31 kom hy tot die gevolgtrekking dat die woorde "I cannot afford to pay as much as you ask" neerkom op "puffing".

Wat die tweede punt aanbetref kom hr Beadle na 'n ontleding van die feitelike omstandighede tot die gevolgtrekking dat die eiser die verweerder se uitlating soos volg verstaan het: ". . . it was simple puffing made to induce the plaintiff to reduce the rent". Die appèl van die verweerder slaag dus.

Voordat dit moontlik is om hierdie beslissing te bespreek is dit nodig om na die uitspraak van r Goldin in *Jones v Mazza* 1973 1 SA 570 (R) te kyk. Die feite is reeds bekend en ook die feit dat skadever-

goeding ten bedrae van \$1 590 aan die eiser toegestaan is. Na 'n baie deeglike en volledige ondersoek van die regspraak kom r Goldin tot die gevolgtrekking dat ons te doen het met 'n wanvoorstelling en nie slegs "puffing" nie.

Die probleem wat ons hier het is of die woorde van die verweerder neerkom op "puffing" of 'n wanvoorstelling en indien dit 'n wanvoorstelling is of aan al die vereistes voldoen is om die eiser 'n remedie te gee. 'n Mens se billikheidsgevoel sê dadelik dat die eiser nie behoort te slaag nie. As A sy motor wil verkoop vir R500 en B bied hom R450 aan omdat hy "nie meer kan bekostig nie", het A tog 'n vrywillige keuse om dit te aanvaar of van die hand te wys. B is net besig om goeie besigheid te doen of hy voel dat hy nie meer kan bekostig nie omdat hy slegs vir daardie bedrag begroot het - selfs al is hy daartoe in staat om meer te betaal.

Hr Beadle se uiteensetting is dat ons in so 'n geval met "puffing in reverse" te doen het. 'n Goeie verwysing wat ons in sy uitspraak aantref om vas te stel of mens met "puffing" te doen het is na *Halsbury (supra)*:

"Mere general laudation by a man of his own wares, inventions, projects, undertakings, or other rendible commodities or rights, if he confines himself to indiscriminate puffing and pushing, and does not condescend to particulars, is not representation" (ek kursiveer).

Hr Beadle pas dan hierdie maatstaf toe en bevind dat ons in dié geval met "puffing in reverse" te doen het. Die vraag ontstaan net of dit werklik die beste oplossing vir sodanige gevalle is. "Puffing" in ons reg is 'n uitermate vae begrip wat telkens volgens die bepaalde feite beslis moet word. Handboekskrywers verwys daarna sonder om werklik aan te toon wat as maatstawwe gebruik kan word om te bepaal wanneer ons met "puffing" te doen het. Die gesag wat gewoonlik aangehaal word is *Geldenbuys and Neethling v Beuthin* 1918 AD 426 435: "It is often difficult to draw the line between mere puffing which has no effect on the validity of a bargain and misrepresentation which justifies its repudiation".

Hierdie aanhaling verbeter nie die posisie nie maar dui eerder net op die probleem waarmee mens te doen het.

Die uiteensetting van r Goldin is mi meer aanvaarbaar. Na deeglike ondersoek van gesaghebbende bronne kom hy tot die gevolgtrekking dat ons in hierdie geval met 'n wanvoorstelling te doen het. Met die konklusie van die regter kan egter nie saamgestem word nie. Die wyse waarop die regter die vereiste van "inducement" behandel is mi onbevredigend. Ek wil dan ook hierdie vereiste met verwysing na Kerr *Principles of the Law of Contract* (bl 63 ev) nader beskou. In *Woodstock, Claremont, Mowbray and Rondebosch Councils v Smith and Another* (1909) 26 SC 681 701 stel hr De Villiers dat

die voorstelling gemaak moes wees “with the object of inducing him (the representee) to enter into the contract, or with the object of concealing from him facts, the knowledge of which would be calculated to induce him to refrain from entering into the contract.”

Hierdie vereiste het al heelwat probleme veroorsaak, maar daar kan met Hunt 1963 *Annual Survey* 118 saamgestem word dat die uiteensetting van r Miller in *Bird v Murphy* 1963 2 PH A42 (D) die korrekte uiteensetting van die posisie gee:

“The vital element is that of inducement and the onus of proving it is on the party who seeks to rescind: *Patbescope (Union) of South Africa Ltd v Mallinick* 1927 AD 292 at 307. Whether it is said that the purchaser must show that but for the misrepresentation he would not have bought (*Poole and McClellan v Nourse* 1918 AD 404 at 411; *Cockroft v Baxter* 1955 4 SA 93 (C) at 100), or that the misrepresentation ‘must go to the root of the contract’: *Parke v Hamman* 1907 TH 47 at 52, it seems to me that the same thing is intended, viz that there must be a causal link between the misrepresentation and the conclusion of the contract which is so strong that it justifies the inference that it was the misrepresentation which induced the transaction. I use the words ‘justifies the inference’ because it is clear that in most, if not all, such cases, it is a matter of inference from all the relevant facts and circumstances whether, but for the misrepresentation, the purchaser would have bought; see De Villiers CJ in *Woodstock, Claremont, Mowbray and Rondebosch Municipal Councils v Smith* 1909 26 SC 681 at 701. In deciding whether the inference that the purchaser would not have bought can and should be drawn the court will necessarily to some extent base its conclusion on a consideration of what a reasonable person in the purchaser’s circumstances would or would not have done. This is necessary because just as the purchaser’s *ipse dixit* that he would not have bought, is not without more, normally sufficient to justify rescission, his inability to say with certainty that he would not have bought, will not necessarily serve to deny him relief where the facts and circumstances show that it is probable that a reasonable man (and therefore, presumably, the purchaser) in those circumstances would not have bought. I do not think that any more than this was intended by De Villiers CJ in the well-known passage in his judgment at 701 of the *Woodstock Council* case (*supra*) (cf (1962) 79 SALJ 123) . . . It seems to me, therefore, to be misleading to say that ‘the test is an objective one’, as appears to be suggested in HG Mackeurtan *The Law of Sale of Goods in South Africa* 3rd ed (1948) 124 . . . Nor do I think that it is sufficient to say that the representation was ‘material’ in a purely objective sense; ie that normally such a representation would be a material one going to the root of the transaction. The ultimate test is whether it was material and went to the root of the transaction in issue, taking into account the particular facts and circumstances, not the least important of which is the purchaser’s own state of mind. That is why, as I see it, it has been said in the clearest terms, that the purchaser must establish on a balance of probabilities (and not merely say) that he would not have bought in all the circumstances” (bl 146-7).

Dit is moeilik om die res van Hunt se uiteensetting te volg en veral die onderskeid wat hy maak op bl 124. Hy neem die volgende drie gevalle:

- (i) waar die eiser glad nie sou kontrakteer as hy bewus was van die waarheid nie;

- (ii) waar hy in elk geval sou kontrakteer en
- (iii) waar hy sou kontrakteer maar op beter terme.

Volgens Hunt is (i) en (iii) dieselfde omdat die eiser in beide gevalle nie die kontrak sou aangegaan het soos hy dit aangegaan het as hy bewus was van die waarheid nie. Dit bring ons by die onderskeid tussen *dolus causam dans contractui* en *dolus in contractum incidens*. In *De Jager v Grunder* 1964 1 SA 446 (A) sê hr Steyn met verwysing na bg onderskeid: “Hierdie verskil bring, meen ek, nie mee dat bedrog in elke geval waar dit beweër of bewys word dat die kontrak nie daarsonder aangegaan sou gewees het nie, as die oorsaak van die kontrak aan te sien is nie.”

In die beslissing onder bespreking is die eiser mi nie deur die wanvoorstelling tot sluiting van die kontrak beweeg nie. Dit kan afgelei word uit verskillende faktore, oa dat die eiser in finansiële nood was en die verweerder die huurgeld tot 11 maande vooruit betaal het, dat die huurgeld op verskillende tydperke verminder is en dat die eiser bewus daarvan was dat verweerder wel finansiël daartoe in staat was om die huurgeld by te bring veral nadat verweerder sy eie gebou opgerig het wat eiser self beskryf het as ’n “lovely double storey building”. Daar kan in hierdie verband ook verwys word na die uitlatings van hr Beadle op bl 745 van die verslag: “The plaintiff was aware of the fact that this was the defendant’s financial position and notwithstanding that he would have the Court believe that he considered that the defendant had not got the wherewithal to raise an extra \$45 a month for rent. At this time he must have known the defendant was a person of substance who certainly could have found the money had he found it prudent to do so”.

Verder is die eiser se “feelings of generosity” in dié mate relevant dat hy nie soos ’n redelike man opgetree het nie en daarom kan nie met r Goldin op bl 574 saamgestem word nie: “the fact that a representation arouses feelings of generosity in the absence of which a person would not have entered into the contract, is irrelevant. Lord Blackburn said in *Smith v Chadwick and Others* 9 AC 187 at 196, that if it is proved that the defendants, with a view to induce the plaintiff to enter into a contract made a statement to the plaintiff of such a nature as would be likely to induce a person to enter into a contract, and it is proved that the plaintiff did enter into the contract, it is a fair inference of fact that he was induced to do so by the statement”. Met respek wil dit voorkom asof die gesag wat r Goldin vir sy standpunt aanhaal, eerder ’n stawing is van ons standpunt. Die verweerders het nie ’n stelling van so ’n geaardheid gemaak met die doel om die eiser te beweeg om die kontrak aan te gaan nie maar om sy prys te verminder.

Die argument dat die wanvoorstelling die eiser beweeg het om ’n kontrak met daardie terme aan te gaan, gaan mi nie op nie. As

daar so geredeneer word kan mens ook sê dat die wanvoorstelling die "feelings of generosity" tot gevolg gehad het en dat die eiser se eie swakheid of deug aanleiding gegee het tot die sluiting van die kontrak met daardie terme.

Dit sou onbillik en onregverdig wees om sulke jammerhartige besigheidsmanne soos mnr Jones tegemoet te kom want dit sou baie "voordelig" kon wees om "feelings of generosity" te ontwikkel by besigheidstransaksies!

SUSAN SCOTT
Universiteit van Pretoria

"In imposing a prison sentence on a first offender sight should never be lost of the fact that, for the greater part, the form of punishment itself, much more than the length of the sentence, is likely to reform him and act as a deterrent to others. This is particularly true where the offender belongs to a class, the members of which, whatever their race, feel deeply the shame and stigma of a prison sentence. The publicity of the trial, his exposure as a criminal, the far-reaching and often devastating effect of imprisonment on his social, family and economic life are, in the case of a first offender, aspects of punishment which should never be over-looked or under-estimated. It is these consequences attendant on serious criminal conduct much more than the length of the prison sentence which are likely to deter other persons and to reform the first offender and, if they do not, it is unlikely that the length of the prison sentence will, in the majority of cases, have a significant effect on bringing about the desired results. In this connection I should make the point that it should not be thought that to deprive a first offender of his liberty, even for as short a period as six months, is not to impose a substantial term of imprisonment. To a first offender, accustomed to liberty and deprived of it for the first time, even such a period would, I would think, seem to be interminable. It is, of course, of the utmost importance that persons should not be kept in prison for longer than is necessary in the interests of the offender, of society, or both. The reason for this need hardly be stressed, nor is it necessary to stress that, in a civilised society, the retributive aspect of punishment should not receive great weight."

Macdonald JP in S v Wood 1973 4 SA 95 (RA)

Boeke

MUNICIPAL LAW IN THE PROVINCE OF THE CAPE OF GOOD HOPE SOUTH AFRICA

deur GH RANDELL en KC BAX

*Derde uitgawe deur TM MULLINS, Butterworths Durban 1973; xxvi &
483 bl; prys R23,90*

Sedert die tweede uitgawe van die werk in 1960 verskyn het, het daar geen wesentlike benaderingsverskil tot plaaslike besture in die Kaapprovinsie ingetree nie. Nogtans het ten minste een wysiging per jaar aan die Kaapse Munisipale Ordonnansie 19 van 1951 'n derde uitgawe van die werk genoodsaak. Juis omdat die vernaamste wysigings bloot wysigings van die bestaande ordonnansies was, verbaas dit nie dat die derde uitgawe basies dieselfde vorm en inhoud vertoon as die vorige uitgawe nie, nl 'n geannoteerde behandeling van Ordonnansie 19 van 1951 (K) soos gewysig tot 31 Desember 1972.

Ofskoon so 'n wyse van aanbieding nie veel ruimte laat vir of reg laat geskied aan 'n bespreking van algemene en onderliggende beginsels nie, bied die werk nogtans soveel voorbeelde van die algemene beginsels van die administratiefreg in werking dat óók die akademiese juris met vrug daarvan kennis kan neem. Dit op sigself verdien 'n pluimpie vir die werk as in ag gehou word dat die boek eerstens en klaarblyklik as 'n byderhand naslaanwerk vir regsgeleerde en administrator bedoel is wat van dag tot dag met Kaapse munisipale aangeleenthede gemoeid is.

Soos eerder opgemerk het gereelde wysigings aan die Kaapse Munisipale Ordonnansie 'n nuwe uitgawe van *Municipal Law* tydig gemaak. Die omvang van die veranderings word weerspieël deur die ongeveer 120 bladsye waarmee die jongste uitgawe lywiger is as die vorige, en dit afgesien daarvan dat een van die bylaes van die vorige uitgawe weggelaat is om plek te maak vir 'n meer relevante en resente aangeleentheid, terwyl 'n lys van ander wetgewing wat ook op plaaslike besture betrekking het, totaal weggelaat is bloot as ruimtebesparing.

As 'n geheel gesien bevat die boek, benewens die reeds gemelde bespreking van Ordonnansie 19 van 1951, 'n uitgebreide vonnisregister (vermoedelik ook tot 31 Desember 1972 bygewerk), 'n volledige alfa-

betiese inhoudsopgawe en agt bylaes wat bestaan uit die tekste van verskeie regulasies en ordonnansies asook 'n wet (die Wet op Beperking van Regsgedinge (Provinsiale en Plaaslike Besture) 94 van 1970) wat direk op munisipale besture toepassing vind. Ingevolge genoemde Wet 94 van 1970 word die kwessie van die instelling van eise (blykbaar slegs agv onregmatige daad) vir al vier die provinsies en Suidwes-Afrika gekonsolideer en eenvormig gemaak.

Na voorkoms is die boek deeglik versorg. Die netjiese drukwerk en oordeelkundige gebruik van vetdruk, fyndruk en gekursiveerde druk maak die werk gerieflik leesbaar en verhoog die bruikbaarheid daarvan. Alhoewel die prys van die werk dit buite die klas boeke plaas wat roetinegewyse aangeskaf word is dit nogtans 'n noodsaaklikheid in die biblioteek en op die boekrak van die praktisyn en beampte wat met plaaslike besture te doen het - nie net in die Kaap die Goeie Hoop nie maar ook in die ander provinsies vir sover die Kaapse ordonnansie ooreenstem met ordonnansies van dié provinsies.

DH VAN WYK

Universiteit van Suid-Afrika

HOOFDLIJNEN VAN DE GESCHIEDENIS DER RECHTSFILOSOFIE

deur HJ VAN EIKEMA HOMMES

Kluwer, Deventer 1972; xv en 334 bl

Hierdie boek is die tweede groot werk van Hommes wat in die loop van 1972 gepubliseer is. Wat ek in my resensie van die ander boek, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap*, aangaande die outeur en sy werk geskryf het (1973 *THRHR* 97), kom ook in die onderhawige verband te pas.

Die onderhawige werk is bestem as handboek vir studente van die Vrije Universiteit van Amsterdam vir die kursus *Ensiklopedie van die Regswetenskap* (bl XV). In die konteks van die *Tydskrif* se leserskring moet 'n resensie van so 'n werk uiteraard die vraag belig of die werk diensbaar is as handboek vir die kursusse in regsfilosofie of algemene regsleer soos dit aan Suid-Afrikaanse en meer bepaald Afrikaanstalige of parallel-medium universiteite aangebied word. En laat dit meteens beklemtoon word dat daar 'n dringende behoefte aan so 'n handboek bestaan.

'n Handboek vir die gemelde doel stel aan sy outeur bykans bomenslike eise. Om maar iets te noem: Regsfilosofie is 'n toegepaste wysbegeerte wat 'n kennis van die algemene grondslae van die wysbegeerte veronderstel, maar in die nood van omstandighede moet dit

aan studente doseer word wat nie oor daardie basiese kennis beskik nie. 'n Mens moet daarom een of ander middeweg vind: byvoorbeeld vir die student iets van Plato se ideëleer en van Aristoteles se vorm-materieskema laat sien sodat hy die regs- en staatsfilosofie van Plato en Aristoteles (respektiewelik) beter kan begryp. Jy kan egter ook nie te lank by "agtergrondstudie" stilstaan nie, omdat 'n mens per slot van sake met regsfilosofie besig is en die tyd beperk is. Wat hierdie aspek betref, bejeën ek Hommes se werk met gemengde gevoelens. Sy weergawe van die basiese wysgerige grondslae van die filosofiese stelsels waaroor hy dit het, skiet soms te kort (bv in die geval van Thomas van Aquino), stel soms die eintlike regs- en staatsfilosofie van die betrokke denker in die skadu (bv in die geval van die Stoa), maar handhaaf in die meeste gevalle 'n goeie middeweg.

In 'n werk oor die geskiedenis van die wysbegeerte is die kwessie van metode van die uiterste belang. 'n Mens kan naamlik die filosofe wat jy wil behandel nouliks sinvol bloot kronologies op mekaar laat volg. Jy moet daarom 'n sisteem vir jou aanbieding vind, welke sisteem nie bloot willekeurig is nie, maar prinsipiël verantwoord moet word aan die hand van onder meer die doel van jou werk. Nou is dit duidelik dat die "geheel eigen perspektief" (bl xv) waarmee Hommes die verskillende regsfilosofiese stelsels aanbied, die transendentalkritiese metode van Dooyeweerd navolg (vgl bl 1). Ek vind dit jammer dat Hommes nie hierdie betreklik onbekende metode verduidelik nie - hy volstaan met verwysing na bronne waarin dit nagegaan kan word (bl 2). Hy verduidelik egter wel van plek tot plek die sogenaamde religieuse grondmotiewe wat ooreenkomstig die bedoelde metode aan die verskillende wysgerige stelsels ten grondslag lê, naamlik die Griekse vorm-materiemotief (bl 3-4), wat egter na my smaak met beter voorbeelde as die aanhaling van Anaximander (bl 3) verduidelik kan word, die motief van skepping, sondeval en verlossing (bl 36), natuur en genade (bl 41) en natuur en vryheid (bl 59-60). Hommes hanteer die transendentale metode van die Wysbegeerte van die Wetsidee op 'n beheerste wyse hoewel hy, wat veral die Griekse wysbegeerte betref, na my mening in die meeste gevalle te veel (met die oog op die toepasbare religieuse grondmotief) interpreteer en te weinig van die betrokke filosofe se daadwerklike leerstellinge weergee. Veral ten opsigte van die vóór-Aristoteliese wysbegeerte kry ek soms die gevoel dat Hommes met sy interpretasies 'n kennis van die filosofe se leerstellinge veronderstel, terwyl die opset van sy werk na my mening vereis dat hy eers moet meedeel wát die filosofe geleer het en dan eers met interpretasie en kritiek kan kom. Afgesien van die wyse waarop Hommes die transendentale metode hanteer, geld die kritiek wat teen daardie metode as sodanig ingebring kan word uiteraard ook in die algemeen vir Hommes se werk. Sonder om nou volledig daarop in te gaan, kan hier net kortweg gemeld word dat daardie metode na my mening nie aan

alle verwagtinge voldoen nie. Ek vind Dooyeweerd (en Hommes) se pogings om bepaalde filosofieë in die skema van 'n bepaalde religieuse grondmotief in te dwing soms skematisties en geforseerd. En hoewel Dooyeweerd in bepaalde gevalle skitterend daarin geslaag het om aan die hand van sy metode met immanente kritiek die teësprake van 'n filosoof bloot te lê en na sy basiese uitgangspunt te herlei (Dooyeweerd se transendentiaal-kritiese analise van Kant se filosofie is waarskynlik die uitnemendste faset van sy wysgerige arbeid), vind ek daardie metode minder gepas as byvoorbeeld die probleem-historiese metode van Vollenhoven as dit op 'n *oorsig* van die geskiedenis van die wysbegeerte aankom. Een van die besondere verdienstes van die probleem-historiese metode wat ek nou weer in Hommes se werk mis, is die vaste betekening en konsekwente gebruik van wysgerige terme en tiperinge soos humanisme, realisme, positivisme, ensomeer. In Hommes se werk kom dié gemis tot uitdrukking, onder meer waar hy die "historiese skool" náás die "juridiese positivisme" behandel (hfst VII en VIII), terwyl historisme 'n variasie van die 19e eeuse positivisme is; en verder uit die verwarring wat kan ontstaan as 'n mens die Humanisme as 'n bepaalde geestesstroming wat aan die Renaissance verwant is (vgl bl 59) nie onderskei van die humanisme as algemene religieuse geesteshouding van diegene wat hulle op die grondmotief van natuur en vryheid stel nie.

Die seleksie van skrywers en standpunte in 'n werk oor die geskiedenis van die (regs-)filosofie is altyd 'n probleem, wat, hoewel dit nie aan volkome willekeur blootgestel kan word nie, tog grootliks van die subjektiewe keure van die outeur afhanklik is. Hommes kies vir behandeling daardie "grote denkers, die met hun ideeën vormend in de geschiedenis van de Westerse rechtsfilosofie hebben ingegrepen"; en met betrekking tot die hedendaagse regsfilosofie, daardie outeurs wat "binnen een bepaalde richting een vooraanstaande plaats innamen en er enigszins 'uitsprongen'" (bl XV). Hy gee 'n redelik volledige beeld van sodanige skrywers en strominge. By die Grieke sou hy miskien ook nog kon verwys het na die Klein-Sokratici en Epikureërs, in samehang met Rousseau sou 'n verwysing na Blackstone gepas gewees het, ensomeer. Maar 'n mens kan per slot van sake in so 'n werk nie alle regsfilosowe behandel nie. Ek wil in besonder melding maak van die volledigheid van sy uiteensetting van die Ou Rasionalisme (De Groot tot Hegel) - hoewel hy Fichte en Hegel enigszins afskeep.

Sekere tegniese inkonsekwensies van die werk is hinderlik, byvoorbeeld die volgende: soms word skrywers se biografiese leeftyd aangegee, soms nie; dikwels word 'n Nederlandse weergawe van aanhalings gegee, maar soms word skrywers in die oorspronklike Duitse, Franse, Engelse of Latynse taal aangehaal; waar 'n nie-Nederlandse kwotasie in Nederlands weergegee word, word die oorspronklike aanhaling in die vreemde taal soms in 'n voetnoot en soms tussen hakies

in die teks weergegee; soms word bronneverwysings in voetnotas aangegee en soms tussen hakies in die teks, ensomeer. Andersins is die tegniese versorging van die werk uitnemend, maar nie sonder blyke van die drukkersduiwel nie (bv op bl 65 ontbreek die aanhalingstekens aan die einde van 'n Duitse kwotasie).

Ek volstaan met nog die volgende paar willekeurig geselekteerde punte van kritiek: Die werk sou gebaat het by meer lewensketse van die filosowe soos dié wat van Hugo de Groot aangegee word (bl 69-70); Wolff moet (as sciëntialis) eerder in samehang met Hobbes as met Locke behandel word. Ek kon nog nooit vrede vind met die behandeling van Kelsen as Neo-Kantiaan nie - sedert sy verblyf in Amerika sluit Kelsen veel nouer aan by die analitiese positivisme van Austin en andere.

Die werk is voorsien van 'n gedetailleerde inhoudsopgawe en 'n bruikbare persone- en sakeregister.

Met die oog op die bruikbaarheid van die werk as handboek in Suid-Afrikaanse konteks kan soos volg saamgevat word: Aangaande die Griekse en middeleeuse regsfilosofie voldoen die werk, buiten vir die weergawe van enkele filosofiese stelsels soos dié van Aristotelés en Thomas van Aquino, nie heeltemal aan my verwagtinge nie; die weergawe van die 17e en 18e eeuse regsfilosofie is, buiten miskien wat Fichte en Hegel betref, so goed as wat kan kom; wat die 19e eeuse wysbegeerte betref, is die feitelike weergawe van die betrokke regsfilosofiese standpunte miskien nie so verhalend as dié van iemand soos Dias *Jurisprudence* nie, maar Hommes se analise en interpretasies is veel diepsinniger as dié van die Engelse outeur; en wat die 20ste eeuse regsfilosofie betref, verkeer Hommes in die land van die eenoog (met nietemin 'n uiters bruikbare weergawe van die toepaslike materiaal). In die algemeen kan gekonstateer word dat die werk, in sy geheel genome, meer geskik is as handboek vir die geskiedenis van die wysbegeerte as enigeen van die werke wat tans vir dié doel in Suid-Afrika in omloop is.

JD VAN DER VYVER

Potchefstroomse Universiteit vir CHO

Briewe

MR BR BAMFORD SC MPC writes:

Admiralty Courts: A Short Reply

Permit me briefly to comment on aspects of the article "Admiraliteitshowe in die Suid-Afrikaanse Reg", by Mr H Booysen of the University of Port Elizabeth, which appeared in vol XXXVI 3 of August 1973 at page 241.

May I say at once that it is an original and highly stimulating contribution to a field which, as the author says (at page 242), even Appeal Court judges have expressed themselves as willing to enter only "with great diffidence".

My first reservation is the author's view (at page 248) that "the law of England" referred to in section 1 of Cape Act 8 of 1879 is English common law as opposed to English admiralty law. This view under-stresses the importance of *Smith v Davis* (1878) 8 Buch 66, and it also does not take account of the wording of section 2 of the Act, which expressly provides that in matters involving fire, life, and marine insurance, stoppage *in transitu* and bills of lading the law to be administered was that of *the High Court of Justice in England for the time being*.

Second, the author is not correct in stating (at page 248) that other provinces do not have laws similar to the Cape Act. The act applies in the Orange Free State by virtue of Ordinance 5 of 1902 (O). It also applies in South West Africa and Rhodesia by virtue respectively of Proclamation 21 of 1919 (SWA) and Order-in-Council of 1898.

Third, the author takes me to task (at page 243) for suggesting that the law to be administered in the Cape Supreme Court is English Admiralty law *as at 1890*. But surely no other conclusion is possible in the light of the wording of the Colonial Courts of Admiralty Act 1890?

Fourth, the author presents an ingenious argument (at page 249 *et seq*) that juridically there were two separate courts - in the Cape and Natal, a Colonial Court of Admiralty and the Supreme Court. But again this does not do justice to the wording of the 1890 Act, which declares "Every court of law in a British possession . . . shall be a Court of Admiralty."

Fifth, the author considers (at page 259) that when the Admiralty Jurisdiction Act is brought into operation there will still be two sets of courts. But this is untenable as the act specifically repeals the 1890 act which created the Colonial Courts of Admiralty.

Sixth, the author is perhaps over-hasty in dismissing (at page 259) the possibility that the Admiralty Jurisdiction Act will not impliedly repeal section 1 of the Cape Act of 1879. After all, that section applied "in all questions relating to maritime and shipping law in respect of which the Supreme Court has concurrent jurisdiction with the Vice Admiralty Court". When the new Act operates, there will be no concurrent jurisdiction.

Seventh, the author poses the question (at page 258) whether the Supreme Court, when the new act applies, will have a limited admiralty jurisdiction. But surely there is little doubt that its jurisdiction will be as set out in the British Acts of 1840 and 1861?

Eighth, the author wonders (at page 258) whether it would not have been better simply to have scrapped the admiralty courts in South Africa. There was indeed some talk of this in government legal circles some years ago, but wiser counsels prevailed. All the major trading nations, certainly all those of the West, have something similar to an admiralty jurisdiction. To have scrapped ours would have been to put us out of the comity of nations. Let us postulate a Greek ship salvaging a Norwegian ship on the high seas; they put into Cape Town. The Supreme Court has no jurisdiction. The Norwegian ship can stay for repairs, put to sea, sail into the limbo, and never be seen by the Greek again. This cannot be right. It is no wonder that admiralty jurisdiction arose, and has survived.

The author is perfectly correct (at page 257) in a vital respect. The draftsmen and legislators of the Admiralty Jurisdiction Act should have defined the Supreme Court's "new" jurisdiction. A plea for this was made in parliament when the bill was debated, but was turned down by the minister. As it is now, judges, lawyers, and the business world must solemnly find the law (if they can) in the two acts of 1840 and 1861 - musty Victorian relics. The pith and essence of these acts should have been extracted and put into modern English, and of course Afrikaans.

It is difficult not to associate Mr Booyesen's article with Prof GN Barrie's contribution "The Third Law of the Sea Conference" in vol XXXVI 1 at page 23. As Mr Booyesen says, there has been a disappointing lack of academic interest in South Africa in maritime law. (for light relief, he might have referred to *Codicillus* vol XIII 1 May 1972 at page 42). Perhaps the *Tydskrif* is heralding a new era!

A last thought. Would Mr Booyesen not care to take the initiative in approaching shipowners in South Africa to endow a lectureship (or chair, why not?) in maritime law? Who knows, he might achieve it for the University of Port Elizabeth.

PS

On re-reading Mr Booyesen's article it seems that he is not correct in stating (at page 249) that the South West Division of the Supreme Court is probably a Colonial Court of Admiralty in regard to Walvis Bay. The 1890 Act would appear to have conferred jurisdiction *on courts* rather than in respect of *geographical areas*.

"Sec. 10 of Act 16 of 1914 empowered the Governor-General to make regulations prescribing
' . . . (c) the form and manner in which oaths and declarations shall be taken, when not prescribed by any other law'; but the taking of the oath was part of our procedure long before this. I ignore the oath under previous practice when it was regarded as the equivalent of a iudicium Dei; but since the time when oral testimony was, apparently reluctantly, permitted in addition to circumstantial evidence as having probative value, courts have attempted to provide a stimulus to truthfulness in witnesses in judicial proceedings by the sanction of punishment, in this world or the next, for falsity. An oath is no more than a calling on God to punish you if you say what is not true; and, if it is to be clothed with any efficacy, it can matter little what words or ceremonies are used in imposing it, provided the witness regards his conscience as bound thereby. The purpose of administering an oath - normally before a witness testifies - is to ensure that he does not speak lightly and frivolously, but weighs his words; to impress on him the solemnity of the occasion, and above all to provide a sanction against untruthfulness. Originally the sanction lay solely in fear of deferred punishment by God. This subjective potency of the oath has tended to diminish and been reinforced by the sanction of more immediate punishment by the State, as well as being extended to extrajudicial proceedings by statute. And courts and commissioners of oaths have inclined in modern times to fritter away the effect of the spiritual sanction by administering the oath in irreverent and perfunctory fashion, without giving its theoretical reinforcement effect, by informing or reminding witnesses of the temporal one."

Van den Heever J in S v Munn 1973 3 SA 734 (NC)



