

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

TYDSKRIFTE

| | |
|---------------------------|-------|
| MERENSKY-BIBLIOTEEK | |
| UNIVERSITEIT VAN PRETORIA | |
| 1991-01-25 | 340 |
| Kiesn | |
| Registernommer | |

| |
|-----------------------------|
| AKADEMIESE INLICHTINGSDIENS |
| TYDSKRIFTE |
| UNIVERSITEIT VAN PRETORIA |
| 1996-01-20 |
| VAKKODE 340 |
| |
| |

340

6001-

TYDSKRIF VIR HEDENDAAGSE
ROMEINS-HOLLANDSE REG
JOURNAL OF CONTEMPORARY ROMAN-DUTCH LAW

1982

Vol 45

DIE BUTTERWORTH-GROEP

Suid-Afrika

BUTTERWORTH (UITGEWERS) (EDMS) BPK
Walteroord Watervalpark Mayville Durban 4091

Engeland

BUTTERWORTH & CO (PUBLISHERS) LTD
88 Kingsway London WC2B 6AB

Australië

BUTTERWORTHS (PTY) LTD
271-273 Lane Cove Road North Ryde NSW 2113

Kanada

BUTTERWORTH & CO (CANADA) LTD
2265 Midland Avenue Scarborough Ontario M1P 4S1

Nieu-Seeland

BUTTERWORTHS OF NEW ZEALAND LTD
31-35 Cumberland Place Wellington

VSA

BUTTERWORTHS (PUBLISHERS) INC
10 Tower Office Park Woburn MA 01801

TYDSKRIF VIR HEDENDAAGSE
ROMEINS-HOLLANDSE REG
JOURNAL OF CONTEMPORARY ROMAN-DUTCH LAW

KWARTAALBLAD VIR DIE REGSPRAKTISYN
EN DIE REGSTUDENT IN SUID-AFRIKA

REDAKTEUR ADJ VAN RENSBURG

ASSISTENT-REDAKTEURS TJ SCOTT
JM POTGIETER
G CARPENTER

REDAKSIEKOMITEE

| | |
|---|---|
| Professor AC Cilliers <i>Universiteit van Port Elizabeth</i> | Professor D Pont erelid |
| Professor JY Claasen <i>Universiteit van die Oranje-Vrystaat</i> | Professor B Ranchod <i>Universiteit van Durban-Westville</i> |
| Professor LI Coertze erelid | Meneer ID Schäfer <i>Universiteit Rhodes</i> |
| Professor FA de Villiers <i>Universiteit van Bophuthatswana</i> | Doktor NJ van der Merwe <i>Justisie-Opleiding</i> |
| Professor JC de Wet erelid | Professor JD van der Vyver <i>Universiteit van die Witwatersrand</i> |
| Professor MG Erasmus <i>Universiteit van Zoeloeland</i> | Professor CFC van der Walt <i>Potchefstroomse Universiteit vir CHO</i> |
| Professor R Feenstra erelid | Professor JC van der Walt <i>Randse Afrikaanse Universiteit</i> |
| Professor DJ Joubert <i>Universiteit van Pretoria</i> | Professor ADJ van Rensburg <i>Universiteit van Suid-Afrika</i> |
| Professor WA Joubert erelid | Professor P van Warmelo erelid |
| Professor J Labuschagne <i>Universiteit van Fort Hare</i> | Professor AH van Wyk <i>Universiteit van Stellenbosch</i> |
| Professor I Leeman <i>Universiteit van Kaapstad</i> | Professor GG Visagie <i>Universiteit van Wes-Kaapland</i> |
| Professor DJ McQuoid-Mason <i>Universiteit van Natal</i> | Professor DP Visser <i>Universiteit van die Noorde</i> |

VYF EN VEERTIGSTE 1982

DURBAN - PRETORIA
BUTTERWORTH (UITGEWERS) (EDMS) BPK
1982

Register

Opgestel deur

AM Burdzik

RA Lemmer

A ARTIKELS

BLADSY

| | |
|--|----------|
| BASSON, DA: Grondslae van verteenwoordiging in die Staatsreg | 231, 370 |
| BRAY, W: 'n Paar gedagtes rakende die getuie voor 'n kommissie van ondersoek | 390 |
| ERASMUS, HJ: Hervorming van ons Burgerlike Prosesreg—Reform of our law of Civil Procedure | 1 |
| FREDMAN, MG: A quorum of one | 132 |
| KARSTÆDT, AO: Vivisection and the law | 349 |
| LABUSCHAGNE, JMT: Ras en rassisme: Straftelike manifestasies | 41 |
| OWENS, PR: Contracts for an indeterminate period | 23 |
| SPILLER, PR: Hendrik Cloete, Recorder of Natal: As revealed in his judgments | 148 |
| TAITZ, J: The application of the <i>audi alteram partem</i> rule in South African Administrative law | 254 |
| VAN DER MERWE, CG en BUTLER, DW: Beheerde aandeelblokskemas v deeltielskemas | 109, 274 |
| VAN DER MERWE, DP: Informele strafvermindering by moord | 140 |

B AANTEKENINGE

| | |
|--|-----|
| BEATON, RG: Section 113: more questions? | 405 |
| BERTELSMANN, W: Probleme met vakterme in die Straftreg | 412 |
| CAIGER, A: Section 113: more questions than answers? | 196 |
| CONRADIE, PJ: Die geskiedenis van die totstandkoming van die Wet op Deeltiels van 1971 | 66 |
| JOUBERT, DJ: Die lashebbet se verhaalsreg ten opsigte van verskuldigde uitgawes nog nie betaal nie | 56 |
| KERR, AJ: Undisclosed principals: a new development | 418 |
| LABUSCHAGNE, JMT: Die dinamiese aard van die wetgewingsproses en wetsuitleg | 402 |
| LABUSCHAGNE, JMT: Die Straftregnorm | 312 |
| LABUSCHAGNE, JMT: Gevolgsaanspreklikeheid, regsgevoel en strafsinnoliteit | 201 |
| LAUBSCHER, PJ: Die betekenis van "bewys" in artikel 113 van die Straftproseswet | 59 |
| MORKEL, DW: Die onderskeid tussen <i>dohus eventualis</i> en bewuste nalatigheit: 'n repliek | 321 |
| MORKEL, DW: Weer eens: die betekenis van "bewys" in artikel 113 van die Straftproseswet: <i>S v Ncube</i> en <i>S v Mphaheng</i> 1981 3 SA 511 (T) | 193 |
| MOEKE, RB: Will the proposed accrual regime apply to marriages entered into by Blacks in terms of section 22(6) of the Black Administration Act 38 of 1927, as amended by Act 9 of 1929? | 309 |
| PRETORIUS, JT: Gebrekkige borgaktes: inlywing by wyse van verwysing | 317 |
| VAN DER VYVER, JD: Kantaantekeninge by die Wet op Binnelandse Veiligheit 74 van 1982 | 294 |

| | |
|--|-----|
| VAN LOGGERENBERG, C: Enkele opmerkings oor die verhouding tussen artikels 4 en 5 van die Wet op Egskeiding | 174 |
| VAN OOSTEN, FFW: <i>Dolus eventualis</i> en <i>luxuria</i> —Nog 'n stuiwer in die armbeurs | 183 |
| VAN OOSTEN, FFW: Gevolgsaanspreeklikheid: 'n antwoord | 325 |
| VAN OOSTEN, FFW: Weer eens <i>dolus eventualis</i> en <i>luxuria</i> —'n verduideliking weens 'n repliek | 423 |
| VAN WYK, AJ: 'n Poging tot helderheid oor poging | 408 |
| VISSER, PJ: Bydraende nalatigheid en veiligheids gordels | 62 |
| VISSER, PJ: Nalatige krenking van die reg op die <i>fama</i> | 168 |

C VONNISSE

| | |
|--|-----|
| A Becker & Co (Pty) Ltd v Becker 1981 3 SA 406(A) deur Janet Dickman | 433 |
| Ariefdien v Soeker 1982 2 SA 570(K) deur DJ Joubert | 332 |
| Coetzee v Die Meester 1982 1 SA 295(O) deur NJ Wiechers | 206 |
| Commonwealth Trading Bank v Sidney Wide Stores (Pty) Ltd (1981) 55 ALJR 574 deur JT Pretorius | 333 |
| Die Vereniging van Advokate (TPA) en andere v Moskeplein (Edms) Bpk 1982 3 SA 159(T) deur Andre Rabie | 442 |
| Die Vereniging van Advokate (TPA) en Andere v Moskeplein (Edms) Bpk 1982 3 SA 159(T) deur Derek van der Merwe | 446 |
| Diners Club South Africa (Pty) Ltd v Durban Engineering (Pty) Ltd 1980 3 SA 53(A) deur JT Pretorius | 73 |
| Illings (Acceptance) Co (Pty) Ltd v Ensor 1982 1 SA 570(A) deur Susan Scott | 336 |
| ISEP Structural Engineering and Plating (Pty) Ltd v Inland Exploration Co (Pty) Ltd 1981 4 SA 1(A) deur DJ Joubert | 76 |
| Loureiro v The Master 1981 4 SA 248(N) deur NJ Wiechers | 80 |
| Mabaso v Felix 1981 3 SA 865(A) deur PJ Visser | 81 |
| Makgae v SentraBoer (Koöperatief) Bpk 1981 4 SA 239(T) deur AJ Kerr | 83 |
| Mayer v Williams 1981 3 SA 348(A) deur Essop M Patel | 84 |
| Mbuku v Mdinwa 1982 1 SA 219(Tk) deur AJ Kerr | 208 |
| Neuhoff v York Timbers Ltd 1981 4 SA 666(T) deur AJ Kerr | 85 |
| Northern Office Micro Computers (Pty) Limited and Others v Rosenstein 1981 4 SA 123(C) deur Essop M Patel en Ahmed M Patel | 439 |
| Pakendorf v De Flamingh 1982 3 SA 146(A) deur PJ Visser | 340 |
| S v Bailey 1982 4 SA 772(A) deur PR van Zyl | 437 |
| S v Moniz 1982 1 SA 41(C) deur PJ Visser | 210 |
| Tomes v Sithole 1982 1 SA 62(Z) deur Andrew Beck | 212 |
| Wassung v Simmons 1980 4 SA 753(N) deur CG van der Merwe | 214 |

D BOEKE

| | |
|---|-----|
| ANKUM, JA, BOSKAMP, HJN en andere: HR Hoetink: Rechtsgeleerde Opstellen deur CG van der Merwe | 455 |
| BOULLE, LJ en BAXTER, LG: Natal and KwaZulu Constitutional and Political Options deur Gretchen Carpenter | 94 |
| DU TOIT, Etienne: Straf in Suid-Afrika deur CH Cilliers | 343 |
| FEENSTRA R: Repertorium Bibliographicum Institutorum et Sodalitatum Iuris Historiae deur Johan Scott | 105 |
| FORSYTH, CF en BENNETT, TW: Private International Law deur CJ Visser en DP Visser | 96 |
| GEHLEN, A FL: Het Notariaat in het Tweeherig Maastricht. Een Rechtshistorische Schets van de Inrichting en Practijk van het Maastricht se Notariaat vanaf zijn Opkomst tot aan het einde van de Tweeherigheid over de Stad (1292–1794) deur P van Warmelo | 103 |
| JACOBS SC, FERREIRA, GM en MEYER, HJS: 'n Nuwe Grondwetlike Bedeling vir Suid-Afrika: Enkele Regsaspekte deur JD van der Vyver | 453 |
| KRUGER, A: Mental Health Law in South Africa deur JL Snyman | 228 |
| LAMBRECHTS, DS: Handleiding vir Diamant, Goud en Aanverwante Sake deur PJ Visser | 456 |
| SNYMAN, CR: Strafreë deur Steph E van der Merwe | 222 |
| SPRUIT, JE en BONGENAAR, K: De Instituten van Gaius deur CG van der Merwe | 345 |
| VAN DEN BERG, GCJJ: Eigendom Grepen uit de Geschiedenis van een omstreden Begrip deur Nic Olivier | 99 |
| VAN TONDER, SIE, BADENHORST, NP, VOLSCHEK, CH en WEPENER, JN: LC Steyn: Die Uitleg van Wette deur Dawid van Wyk | 225 |
| VAN WARMELO, Paul: Registers op die Observationes Tumultuariæ van Cornelis van Bijkershoek en van Willem Pauw deur Johan Scott | 346 |
| WIECHERS, Marinus: Verloren van Themaat: Staatsreg deur LJ Boule | 88 |

E WETGEWING

| | | |
|---------------------|----------|--|
| ORDONNANSIES | BLADSY | |
| Ord 72 van 1830 (K) | 152 | |
| Ord 12 van 1845 (N) | 150 | |
| a 1 | 149 | |
| Ord 14 van 1845 (N) | 151, 155 | |
| a 20 | 154 | |
| a 30 | 150 | |
| a 34 | 150 | |
| Ord 19 van 1845 (N) | 152 | |
| Ord 3 van 1849 (N) | 155 | |
| Ord 7 van 1852 (N) | 152 | |
| Ord 8 van 1852 (N) | 155 | |
| Ord 12 van 1903 (O) | | |
| a 14 | 46 | |
| Ord 46 van 1903 (T) | | |
| a 19 | 46 | |
| a 19(5) | 47 | |
| Ord 21 van 1966 (T) | | |
| a 121 | 444 | |
| a 134 | 444 | |

PROKLAMASIES

| | |
|-----------------------------------|---------------|
| Prok 19 van 1934 (SWA) | 47 |
| Prok R18 van 1973 | 71 |
| Prok R130 van 8.8.1973 (SK7172) | 110 |
| GK R 34/7.1.1966 | |
| a 2(d)(1) | 310 |
| a 2(e) | 310 |
| GK R475/30.3.1973 | 72 |
| GK R2235; R2236; R2237/30.11.1973 | 444 |
| GK R352/21.2.1975 (SK4594) | 355 |
| GK 1350/22.6.1979 (SK6509) | 94 |
| GK R1608/8.8.1980 | |
| reg 54 | 111 |
| GK R2561/27.11.1981 (SK7934) | 358 |
| Wet 15 van 1869 (N) | |
| a 5 | 47 |
| Wet 36 van 1902 (K) | |
| a 34 | 46 |
| Wet 31 van 1903 (N) | |
| a 16 | 46, 47 |
| Wet 27 van 1913 | |
| a 1(2) | 422 |
| Wet 3 van 1916 | |
| a 2 | 47 |
| a 4 | 47 |
| Wet 46 van 1926 | 124 e v |
| a 62(2) | 132, 135, 138 |
| Wet 5 van 1927 | 44 e v |
| a 1 | 47 |
| a 2 | 47 |
| a 7 | 47 |
| Wet 38 van 1927 | |
| a 2 | 309 |
| a 2(a) | 310 |
| a 2(b) | 310 |
| a 2(c) | 310 |
| a 2(d) | 310 |
| a 10 | 311 |
| a 11(1) | 209 |
| a 20 | 309 |
| a 22(6) | 309 e v |
| a 23 | 310 |
| a 23(10) | 310 |
| a 29 | 54 |

| | |
|-----------------|----------|
| a 29(1) | 51 e v |
| a 29(2) | 53 |
| a 29(5) | 51 |
| a 29(6) | 51 |
| a 29(7) | 51 |
| a 29(8) | 51 |
| a 29(9) | 51 |
| a 35 | 51 |
| Wet 9 van 1929 | 309 |
| Wet 46 van 1929 | |
| a 62(1)(d) | 136 |
| Wet 18 van 1936 | 258, 263 |
| Wet 24 van 1936 | 208 |
| a 29 | 337 |
| a 29(1) | 337 |
| Wet 1 van 1937 | |
| a 4 | 92 |
| Wet 28 van 1937 | |
| a 15 | 210 |
| Wet 47 van 1937 | 66 e v |
| a 1 | 66 |
| a 9 | 71 |
| a 56 | 283 |
| a 57 | 283 |
| Wet 22 van 1941 | 444 |
| Wet 32 van 1944 | |
| a 54 | 20 |
| a 55 | 15, 16 |
| a 56 | 15, 16 |
| a 57 | 15, 16 |
| a 58 | 15, 16 |
| a 59 | 15, 16 |
| a 60 | 15, 16 |
| a 87 | 22 |
| Wet 8 van 1947 | 390 e v |
| a 1 | 392 |
| a 1(1)(b) | 392 |
| a 3 | 396 e v |
| a 3(1) | 392, 397 |
| a 3(2) | 392 |
| a 3(3) | 392 |
| a 3(4) | 397 |
| a 6 | 399 |
| a 6(1) | 398, 399 |
| Wet 36 van 1947 | 358 |
| Wet 44 van 1949 | 92 |
| a 10 | 92 |
| a 11 | 92 |
| Wet 55 van 1949 | 44 |
| a 1(1) | 50, 98 |
| a 1(2) | 98 |
| Wet 21 van 1950 | 44 |
| a 3 | 47 |
| Wet 44 van 1950 | 395 |
| a 2 | 265, 296 |
| a 2(2) | 266 |
| a 5 | 297 |
| a 6 | 296 |
| a 7 | 300 |
| a 9 | 256 |
| a 10(1)(a) bis | 296 |
| a 11(h) | 257 |
| a 17 | 266 |
| Wet 56 van 1955 | |
| a 212 | 397 e v |
| Wet 69 van 1955 | |
| a 24(1) | 262 |

| | BLADSY |
|------------------|-----------------------|
| a 24(1)(a) | 263 |
| Wet 17 van 1956 | |
| a 3 | 54 |
| a 18(1) | 327 |
| Wet 34 van 1956 | |
| a 1(1)(a) | 63 e v |
| Wet 45 van 1956 | 444, 445 |
| Wet 50 van 1956 | |
| a 6 | 73, 317 |
| Wet 54 van 1956 | 214 |
| Wet 23 van 1957 | |
| a 16 | 45, 48 e v, 225 |
| a 16(1) | 49 |
| a 21(2) | 49 |
| a 22(e) | 50 |
| Wet 7 van 1958 | |
| a 32 | 302 |
| Wet 44 van 1958 | |
| a 118A | 296 |
| Wet 59 van 1959 | |
| a 20(2)(b) | 19 |
| a 22 | 22 |
| a 27 | 21 |
| Wet 34 van 1960 | |
| a 1 | 296 |
| Wet 32 van 1961 | |
| a 5A | 92 |
| a 7(4) | 391 |
| a 13 | 92 |
| a 19 | 392 |
| a 55(d) | 94 |
| a 84(1)(f) | 275 |
| a 114 | 94 |
| Wet 25 van 1965 | |
| a 16 | 85 |
| Wet 101 van 1965 | |
| a 35 | 355 |
| Wet 62 van 1966 | |
| a 22 | 296 |
| Wet 83 van 1967 | |
| a 6 | 295, 296, 302 e v |
| a 6(5) | 296 |
| Wet 88 van 1967 | 444, 445 |
| Wet 19 van 1969 | |
| a 17 | 355 |
| Wet 75 van 1969 | |
| a 1 | 211 |
| a 18 | 210 |
| a 18(1) | 210 e v |
| Wet 71 van 1962 | 351 |
| a 2(1) | 353, 355 |
| a 2(1)(a) | 351 e v |
| a 2(1)(b) | 354 |
| a 2(1)(e) | 354 |
| a 2(1)(p) | 354 |
| a 2(1)(r) | 351 |
| Wet 23 van 1963 | 311 |
| Wet 37 van 1963 | |
| a 17 | 303 |
| Wet 76 van 1963 | |
| a 31 | 83 |
| a 31(2) | 83 |
| Wet 80 van 1964 | |
| a 4 | 73, 317 |
| Wet 24 van 1965 | |
| a 29 | 283, 286 |
| Wet 66 van 1971 | 66, 110, 274 e v, 285 |

| | BLADSY |
|-----------------|-------------------|
| a 1 | 288 |
| a 1(xi) | 275 |
| a 1(xi)(9) | 275 |
| a 1(xxi) | 275 |
| a 1(xxiv) | 275 |
| a 3(2) | 283, 286 |
| a 4(1) | 275 |
| a 4(6) | 275 |
| a 4(6)(b) | 276 |
| a 4(6)(c) | 276 |
| a 4(7) | 276 |
| a 4(8) | 276 |
| a 4(9) | 276 |
| a 5(2)(a) | 275 |
| a 5(3)(f) | 289 |
| a 6(7) | 284 |
| a 8A | 276 |
| a 11(4) | 287 |
| a 11(8) | 277 |
| a 13(1) | 291 |
| a 13(5) | 291 |
| a 13(6) | 291 |
| a 14 | 283 |
| a 24(1) | 292 |
| a 24(2) | 292 |
| a 25 | 277 |
| a 27 | 288 |
| a 29(1)(e) | 290 |
| a 30(1)(a) | 289, 290 |
| a 30(1)(e) | 290 |
| a 32(f) | 287 |
| a 33 | 292 |
| a 35 | 286, 291 |
| a 36(1)(b) | 291 |
| a 36(1)(c) | 291 |
| a 36(3)(a) | 291 |
| a 37(1) | 291 |
| a 44 | 71 |
| Wet 18 van 1973 | 228 |
| Wet 61 van 1973 | 109, 110, 124 e v |
| a 1(1) | 113, 116, 117 |
| a 1(3) | 117 |
| a 31 | 116 |
| a 33 | 119 |
| a 33(1) | 118 |
| a 33(2) | 118 |
| a 34 | 119 |
| a 36 | 119, 120 |
| a 38 | 123, 281 |
| a 40(2) | 114 |
| a 59(2) | 124, 125 |
| a 65(2) | 133, 137 |
| a 66 | 117 |
| a 66(1) | 290 |
| a 141 | 109, 127 |
| a 146 | 127 |
| a 157 | 127 |
| a 183 | 132 e v |
| a 186 | 122 |
| a 189 | 126 |
| a 189(5) | 126 |
| a 190 | 136 |
| a 193(1) | 125, 290 |
| a 194 | 125 |
| a 195(2) | 125 |
| a 199 | 122, 288 |
| a 200 | 122 |

| | BLADSY |
|---------------------------|-----------------------|
| a 202 | 122 |
| a 203 | 122 |
| a 220 | 130, 289 |
| a 220(1) | 128, 129 |
| a 228 | 122, 130 |
| a 248 | 120 |
| a 340(1) | 337 |
| a 344(d) | 117 |
| a 344(h) | 133 |
| Wet 94 van 1974 | |
| a 1 | 54 |
| Wet 80 van 1976 | 276 |
| Wet 51 van 1977 | |
| a 78 | 438 |
| a 78(7) | 141 |
| a 105 | 255 |
| a 112 | 405 e v |
| a 112(1)(a) | 407 |
| a 112(1)(b) | 59 e v, 407 |
| a 113 | 59 e v, 405 e v |
| a 115 | 59, 61 |
| a 121(5)(b) | 143 |
| a 189 | 397 |
| a 203 | 398 |
| a 205 | 397 |
| a 220 | 59 e v |
| a 277 | 140, 141, 203 |
| a 277(1) | 326, 327 |
| a 300 | 212 |
| a 319 | 437 |
| a 335 | 307 |
| Wet 54 van 1978 | 94 |
| Wet 98 van 1978 | 440 |
| a 2(2) | 440 |
| a 41(3) | 441 |
| Wet 70 van 1979 | 174 e v, 311 |
| a 3 | 174 e v |
| a 4 | 174 e v |
| a 4(1) | 176 e v |
| a 4(2) | 174 e v |
| a 5 | 174 e v |
| a 5(1) | 174 e v |
| a 5(1)(b) | 181 |
| a 5(2) | 174 e v |
| a 5(3) | 181 |
| a 5(4) | 181 |
| a 9 | 178, 179 |
| a 9(2) | 181 |
| Wet 99 van 1979 | 94 |
| Wet 59 van 1980 | 109 e v, 130, 274 e v |
| a 1 | 116, 124 |
| a 1(i) | 113 |
| a 1(ii) | 116 |
| a 1(iii) | 117, 122 |
| a 1(xvi) | 111, 122 |
| a 1(xxi) | 118, 121 |
| a 2 | 124, 125 |
| a 2(1) | 124 |
| a 2(2) | 124 |
| a 3 | 114 |
| a 3(1) | 117 |
| a 3(1)(b) | 125 |
| a 3(1)(c) | 124, 125 |
| a 3(2) | 110, 116 |
| a 4 | 116 |
| a 5(1) | 275 |
| a 5(2) | 276 |

| | BLADSY |
|---------------------------|------------------------------|
| a 6(6) | 284 |
| a 7 | 124 |
| a 7(1) | 111, 116, 118, 124, 275 |
| a 7(2) | 111, 125 |
| a 7(3) | 125 |
| a 7(4) | 125 |
| a 7(5) | 111, 125 |
| a 8 | 124 |
| a 8(1) | 118, 124 |
| a 8(1)(a) | 116 |
| a 8(1)(b) | 119 |
| a 8(1)(c) | 121 e v, 150, 291 |
| a 8(1)(d) | 119, 120 |
| a 9 | 119, 124 |
| a 10 | 114, 115 |
| a 10(1) | 277 |
| a 10(a) | 126, 289 |
| a 11 | 127 |
| a 11(1)(b) | 127 |
| a 12 | 117, 289 |
| a 12(1) | 115, 129, 289 |
| a 12(2) | 130, 289 |
| a 12(3) | 117, 118, 126, 129, 289 |
| a 12(4) | 130, 289 |
| a 13 | 131, 289 |
| a 13(2) | 114, 125, 126 |
| a 14(1) | 115, 122, 123, 131, 281, 290 |
| a 14(2) | 111, 114, 126 |
| a 14(5) | 122 |
| a 14(6) | 122 |
| a 14(7) | 122 |
| a 15 | 112, 289 |
| a 16 | 127, 287 |
| a 17 | 127, 287 |
| a 17(3) | 127 |
| a 17(4) | 127 |
| a 18 | 128 |
| a 19 | 131, 292 |
| a 21 | 289 |
| a 22 | 115 |
| a 23 | 292 |
| a 24 | 110 |
| Wet 12 van 1981 | 276 |
| a 1 | 276 |
| a 2 | 276 |
| a 8A(6) | 276 |
| Wet 74 van 1982 | 294 e v |
| a 4 | 298 |
| a 4(2)(a) | 300 |
| a 5 | 298 |
| a 6 | 300 |
| a 6(2) | 301 |
| a 6(3) | 300 |
| a 6(5) | 300 |
| a 7 | 300 |
| a 8(7) | 300 |
| a 8(8) | 300 |
| a 8(9) | 300 |
| a 8(10) | 300 |
| a 10(2) | 300 |
| a 11 | 299 |
| a 11(4) | 299 |
| a 11(5) | 299 |
| a 11(6) | 299 |
| a 12 | 299 |
| a 12(2)(b) | 300 |
| a 12(3) | 300 |

| | |
|------------------|-------------------|
| a 14(10) | 301 |
| a 16(1)(a) | 301 |
| a 16(1)(b) | 301 |
| a 18 | 298 |
| a 18(1)(b) | 301 |
| a 19 | 298 |
| a 19(1)(a) | 301 |
| a 19(1)(b) | 301 |
| a 19(2) | 301 |
| a 20 | 298 |
| a 20(b) | 301 |
| a 21 | 298 |
| a 22 | 301 |
| a 25(2) | 301 |
| a 28 | 298, 300, 303 |
| a 28(8) | 301 |
| a 28(9) | 301 |
| a 29 | 298, 300, 303 e v |
| a 29(2)(a)(iii) | 298, 299 |
| a 29(2)(b) | 301 |
| a 29(4) | 301 |
| a 29(6) | 299, 306 |
| a 29(8) | 307, 308 |
| a 31 | 298, 303 |
| a 38(1) | 298 |
| a 41 | 298 |
| a 41(1) | 299 |
| a 41(4) | 298 |
| a 42 | 299 |
| a 45(1) | 308 |
| a 46 | 298 |
| a 50 | 298, 303 |
| a 54 | 298 |
| a 54(1) | 302 |
| a 54(2) | 302 |
| a 54(3) | 302 |
| a 55 | 298 |
| a 56 | 298 |
| a 57 | 298 |
| a 58 | 298 |
| a 59 | 298 |
| a 60 | 298 |
| a 62 | 298 |
| Wet 100 van 1982 | 444, 445 |

F GESELEKTEERDE TEKSTE

| | |
|-------------|-----|
| C 4 22 1 | 85 |
| 4 35 10 | 57 |
| 11 19 1 | 446 |
| D 12 2 28 6 | 217 |
| 17 1 12 17 | 57 |
| 17 1 45 pr | 57 |
| 17 1 45 2 | 57 |
| 19 2 25 5 | 217 |
| 43 24 | 216 |
| 43 24 1 1 | 218 |
| 43 24 7 4 | 217 |
| 43 24 7 13 | 217 |
| 43 24 15 1 | 217 |
| 43 24 15 7 | 218 |

Aquinas

Summa Theologia

II I Q 102 6 352

Christinaeus

Decisiones

4 146 216

| | |
|---|---------|
| Cicero | |
| <i>Pro Tullio</i> | |
| 23-53 | 217 |
| Cujacius | |
| <i>Opera Omnia</i> | |
| 9 | 358 |
| Donellus | |
| <i>De Iure Civili</i> | |
| 4 15 35 3 | 216 |
| Gaius | |
| <i>Institutiones</i> | 345 e v |
| Grotius | |
| <i>Inl</i> | |
| 3 12 9 | 57 e v |
| Heineccius | |
| <i>Treatise on Bills</i> | |
| 2 | 163 |
| <i>Hollandsche Consultatien</i> | |
| 3 2 97 | 216 |
| Huber | |
| <i>Praelectiones Juris Civilis ad D</i> | |
| 8 5 5 | 218 |
| 43 24 | 216 |
| HR | |
| 3 12 34 | 57 e v |
| 4 36 15 4 59 | 216 |
| Pauw | |
| <i>Observationes Tumultuariarum Novae</i> | 346 e v |
| Schorer | |
| <i>Inl</i> | |
| 3 28 4 | 218 |
| van Bynkershoek | |
| <i>Observationes Tumultuariarum</i> | 346 e v |
| 2 1760 | 58 |
| van der Keessel | |
| <i>Praelectiones ad Grotius</i> | |
| 3 12 9 | 58 |
| Theses | |
| 603 | 163 |
| Van der Linden | |
| <i>Inst</i> | |
| 1 15 14 | 58 |
| 3 95 | 163 |
| <i>Jud Prac</i> | |
| 1 | 166 |
| <i>Koopmans Handboek</i> | |
| 3 1 4 7 | 215 e v |
| van Leeuwen | |
| <i>Censura Forensis</i> | |
| 1 4 24 12 | 57 |
| RHR | |
| 4 26 10 | 57 |
| Voet | |
| <i>Commentarius</i> | |
| 1 46 1 | 216 |
| 10 3 7 | 218 |
| 17 1 13 | 57 e v |
| 19 2 20 | 446 |
| 43 24 | 216 |
| Wassenaer | |
| <i>Practyck Judicieel</i> | |
| 1 46 1 | 216 |

G SLEUTELWOORDE

| | |
|------------|-----|
| aandeel | |
| omskrywing | 113 |

| | BLADSY | | BLADSY |
|---|-----------------------------|-----------------------------------|--|
| aandeelhouding | 284 | deeltitelskema | 288 |
| aandeehouers | 124 | bevolkingsgroep | |
| aandelebloksmaatskappy | 124 | omskrywing | 54 |
| beskerming | 125 | bewusteloosheid | |
| aandelebloksmaatskappy | 112 e v, 279 | egskeiding | 174 e v |
| aandeel | 113 | bewys | |
| aandeehouers | 124 | afdoende | 59, 195 |
| direkteure | 128 | betekenis | 59 e v, 193 e v |
| lede | 115, 124 | voldoende | 195 |
| leningsverpligting | 111 | bewyslas | |
| verhoging | 122 | aanranding | 81 e v |
| omskrywing | 116 | bewysreg | |
| <i>ultra vires</i> handeling | 119 | seduksie en vaderskap | 84 e v |
| vaste eiendom | | billikheid | |
| vervreemding | 121 | omskrywing | 81 |
| vermoensfeer | 118 | binnelandse veiligheid | 294 e v |
| verskille met gewone maatskappy | 112 | blankes | |
| aandeleblokontwikkelaar | 111, 117 | omskrywing | 48 e v |
| aandeleblokskema | 67 e v, 110 e v, 274 e v | toetse | 49 e v |
| aard | 274 | blokaandeelhouding | |
| beëindiging | 291 | sien: aandeleblokskema | |
| bestuur | 289 | blootlegging | 73 e v |
| deeltitelskemas, en | 109 e v, 274 e v | borgkontrak | 20 |
| finansiering | 278 | gebreklik | 317 e v |
| maatskappy | 112 e v, 279 | burereg | |
| onderhoud | 290 | geraas | 447 |
| oordrag | 287 | bydraende nalatigheid | 62 e v |
| totstandkoming | 110, 284 | byeenkomste | |
| verbeterings | 290 | verbod | 298 |
| verkryging | 127 | choice of law | 208 e v |
| werking | 110 e v | Cloete, Hendrik | 148 e v |
| aanhouding | 296 e v | <i>culpa</i> | 146, 430, 437 |
| afkoelperiode | 303 | daadwerklike nakoming | 76 e v |
| gesag | 306 | deeleiendom | 284 |
| getuies | 303 | alternatiewe | 110 |
| ondervraging | 303 | deeltitelskema | 66 e v, 109 e v, 274 e v |
| sonder verhoor | 298 | aandeleblokskema, en | 109 e v, 274 e v, 284 |
| voorkomende | 298, 303 | aard | 274 |
| aanranding | | beëindiging | 291 |
| bewyslas | 81 e v | bestuur | 288 |
| aanvaardingsstoets | 50 | eiendomsreg | 277 |
| aanwas | | finansiering | 283 |
| swartes | 309 e v | geskiedenis | 66 e v |
| aanwysingsreg | 208 e v | maatskappy | 112 e v |
| <i>actio aquae pluviae arcendae</i> | 217 | onderhoud | 290 |
| <i>actio iniuriarum</i> | 169, 340, 452 | oordrag | 287 |
| <i>actio legis Aquiliae</i> | 169, 220 340 | totstandkoming | 284 |
| <i>actio negatoria</i> | 221 | wet | 71 |
| administratiefreg | | wetsontwerpe | 68 |
| <i>audi alteram partem</i> | 254 e v, 296, 301, 400 | diere | |
| handelinge | 260 e v | beskerming | 351 |
| advokaatsgelde | 9 | eksperimente | 349, 365 |
| afdoende bewys | | subjektiewe regte | 358 |
| sien bewys | | wreedheid | 349 |
| aggressie | | <i>dies induciae</i> | 7, 21 |
| ras | 51 e v | <i>dolus</i> | 142, 183 e v, 321 e v, 341, 423 e v, 430 |
| aksessoriteit | 414 | <i>directus</i> | 427 |
| <i>animus iniuriandi</i> | 168, 340 | <i>eventualis</i> | 183 e v, 321 e v, 341, 423 e v, 430 |
| <i>audi alteram partem</i> | 254 e v, 265, 296, 301, 400 | sien ook <i>luxuria</i> | |
| <i>audiatur et altera pars</i> | 4 | drukgroepe | 382 |
| bankreg | 333 | dualistiese regsleer | 312 e v |
| bedoelingssteorie | 402 | dwaling | 85 e v |
| beheer | | dwang | 438 |
| geregtelike | 11 | egskeiding | 174 e v |
| party | 11 | eiendom | |
| bestuur | | vervreemding | 121 |
| aandeleblokskema | 289 | elitisme | 375 |

| | BLADSY |
|---|------------------------|
| erotiekreg | 44 e v |
| <i>exceptio doli generalis</i> | 85 e v |
| <i>fama</i> | 168 e v, 342 |
| formaliteite | |
| burgerlike prosesreg | 13 |
| formeel omskrewe misdaad | |
| omskrywing | 413 |
| fundamental fairness | |
| beginsel | 272 |
| garansiekontrak | 73 |
| gedingkoste | 7 |
| sien ook: koste | |
| geestesongesteldheid | |
| egskeiding | 174 e v |
| gekonsolideerde lys | |
| omskrywing | 301 |
| gemeenskap | |
| verteenwoordiging | 235, 239 |
| <i>generalia specialibus non derogant</i> | 180 |
| geraas | |
| betryding | 442 e v |
| oorlas | 446 |
| veroorsaking | |
| onregmatigheid | 442 e v |
| wetgewing | 444 |
| geregtelike hersiening | |
| geslagsomgang | |
| straf | 45 e v |
| getuies | |
| aanhouding | 303 |
| kommissie van ondersoek | 390 |
| gevolgsaanspreeklikheid | 201 e v, 325 e v |
| uitskakeling | 203, 329 |
| gewoontereg | 83, 209 |
| goodwill | 433 e v |
| griffier | |
| funksies | 21 |
| grondregistrasie | 66 |
| handeldryf | |
| omskrywing | 210 |
| handelsbeperking | |
| sien: restraint of trade | |
| handelsgeheim | 439 |
| hof vir klein eise | 15 e v |
| hofreëls | 2 e v, 18 e v, 82, 256 |
| aandag aan | 2 e v |
| howe | |
| diskresie | 136, 145 |
| formaliteite | 13 |
| onafhanklikheid | 6 |
| taal | 6 |
| toeganklikheid | 5 |
| vertraging | 7 e v |
| huurkontrakte | |
| registrasie | 67 |
| huwelik | |
| egskeiding | 174 e v |
| Swartes | 309 e v |
| verbod | 47 |
| inperkingsbevele | 297 e v |
| <i>interdictum quod vi aut clam</i> | 214 e v |
| interdik | |
| vereistes | 215 |
| investeringsproses | 384 |
| irregularity doctrine | |
| omskrywing | 255 |
| judisiële handeling | 260 e v |

| | BLADSY |
|--------------------------------------|---------------------------|
| kabinetstelsel | |
| uitvoerende gesag | 384 |
| kennisgewings | 20 |
| kiesstelsel | 387 |
| klandisiëwaarde | 433 e v |
| kommissie van ondersoek | 390 e v |
| definisie | 391 |
| Galgut | 2 e v |
| gemeenregtelik | 391 |
| getuies | 390 |
| handeling | 394 |
| Hoexter | 2, 20 |
| Rabie | 295 e v |
| statutêr | 391 |
| werkzaamhede | 393 |
| wet | 392 |
| konserwatisme | |
| regsprofessie | 14 |
| kontrakte | |
| aandeleblok | 127 |
| bank-kliënt | 333 e v |
| borg | 73 e v, 317 e v |
| daadwerklike nakoming | 76 e v |
| huur | 36 |
| kommersieel | 31 e v |
| lasgewing | 56 e v |
| onbepaalde duur | 23 e v |
| onderskeid | 73 e v |
| prestasie | 76 e v |
| rektifikasie | 85 e v |
| skadevergoeding | 63, 65 76, 332 |
| spesifieke nakoming | 332 |
| terugtrekking | 76 |
| tydsklousules | 24 e v |
| vaste skaal van vergoeding | 33 e v |
| verteenwoordiging | 35 e v |
| wederkerige vertroue | 34 e v |
| werkgever-werknemer | 36 e v |
| kopiereg | |
| rekenaarprogram | 439 |
| koste | 5, 7 e v |
| bevele | 22 |
| redelikheid | 8 e v |
| vermindering | 14 |
| kredietkaarte | 74 |
| kredietwaardigheid | 171 |
| kwasi-judisiële handeling | 260 e v |
| kworum | 132 e v |
| lashebber | |
| verhaalsreg | 56 e v |
| laster | 340 |
| legitimasieproses | 384 |
| drukgroepoptrede | 388 |
| verkiegingsproses | 385 |
| lid | |
| omskrywing | 115 |
| <i>locus standi</i> | |
| probleme | 5 |
| <i>luxuria</i> | 183 e v, 323, 423 e v 430 |
| sien ook: <i>dolus eventualis</i> | |
| maatskappy | |
| aandeel | 114 |
| aandeelhouders | |
| benadeling | 136 |
| aandeleblok | 110, 112 e v |
| sien ook: aandeleblokmaatskappy | |
| bestuur | 133 |

| | BLADSY |
|--|---------------------------|
| direkteure | 128 |
| konstitusie | 132 |
| kworum | 130 |
| howe | 136 |
| lid | |
| omskrywing | 115 |
| regte | 133 |
| likwidasië | 133 |
| vergadering | 132 e v |
| vermoënsfeer | 118 |
| verskil met aandeelblokkmaatskappy | 112 e v |
| magismisbruik | 256, 307 |
| mandaatsteorieë | |
| imperatiewe | 241 e v, 247 e v, 370 e v |
| vrye | 240, 252 e v, 370 e v |
| mede-eiendom | 67, 277 |
| medepligtigheid | 410, 412 |
| misdaad | |
| formeel onskrewe | 413 |
| poging | 408 |
| moontlikheid | |
| voorsiene | 424 e v |
| moord | |
| <i>culpa</i> | 437 |
| strafvermindering | 140 e v |
| versagtende omstandighede | 144 |
| motorvoertuigassuransie | 5, 6 |
| nakoming | |
| sien: daadwerklike nakoming | |
| nalatigheid | 204 |
| bewuste | 321 |
| bydraende | 62 e v |
| natuurlike geregtigheid | 256 |
| <i>nemo iudex in re sua</i> | 4 |
| <i>nemo iudex sine actore</i> | 4 |
| nie-blankes | |
| omskrywing | 48 e v |
| toetse | 49 e v |
| sien ook: Swartes | |
| noodtoestand | 417 |
| noodweer | 81 |
| ondervraging | |
| aandhouding | 303 e v |
| onherstelbare verbroekeling | 174 e v |
| onreëlmatigheidsleerstuk | 255 |
| onregmatige daad | 83 |
| bydraende nalatigheid | 62 e v |
| gevolgsaanspreeklikheid | 204 |
| nalatigheid | 62 e v, 204 |
| skuldlose aanspreeklikheid | 340 |
| ontug | 45 e v |
| oorlas | |
| geraas | 446 |
| omskrywing | 451 |
| openbare belang | |
| vermoede | 264 |
| organisasies | |
| onwettigverklaring | 265, 296 e v |
| veiligheidsoptrede | 299 |
| <i>pactum de retrovendo</i> | 86 |
| partybeheer | 11 |
| partyregering | 376 |
| perpetual verbintenis | 24 e v |
| pers | |
| aanspreeklikheid | 340 e v |
| pleit | 405 e v |
| verandering | 20, 60, 193, 196, 200 |

| | BLADSY |
|---|-----------------|
| pleitstukke | 18 e v |
| <i>plena potestas</i> | 236, 246 |
| pluralisme | 381 |
| poging | 408 e v, 412 |
| populisme | 373 |
| presidensiële stelsel | |
| uitvoerende gesag | 384 |
| prestasie | 76 e v |
| proporsionele kiesstelsel | 377, 387 |
| prosesreg | |
| burgelik | |
| formaliteite | 13 |
| hervorming | 1 e v |
| knelpunte | 6 e v |
| oplossings | 12 |
| regsvergeelyking | 11 |
| taalprobleme | 6 |
| wetenskaplike literatuur | 3 |
| prosesstelsel | |
| formaliteite | 13 |
| stappe | 17 |
| vereistes | 17 |
| verhoor | 20 |
| vertragings | 7 |
| publikasies | |
| veiligheidsoptrede | 299 |
| verbod | 296 |
| <i>quod omnes tangit omnibus approbetur</i> | 237, 240 |
| ras | 41 e v |
| aggressie | 51 e v |
| omskrywing | 42 |
| rassisme | |
| verskil | 42 |
| straftoemeting | 55 |
| rassevermenging | |
| verbod | 45 |
| rassisme | 41 e v |
| alterrassisme | 43 |
| egorassisme | 43 |
| omskrywing | 42 |
| ras | 51 |
| verskil | 42 |
| straf | 51 |
| reduksieleer | 141 e v |
| reël in <i>Foss v Harbottle</i> | 133 |
| regering | |
| beperkte | 372 |
| soewereine | 372 |
| verteenwoordiging | 252 |
| regsfilosofie | 312 |
| regsgeskiedenis | 148 e v |
| regsg gevoel | 202, 327 |
| regsgoed | 205, 330 |
| regshulp | 5 |
| regsnorm | 312 e v |
| regsgesproke | |
| blokaandeelhouer | 284 |
| deeleienaar | 284 |
| regspersone | 14 |
| regsgverteenwoordiging | 296 |
| regswaarde | 383 |
| reger Cloete | 148 e v |
| rekenaarprogram | |
| kopiereg | 439 |
| reklamasie | |
| kontrak | 85 e v |
| restraint of trade | 38 e v, 433 e v |

| | | |
|--|---------------------------|--|
| | BLADSY | |
| <i>salus reipublicae suprema lex</i> | 295 | |
| seduksie | 84 e v | |
| sessie | 336 | |
| siplekgordels | | |
| sien: veiligheidsgordels | | |
| skadevergoeding | 63, 65, 76 e v, 171, 332 | |
| skuld | 64, 82, 146, 183 e v, 438 | |
| skuldbrief | 114, 116 | |
| skuldlose aanspreeklikheid | 169, 340 | |
| spesifieke nakoming | 332 | |
| staatsreg | | |
| verteenwoordiging | 231 e v, 370 e v | |
| staatsveiligheid | 294 e v | |
| <i>stare decisis</i> | 259, 268 | |
| strafreg | | |
| formeel omskrewe misdaad | 413 | |
| moord | 140, 437 | |
| nalatigheid | 204 | |
| poging | 408 e v, 412 | |
| vakterme | 412 | |
| strafregnorm | 312 e v | |
| strafsinvolheid | 203, 328 | |
| straftoemeting | 55, 143, 204, 329 | |
| strafvermindering | | |
| formeel | 141 | |
| informeel | 146 | |
| <i>stuprum qualificatum</i> | 46 | |
| Stuttgart model | 7, 15, 17 | |
| subjektiewe regte | | |
| diere | 358 | |
| summiere verhoor | 212 e v | |
| <i>superficies solo cedit</i> | 285 | |
| Swartes | | |
| aanwas | 309 e v | |
| huwelike | 309 e v | |
| omskrywing | 51 e v | |
| taalprobleme | | |
| prosesreg | 6 | |
| terrorisme | 296, 304 | |
| testamente | | |
| herlewing | 80 | |
| uitleg | 206 e v | |
| tjek | 333 | |
| toenadering | | |
| eroties | 445 | |
| toestemming beginsel | 237, 240, 246 | |
| <i>trias politica</i> | 297, 403 | |
| trustgebied | | |
| toegang verbode | 258 | |
| tydsbeperkinge | 16 | |
| tydsklousules | 24 e v | |
| uitleg van wette | 402 e v | |

| | |
|--|------------------|
| | BLADSY |
| uitsettingsbevel | 257, 262, 269 |
| uitvoerende gesag | |
| kabinetstelsel | 384 |
| presidensiële stelsel | 384 |
| <i>ultra vires</i> handeling | 119, 255 |
| undisclosed principal | 418 e v |
| utilitarisme | 304, 375 |
| vaderskap | 84 e v |
| veiligheidsgordels | |
| bydraende nalatigheid | 62 e v |
| veiligheidspolisie | |
| magsmisbruik | 307 |
| veiligheidswetgewing | 294 e v |
| verbintenis | |
| perpetual | 24 e v |
| voldoening | 23 |
| verhoor | 20 |
| verkiesing | 385 e v |
| vermoenskade | 171 |
| versigtigheidsreëls | 84 |
| verteenwoordiging | |
| kontraktereg | 35, 58 |
| staatsreg | 231 e v, 370 e v |
| undisclosed principal | 418 |
| vertragings | |
| howe | 7 |
| viviseksie | |
| definisie | 349 |
| wetgewing | 364 |
| voldoende bewys | |
| sien: bewys | |
| voorkomstoets | 49 e v |
| voorsienbaarheid | 321 |
| vryheid van spraak | 53 |
| vrywaringskontrak | 73 |
| vyandigheid | |
| omskrywing | 54 |
| rase | 52 |
| straf | 52 |
| wapens | |
| handeldryf | 210 e v |
| wederregtelikheid | 414, 438 |
| wetgewing | |
| aard | 404 |
| proses | 402, 445 |
| uitleg | 402 e v |
| vorming | 404 |
| wraak | 201, 326 |
| wreedheid | |
| diere | 349 |
| straf | 359 |
| wetgewing | 351 |

Hervorming van ons burgerlike prosesreg — Reform of our law of civil procedure*

HJ Erasmus

MA DLitt et Phil LLB

Professor van die Privaatreg aan die Universiteit van Stellenbosch

OPSOMMING — SUMMARY

In this paper, read at the congress of the Society of University Teachers of Law at Pietermaritzburg in July 1981, the need is stressed for greater involvement of academic lawyers in the process of much-needed reform of our system of civil procedure. Changes in our civil procedure are made *ad hoc* by the appointment, from time to time, of commissions of enquiry. As an academic discipline civil procedure is virtually non-existent at our universities; we have no "science of procedure." The result is that each commission of enquiry is faced with a mammoth task since there is no fund of research on which it can draw. Yet South Africa presents a unique field for research in that a system of substantive law of civil law origin finds practical application within a procedural framework of common law origin. In the first part of the paper the need for theoretical, practical (empirical) and comparative research is stressed.

In die tweede gedeelte van die voordrag word daar gewys op verskillende faktore waarmee rekening gehou moet word by die moontlike hervorming van ons burgerlike prosesreg. Hierdie faktore sluit onder meer in: (i) voorstelle ter bespoediging van die proses moet steeds die partye 'n billike en redelike tyd gun vir behoorlike voorbereiding; (ii) alhoewel die proses gestroop moet word van onnodige formalisme, bly 'n mate van formalisme noodsaaklik vir die behoorlike beregting van geskille; (iii) pogings om die koste van litigasie te verminder mag nie uit die oog verloor dat die regspraktyk 'n hoë mate van kundigheid vereis nie; (iv) voorstelle vir drastiese hervorming sal steeds stuit teen die inherente konserwatisme van juriste. Verder moet voorstelle op 'n eksperimentele grondslag geïmplementeer word en die praktiese werking daarvan moet behoorlik gemonitor word.

Ten slotte word die aandag gevestig op 'n aantal wyses waarop ons burgerlike proses hervorm behoort te word, naamlik (i) die daarstelling van 'n hof vir klein eise; (ii) strenger beheer oor nakoming van tydperke neergelê in die hofreëls; (iii) verwydering van onnodige stappe in die proses, byvoorbeeld die afskaffing van versoeke om nadere

* Voordrag gehou op 2 Julie 1981 in Pietermaritzburg by die kongres van die vereniging van universiteitsdosente in die regte.

Ek is dank verskuldig aan my kollegas Andreas van Wyk, Gerhard Lubbe en Max Loubser vir hul kommentaar op 'n vroeëre konsep van die voordrag. Die verantwoordelikheid vir die inhoud daarvan bly natuurlik uitsluitlik myne.

besonderhede vir doeleindes van pleit; (iv) hervorming van die reëls wat betrekking het op die periode tussen sluiting van pleitstukke en verhoor, en die daarstelling van 'n meer effektiewe voorverhoorsamespreking; (v) vereenvoudiging van die hofreëls deur verwydering van onnodige ingewikkeldhede, en (vi) drastiese hervorming van die stelsel van kosterekenings.

Die ere-sekretaris van hierdie vereniging het my versoek om u toe te spreek oor "hervorming van ons burgerlike prosesreg en die herstrukturering van ons howe" – 'n onderwerp wat volgens hom "nogal heelwat entoesiasme gaande het." Hierdie entoesiasme spruit waarskynlik uit die aktiwiteite van die kommissie van ondersoek na siviele verrigtinge in die hooggeregshof (die "Galgut-kommissie") en die kommissie van ondersoek na die struktuur en funksionering van die howe (die "Hoexter-kommissie").

Uit die aard van die saak kan ek nie, binne die bestek van minder as 'n uur, kommentaar lewer op al die fasette van ons regspleging wat deur die opdragte van hierdie twee kommissies bestryk word nie. Ek moet my dus noodwendig beperk tot enkele aspekte van die kommissies se gebiede van ondersoek. Die Galgut-kommissie moes ondersoek instel na en aanbevelings maak oor "die verkorting en vereenvoudiging" van siviele verrigtinge in die hooggeregshof, en ook voorstelle maak "wat, hoewel nie voortspruitende uit die Hofreëls nie, die uitwerking kan hê om die koste van gedingvoering te verminder." Die Hoexter-kommissie moes, as deel van sy opdrag, verslag en aanbevelings doen "oor die wenslikheid van veranderings wat tot doeltreffender en spoediger regspleging en 'n vermindering in die koste van gedingvoering kan lei." Ek gaan my dus beperk tot die hervorming van ons burgerlike prosesreg en die hele kwessie van die herstrukturering van die howe daar laat. Ek gaan ook nie 'n gedetailleerde uiteensetting probeer gee van hoe ek dink ons burgerlike prosesreg daar behoort uit te sien nie. Ek gaan eerder probeer om die taak en verantwoordelikheid van die akademiese juris in hierdie verband toe te lig by wyse van 'n voorlopige verkenning van die terrein.

1

Die Galgut-kommissie beveel in sy verslag¹ die skepping aan van 'n permanente reëlskomitee wat deurlopend aandag aan die hofreëls moet gee. Op hierdie wyse "changes in the rules will be brought about gradually" en, wat meer is, "a mammoth task once in every fifteen years or so will be avoided." Hierdie aanbeveling, wat ek onderskryf, is egter om twee redes insiggewend:

a Dit gee blyke van 'n skynbaar algemene houding dat hervorming van die burgerlike prosesreg niks meer is as 'n *ad hoc* getimmer aan die hofreëls nie. Die burgerlike prosesreg is veel meer as 'n blote versameling hofreëls. Sonder die waarborg van prosesregtelike remedies kan die

¹ 129.

substantiewe inhoud van die reg vir die individuele lid van die gemeenskap sonder betekenis wees. Oliver Wendell Holmes Jr het by geleentheid gesê dat

“legal obligations that exist but cannot be enforced are ghosts that are seen in the law but are elusive to the grasp.”²

Die burgerlike prosesreg is ’n belangrike aanwyser van ’n gemeenskap se juridiese waardesistiem. Reeds in 1906 het die Oostenrykse geleerde Franz Klein gesê:

“the squalid, arid, neglected phenomenon of civil procedure is in fact strictly connected with the great intellectual movements of peoples; and . . . its varied manifestations are among the most important documents of mankind’s culture.”³

Hervorming van ’n stelsel van prosesreg kan nie in isolasie, afgeskei van die kulturele konteks waarbinne dit aanwending moet vind, geskied nie.

b Die aanbeveling van die kommissie plaas, tweedens, op indirekte wyse, die vinger op wat miskien dié grootste probleem is by enige poging tot hervorming van ons burgerlike prosesreg. In 1923 het professor Robert W Millar gesê:

“[W]e cannot but admit the truth of Kohler’s observation that for the Anglo-American law, as for the French, there is no science of procedure: its ‘procedural literature is still on a basis of practical commentary.’ ”⁴

Sedertdien het daar wêreldwyd, ook in die Anglo-Amerikaanse lande, ’n “science of procedure” ontwikkel met ’n enorme wetenskaplike literatuur. Hierdie ontwikkeling het Suid-Afrika grootliks verbygegaan, en in die feitlik algehele afwesigheid van ’n wetenskaplike literatuur oor die burgerlike prosesreg gaan kommissies van ondersoek telkens te staan kom voor ’n “mammoth task.” Bydraes op die gebied van die “practical commentary” word in toenemende mate deur akademici gelewer, en hopelik sal hierdie belangstelling aan die kant van akademici uitgroeï tot die wetenskaplike beoefening van die burgerlike prosesreg aan ons universiteite. Of dit wel sal gebeur, betwyfel ek soms. Ek kry die indruk dat akademiese juriste dit nodig vind om hul kennis en vaardighede aan te wend om hul inkomste aan te vul, eerder as om basiese navorsing te doen. Ons het nietemin ’n groot agterstand om in te haal.

Die akademiese juris het ’n belangrike, ek wil byna sê onontbeerlike, bydrae te lewer tot enige poging om ons burgerlike prosesreg te verbeter en te hervorm. Reeds in 1926 het professor Samuel Williston van Harvard gesê:

“Careful research is the indispensable requisite to any successful accomplishment in improving procedure. Such research must include among other things an examination of experiments that have been tried not only in England, and America, but under other systems of law.”⁵

² *The Western Maid* 257 US 419 (1921) 433.

³ *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse* 2e uitg (Frankfurt am Main 1958) 8. Sien in hierdie verband in besonder die voortrefflike bydrae van Mirjan Damaska “Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure” 1975 *Yale LJ* 480-544.

⁴ *A History of Continental Civil Procedure* Engelmann red (London 1928) 5. Die bydrae van Millar getiteld “The Formative Principles of Civil Procedure” het oorspronklik verskyn in 1923 *Illinois LR* 1-36 94-117 150-168.

⁵ In ’n voorwoord tot *A History of Continental Civil Procedure* lix-lx.

Suid-Afrika bied om verskeie redes 'n vrugbare en uitdagende terrein vir navorsing op die gebied van die burgerlike prosesreg. Eerstens bestaan daar in Suid-Afrika die unieke situasie dat 'n substantiewe regstelsel van civil law-oorsprong prakties aanwending vind binne 'n prosesregtelike raamwerk van common law-oorsprong. Tweedens ontwikkel ons in toenemende mate tot 'n moderne, geïndustrialiseerde "massaproduksie-massakonsumpsie" gemeenskap. Hierdie ontwikkeling laat sy invloed geld op 'n veel wyer terrein as bloot die ekonomiese. Groot skaalse verstedeliking vind plaas, georganiseerde arbeid beïnvloed diensbetrekkings, die staat gryp in op byna alle terreine van die samelewing, en die massamedia het 'n sielkundige invloed wat miskien nog nie ten volle begryp word nie. Ook die reg kan die invloed van hierdie ontwikkelings nie ontsnap nie. Professor Mauro Cappelletti sê in hierdie verband:

"Faced by such fascinating, yet dangerous social phenomena of gigantic and universal dimensions, the law, as an instrument of social order, must undertake tasks unknown in previous times. More and more frequently, because of the 'massification' phenomena, human actions and relationships assume a collective, rather than a merely individual, character; they refer to groups, categories, and classes of people, rather than to one or a few individuals alone."⁶

Die tradisionele beeld van litigasie as wesenlik 'n geskil tussen twee partye alleen deug eenvoudig nie altyd meer nie. Die verspreiding van vals inligting deur groot maatskappye, die verbreking van kollektiewe arbeidsooreenkomste, die besoedeling van die omgewing, die vervaardiging en verspreiding van defektiewe verbruikersgoedere, skep probleme van sowel substantief- as prosesregtelike aard. Derdens, as Afrikaland, ervaar ons ook die "pluralisme" wat waarnemers elders in Afrika beskryf: die spanning tussen gewoonteregtelike meganismes vir die bylê van geskille en prosesvorme van Wes-Europese oorsprong.⁷

2

Hoewel hy slegs die noodsaak van regsvergelykende studie vermeld, maak Williston dit duidelik dat navorsing op die gebied van die burgerlike prosesreg op verskeie terreine behoort te beweeg. In ons situasie behoort hierdie navorsing oor minstens 'n stuk of vier terreine te beweeg:

2.1 Elke stelsel van burgerlike prosesreg berus op 'n teoretiese (ideologiese) onderbou wat die aard en karakter van die stelsel bepaal. Elke prosesstelsel moet ook, in teorie en praktyk, voldoen aan sekere vereistes, sommige waarvan eeue-oud is; byvoorbeeld, die beginsels vervat in die spreuke *nemo iudex sine actore*, *nemo iudex in re sua* en *audiatur et altera pars*. Hieroor kan daar baie lank gepraat word en ek volstaan met vermelding van slegs enkele van die vroeë wat in hierdie verband ontstaan: Op welke wyse word die regte van siviele litigante, grondwetlik of

⁶ "Vindicating the Public Interest through the Courts: A Comparatist's Contribution" 1976 *Buffalo LR*, herdruk in *Access to Justice (The Florence Access-to-Justice Project)* Cappelletti algemene red (Alphen aan de Rijn/Milaan 1978-1979) bd III 515-564. Daar word vervolgens na die verskillende bande in hierdie reeks verwys as *Access to Justice*.

⁷ sien Bush "A Pluralistic Understanding of Access to Justice: Developments in Systems of Justice in African Nations" in *Access to Justice* bd III 261-310.

andersins, gewaarborg, en is die bestaande waarborges voldoende?⁸ Is die uiteindelijke oogmerk van die siviele proses die bepaling van die "formele" of die "objektiewe" waarheid? Die antwoord op hierdie vraag kan bepaal of die regter gesien word as 'n blote skeidsregter wat die bewysmateriaal beoordeel wat die partye aan hom voorlê en of die regter aktief en op eie beweging ondersoek moet instel ten einde die "waarheid" te agterhaal.⁹ Is die siviele howe toeganklik vir elke lid van die gemeenskap?¹⁰ Word toeganklikheid wat op papier bestaan nie geïnhibeer deur faktore soos

a te hoë gedingskoste;

b onvoldoende regshulp aan minder gegoedes – dit is, byvoorbeeld, verontrustend dat die appellant in *Duze v Eastern Cape Administration Board*¹¹ regshulp toegestaan is in die hof *a quo* maar nie in appèl nie, want die appèl was (in die woorde van appèlregter Trollip)¹² "a test case of considerable importance and urgency" oor die "somewhat labyrinthine legislation" wat geld ten opsigte van die maandelikse huurgeld wat die appellant en baie ander swart huurders in 'n bepaalde woongebied moes betaal;

c strategiese voordele wat sommige partye bo ander geniet, byvoorbeeld verweerders in MVA-eise;

d probleme in verband met *locus standi* waar die belange van ongedefinieerde groepe geraak word, byvoorbeeld die "diffuse interests" van persone wat beswaar maak teen ontwikkelinge wat die omgewing skend of die lug besoedel;¹³

⁸ Sien in die algemeen *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation* Cappelletti en Tallon reds (Milaan/New York 1973). Daar word vervolgens na hierdie werk verwys as *Fundamental Guarantees*.

⁹ Dit gaan hier oor die onderskeid tussen die *Verhandlungsmaxime* wat 'n passiewe rol aan die regter toesê, en die *Untersuchungsmaxime* wat 'n aktiewe, ondersoekende rol aan die regter toesê. Die prosesreg van die common law-lande is gebou op die *Verhandlungsmaxime* – oor die gelding daarvan in Suid-Afrika sien Baxter "Civil Litigation and Jura Novit Curia" 1979 *SALJ* 531. Die *Untersuchungsmaxime* geld in die lande van Wes- en Oos-Europa en in stelsels elders in die wêreld wat op dié model gebou is. Prof Z Stalev van die Universiteit van Sofia beskryf die "principle of objective truth" as een van die "pillars of socialist civil procedure" (*Fundamental Guarantees* 403). Sien in die algemeen verder Cappelletti en Jolowicz *Public Interest, Parties and the active Role of the Judge in Civil Litigation* (Milaan 1975) en Baur "The Active Role of the Judge" 1976 *Law and State* 31. Die "disquieting features" waarna Kaplan verwys in verband met 'n saak waarby hy as prokureur betrokke was, sou ondervang kon gewees het in 'n stelsel waarin die *Untersuchungsmaxime* geld (1981 *De Rebus* 171). Soos die geval waarna Kaplan verwys duidelik illustreer, is die rol wat aan die regter in die proses toegesê word en die reëls van die bewysreg, onafskaidbaar aan mekaar verbonde.

¹⁰ Oor toeganklikheid sien die groot aantal regsvergelykende studies versamel in die *Access to Justice*-reeks; Baumgärtel *Gleicher Zugang zum Recht für Alle* (Köln 1976); "Project: An Assessment of Alternative Strategies for Increasing Access to Legal Services" 1980 *Yale LJ* 122-164.

¹¹ 1981 1 SA 827 (A).

¹² 832 en 845. In 'n geval soos hierdie behoort terugwerkende toekenning van regshulp moontlik te wees.

¹³ Sien die bydrae van Rabie en Eckard met die veelseggende titel "Locus standi: the Administration's Shield and the Environmentalist's Shackle" 1976 *CILSA* 141-160.

e taalprobleme by persone wie se moedertaal nie een van die amptelike tale is nie (in siviele aangeleenthede is tolkgeriewe vir Zulu-, Xhosa of Sotho-sprekende Suid-Afrikaners nie van staatsweë beskikbaar nie)¹⁴

Is die howe onafhanklik en word hul onafhanklikheid voldoende gewaarborg? Word die onafhanklikheid van die howe nie op subtile wyse ondermyn as regsprekende amptenare ook administratiewe funksies moet verrig wat, selfs onbewustelik, hul regsprekende funksie beïnvloed nie?¹⁵

Dit is wenslik dat ons in Suid-Afrika ons sal vergewis van die fundamentele vereistes waaraan 'n prosessistiem moet voldoen, dat ons teenoor onself die teoretiese grondslae van ons eie prosesreg sal verantwoord, dat ons sal soek na moontlike leemtes in die teoretiese onderbou van ons eie sisteem, en dat ons sal bepaal in welke mate die teorie prakties verweselik word.

2 2 Die tweede terrein waarop navorsing oor die burgerlike prosesreg behoort te beweeg, is identifikasie van knelpunte deur bestudering, ook by wyse van empiriese ondersoek, van die prosesreg *in werking*. Elke denkbare faset van die proses kan aan ondersoek onderwerp word: van 'n sielkundige ondersoek na die rede waarom litigante sku is vir die howe¹⁶ tot 'n sosiologiese ondersoek na wat suksesvolle eisers in MVA-gedinge doen met die geld wat hulle ontvang.¹⁷ Van meer praktiese belang sou wees 'n ondersoek na, byvoorbeeld, die nut al dan nie van sekere stappe in die proses en die moontlike uitkakeling van onnodige stappe, of 'n ondersoek na die effektiwiteit van die voorverhoorsame-spreking as 'n meganisme om die afhandeling van die geding te bespoedig. 'n Amerikaanse ondersoek het met, onder andere, die ietwat verbasende bevinding vorendag gekom dat eisers in aksies vir skadevergoeding weens persoonlike beserings na verhouding meer verhaal het in dié gevalle

¹⁴ *State Attorney v Sitebe* 1961 2 SA 159 (N) bied 'n illustrasie van die probleme ervaar deur 'n (vermoedelik) Zuluspreekende litigant wat sy eie saak behartig het. Die feit dat die hof tereg bevind het dat hy 'n kwelsugtige litigant was, doen nie af aan die taalprobleem wat hy ervaar het nie.

¹⁵ 'n Voorbeeld hiervan word gebied deur *S v Letuka* 1981 1 SA 76 (O).

¹⁶ Die spanning veroorsaak deur litigasie, die ongewone atmosfeer wat heers in die hof en die onverstaanbare procedures bring mee dat die deursnee leek verkies om die hof te vermy. Hierdie sielkundige versperring word groter in die geval van minder-gegoede en ongeletterde persone, asook persone wat nie die taal verstaan waarin die verrigtinge plaasvind nie. In Duitsland is bevind dat vreemde arbeiders verwar word deur hofverrigtinge, bevrees is dat hulle nie vrae sal verstaan of hulself verstaanbaar sal maak nie, en bang is dat die hof dalk teen hulle bevooroordeel sal wees (sien Luther "Gastarbeiter vor deutschen Zivilgerichten" in *Gastarbeiter in Gesellschaft und Recht* (München 1959) 159). Sien verder Cahn en Cahn "What Price Justice? The Civilian Perspective Revisited" 1966 *Notre Dame Lawyer* 929; Danzig "Toward the Creation of a Complimentary Decentralized System of Criminal Justice" 1973 *Stanford LR* 1.

¹⁷ Daar bestaan na die beste van my wete geen sodanige studie nie. O'Connell en Simon het 'n studie gemaak van die houding en gesindheid jeens vergoeding vir pyn en lyding aan die kant van slagoffers van motorongelukke (*Payments for Pain and Suffering - Who wants What, When and Why?* (Insurers Press 1972)). In 'n bespreking van dié boek sê Ogus dat hy "would have been extremely interested to learn what accident victims did with their money" (1974 *Modern LR* 233).

waar 'n behoorlike voorverhoorsamespreking gehou is.¹⁸ *Onnodige vertraging* en *hoë gedingskoste* word gewoonlik uitgesonder as die twee belangrikste knelpunte in ons burgerlike prosesreg. In die afwesigheid van empiriese navorsing is dit moeilik om die presiese omvang en die oorsake van die probleme in hierdie verband te identifiseer, en om moontlike oplossings aan die hand te doen. Laat ons kortliks let op elk van hierdie twee knelpunte.

2 2 1 As daar gepraat word oor *onnodige vertraging* van die proses ontstaan die vraag: Wat is die korrekte of gepaste of gemiddelde tyd vir die afhandeling van 'n siviele geding? Wat is die gepaste tyd vir die afhandeling van 'n eenvoudige eis in die landdroshof vir minder as R1 000, waar die dokumentasie 50 bladsye beloop en aan elke kant slegs twee getuies aangehoor word? Wat, aan die ander kant, is die gepaste tyd vir die afhandeling van 'n geding waar daar meer as R2-miljoen in geskil is, waar daar 850 bladsye pleitstukke, kennisgewings en bylaes is, waar die regsvertegenwoordigers sowat 30 000 bladsye bewysstukke moes bestudeer ten einde 10 600 bladsye daarvan uiteindelik aan die hof voor te lê?¹⁹

Dit is maklik om die ekstreme geval te identifiseer. In *Mabaso v Minister of Police*²⁰ het daar agt jaar verloop vanaf die uitreiking van die dagvaarding tot die verhoordatum, en op die verhoordatum doen die eiser aansoek vir 'n verdere wysiging van sy pleitstukke! Ná vermelding van "what appears to be gross dereliction of professional duty," verwys die regter die stukke na die Transvaalse prokureursvereniging vir verdere ondersoek en moontlike optrede. Maar wat van die geval waar die tydperke voorgeskryf deur die hofreëls stiptelik nagekom word – kan daar dan nog sprake wees van onnodige vertraging? Bespoediging of vertraging van die proses is nie op sigself meetbare entiteite nie. Die enigste norm is die tydperke voorgeskryf deur die hofreëls, en die probleem is dat die oorsaak by die norm self kan lê. In 'n eenvoudige aksie in die hooggeregshof waar die *dies induciae* 14 dae is, en waar ná betekening van die dagvaarding besonderhede gevra word, en waar ná aflewering van die verweerskrif weer besonderhede gevra en verskaf word, maar geen replikasie afgelewer word nie, laat die hofreëls 98 dae toe vanaf betekening van die dagvaarding tot sluiting van die pleitstukke. 'n Periode van 98 hofdae kom neer op ongeveer 136 gewone dae. In verrigtinge ingevolge die sogenaamde Stuttgart-model in Wes-Duitsland het dieselfde periode (wat 'n replikasie ingesluit het) vanaf 49 tot 133 dae geduur met 'n gemiddelde van 70 dae.²¹

¹⁸ Rosenberg *The Pretrial Conference and Effective Justice. A Controlled Test of Personal Injury Litigation* (Columbia University Press 1964) 58–70.

¹⁹ Die verwysing is na *Fisheries Development Corporation of SA Ltd v Jorgenson* 1980 4 SA 156 (W).

²⁰ 1980 4 SA 319 (W). In Engeland, in *Towli v Fourth River Property Co Ltd* *The Times* 1976-11-23 is 'n vertraging van nege jaar vanaf dagvaarding tot verhoor as skandalig beskryf. Sien ook die opmerkings van lord Denning MR in *Buttes Gas and Oil Co v Hammer* (No 3) 1980 3 All ER 475 (CA) 480 en 487.

²¹ Bender "The Stuttgart Model" in *Access to Justice* bd II 433–475 447.

Die soeke na oorsake van vertraging moet nie beperk word tot faktore soos die werking van hofreëls, die optrede van praktisyns, oorvol howe en dergelike nie. Verdragings word soms veroorsaak deur minder voor-die-hand-liggende faktore. Die American Bar Association Action Commission to Reduce Court Costs and Delays het byvoorbeeld bevind dat verdragings ook veroorsaak word deur gebrekkige ondersteunende dienste by die howe: hulpmiddels soos elektriese tikmasjiene en dikteermasjiene ontbreek dikwels.²² Die Suid-Afrikaanse regter vergeet van "luukshede" soos elektriese tikmasjiene en dikteermasjiene as hy die dag sy kamers as advokaat sluit.²³

2 2 2 *Hoë gedingskoste* is 'n geliefkoosde onderwerp, ook onder leke, waaroor daar baie, dikwels met min kennis, gepraat word. 'n Opspraakwekkende siviele saak gee klokslag aanleiding tot sensasionele berigte in koerante dat die koste in die saak soveel duisend rand bedra. Die vraag is, wat is of behoort die gepaste of redelike of gemiddelde koste van 'n bepaalde soort geding te wees? Wat is die redelike koste van 'n eenvoudige eis vir uitsetting in die landdroshof? Wat, aan die ander kant, is die redelike koste van 'n geding soos in *Lipschitz v Wolpert and Abrahams*²⁴ waarin appèlregter Holmes²⁵ verwys na

"the massive sum at stake [meer as R3-miljoen], the novelty and complexity of the legal issue, and its importance to the parties and to the accounting and auditing profession"?

"Redelike gedingskoste" is eenvoudig nie objektief meetbaar nie.

Daar is veral twee kriteria wat gebruik kan word om die redelikheid al dan nie van gedingskoste te beoordeel: (a) die verhouding tussen gedingskoste en die bedrag in geskil, en (b) die verhouding tussen partyen-partygelde en prokureur-en-kliëntgelde. 'n Derde kriterium word soms aangewend, naamlik die verhouding tussen gedingskoste en die inkomste van die litigant, maar by gebrek aan gegewens oor plaaslike toestande kan ek nie daarvoor uitwei nie.

a Die eerste is natuurlik geen absolute kriterium in dié sin dat ons weet wat die verhouding gedingskoste: bedrag in geskil behoort te wees nie. 'n Eis vir 'n geringe bedrag kan ingewikkelde feite- en regs vrae te berde bring wat aansienlik meer voorbereidingswerk van die regsverteenvoerders verg as 'n veel groter eis. Dit is miskien een van die besware wat ingebring kan word teen die Wes-Duitse sisteem waar die regsverteenvoerder se gelde uitsluitlik bepaal word deur die omvang van die bedrag in geskil. Aan die ander kant het die Duitse stelsel dié voordeel dat die omvang van die potensieële gedingskoste voorspelbaar is.

Empiriese studies oor die verhouding gedingskoste: bedrag in geskil het onder meer die volgende resultate opgelewer:²⁶ in die Verenigde

²² 1980 *ABA* 7 965; 1981 *De Rebus* 65.

²³ Sien die verslag van die getuienis van r Margo voor die Hoexter-kommissie in 1980 *SALJ* 668.

²⁴ 1977 2 SA 732 (A).

²⁵ 751.

²⁶ Die gegewens is ontleen aan verskillende bande in die *Access to Justice*-reeks.

State is in 1968–1970 in skadevergoedingseise voortspruitend uit motorbotsings 'n gemiddelde bedrag van \$3000 deur eisers verhaal, waarvan 35,5% na die regsverteenvoorder gegaan het en 8% aan ander uitgawes bestee is. In Engeland is bevind dat in dieselfde soort geding in ongeveer 'n derde van die bestrede sake "the total costs were greater than the amount in dispute." In Italië is bevind dat by groot eise die koste 8,4% van die bedrag in geskil bedra, en by klein eise soveel as 170%. In Wes-Duitsland is bevind dat as die bedrag in geskil 200 DM of minder bedra, die gedingskoste 336 DM kan bedra; onder bepaalde omstandighede kan die koste, as die bedrag in geskil 10 000 DM bedra, gelykstaande wees aan die bedrag in geskil.

Oor die Suid-Afrikaanse situasie bestaan daar geen empiriese gewens nie, maar die volgende is insiggewend. Waar die bedrag in geskil tussen R400 en R1 500 is, word in die landdroshofreëls aan advokaatsgelde op party-en-party grondslag vir die eerste dag van die verhoor hoogstens R150 toegelaat, met 'n aanvullingsgeld van hoogstens R100 per dag vir verdere dae.²⁷ Daarnaas is die prokureur geregtig op R10 per uur vir elke uur wat hy in die hof teenwoordig is terwyl die saak werklik verhoor word.²⁸ Beloop die bedrag in geskil R1 500, en is die prokureur geregtig op R50 vir die dag, beloop die verhoorgelde van een party vir net die eerste dag 13,3% van die bedrag in geskil, en dié van albei partye saam 26,6%. Beloop die bedrag in geskil slegs R500, word albei partye deur 'n advokaat verteenwoordig en duur die verhoor twee dae, dan kan net die *advokaatsgelde* van die twee litigante op party-en-party grondslag, soos toegelaat deur die hofreëls, gelykstaande wees aan die bedrag in geskil; duur die saak slegs een dag, bedra die advokaatsgelde *alleen* 60% van die bedrag in geskil.

b 'n Bepaalde spanning tussen advokaatsgelde in die hooggeregshof op party-en-party grondslag en op prokureur-en-kliënt grondslag het tydens die afgelope aantal jare kop uitgesteek. In *Scott v Poupard*²⁹ het die suksesvolle respondent in appèl in sy kosterekening vir 'n tweedaagse appèl 'n totale bedrag van R12 000 vir die senior en junior advokaat aangetoon. Die takseermeester het die bedrag verminder na R8 000, en die appèlhof in hersiening na R5 000. By finale taksasie is dus slegs 41,6% van die prokureur-en-kliëntrekening toegelaat. In *Nku v Nkosi*³⁰ is 'n totale bedrag aan advokaatsgelde van R5 000 in hersiening van taksasie verminder na R2 250, dit wil sê 45% van die prokureur-en-kliëntrekening.

Hierdie spanning tussen party-en-party- en prokureur-en-kliëntgelde verleen 'n bepaalde perspektief aan die gemor oor advokaatsgelde

²⁷ Bylae 2 Tabel A Deel IV items 25 en 28 van die landdroshofreëls. Tabel A van Bylae 2 is intussen, met ingang van 1 Oktober 1981, in sy geheel vervang (GK R1800 van 1981), en die bedrae vermeld in die teks is verhoog na R200 en R135 onderskeidelik.

²⁸ Bylae 2 Tabel A Deel III item 26(b) van die landdroshofreëls. Die bedrag in die teks vermeld, is met ingang van 1 Oktober 1981 verhoog na R15. Sien die vorige vn.

²⁹ 1972 1 SA 686 (A).

³⁰ 1981 1 SA 142 (B).

wat van tyd tot tyd van die kant van prokureurs en die regbank gehoor word. Reeds in 1969 verwys Hoppenstein na advokaatsgelde

“which . . . are generally (and I say this with the greatest respect to counsel) disproportionate to the amount in issue, the work done and responsibility undertaken by counsel in the conduct of the particular claim.”³¹

Volgens die Galgut-kommissie is klagtes ontvang dat sommige advokate “were charging inordinately high fees.”³² In *Reef Lefebvre (Pty) Ltd v SA Railways and Harbours*³³ het regter Coetzee hom in sterk taal uitgespreek teen ’n toename in advokaatsgelde “at a substantially greater rate than is warranted by the falling value of money,”³⁴ en dit nodig gevind “to sound a note of caution to the Bar.”³⁵ Regter Coetzee identifiseer veral twee knelpunte:

i die geregverdigde hoë gelde van toonaangewende senior advokate met buitengewone bekwaamhede wat lei tot ’n ongeregverdigde styging in die gelde van ander advokate “who do not wish to lag behind their peers,” en

ii die gelde van sommige juniors “with no great seniority, experience or skill” wat te hoog is. Hierdie opmerkings is onlangs onderskryf deur hoofregter Hiemstra in *Nku v Nkosi*.³⁶ Soos regter Coetzee aandui, is hierdie primêr ’n aangeleentheid vir die verskillende balierade, maar miskien kan ek herhaal³⁷ wat ek in die 1978 *Annual Survey* 635 geskryf het na aanleiding van regter Coetzee se uitspraak:

“A general fee-structure which is too high, or individual counsel charging fees which are unreasonably high, may not only lead to discredit of the profession but may also result in pressure for some form of outside control of counsel’s fees.”

Ek dwaal af. Wat ek probeer illustreer, is dat deur die aanwending van die twee kriteria wat ek vermeld het, die identifikasie van probleme in verband met gedingskoste op ’n vaster grondslag kan geskied. Uit die karige gegewens oor die Suid-Afrikaanse situasie kan moeilik vaste gevolgtrekkings gemaak word. Sekere tendense, of simptome, is egter merkbaar. Die verhouding gedingskoste: bedrag in geskil in die landdroshof dui daarop dat die party-en-party-geldestruktuur soos gestel in die landdroshofreëls waarskynlik te hoog is. Dit is in ooreenstemming met bevindinge elders in die wêreld dat die verhouding gedingskoste: bedrag in geskil groter word na gelang die bedrag in geskil kleiner word. Dit onderstreep die behoefte aan ’n hof vir klein eise. Die spanning tussen party-en-party- en prokureur-en-klëntgelde dui weer op die moontlikheid van té hoë professionele gelde in sommige gevalle in die hooggeregshof.

³¹ 1969 *THRHR* 153 169.

³² bl 11 van die verslag van die Kommissie.

³³ 1978 4 SA 961 (W).

³⁴ 964.

³⁵ 966.

³⁶ 1981 1 SA 142 (B).

³⁷ Ek is bewus van die woorde van John Kenneth Galbraith *The Affluent Society* (Pelican 1962) 43 nl “ . . . the only individual less to be forgiven than the man who repeats others is the man who repeats himself . . . ”

Gedingskoste in die Suid-Afrikaanse praktyk moet dus aan veel meer diepgaande studie onderwerp word as wat tot dusver die geval was. Daar is, eerstens, soos aangetoon, 'n behoefte aan empiriese studies oor die praktiese werking van die huidige sisteem. Tweedens moet daar in die soeke na oplossings verder gekyk word as bloot na aanpassing van voorgeskrewe tariewe in die hofreëls. Byvoorbeeld, is die beginsel dat die suksesvolle party geregtig is op 'n kostebevel in sy guns in alle gevalle geregverdig? Hou 'n kostetarief op die grondslag van die omvang van die bedrag in geskil nie groter voordele as nadele in nie? Moet die stelsel van korrespondente nie afgeskaf word nie? Moet advokaatsgelde nie beperk word tot die bedrag wat op taksasie toegelaat word nie?

2 3 Regsvergelykende studie is die derde belangrike terrein waarop navorsing oor die burgerlike prosesreg behoort te beweeg. Die problematiek van die prosesreg is universeel en bied 'n vrugbare veld vir regsvergelykende studie. Soos alle regsvergelykende arbeid moet regsvergelyking op die gebied van die prosesreg, ten einde sinvol te wees, met omsigtigheid gedoen word. Elke prosesregtelike sisteem dien die behoeftes van 'n bepaalde gemeenskap, is gegrond op 'n bepaalde ideologie, en dien ter afdwinging van die voorskrifte van 'n bepaalde sisteem van substantiewe reg. Dit baat dus nie om sonder meer die deugde van 'n besondere sisteem te besing en klakkelose oornamte daarvan te bepleit nie.

Die fundamentele verskil in uitgangspunt tussen die Anglo-Amerikaanse proses en die proses van die lande van Wes-Europa moet, byvoorbeeld, steeds in gedagte gehou word. Die Anglo-Amerikaanse proses, en dus ook ons proses, is gegrond op die beginsel van partybeheer ("party control," "party prosecution," "Selbstbetrieb"); die proses van Wes-Europa is in die algemeen gegrond op die beginsel van geregtelike beheer ("judicial control," "Offizialbetrieb"). Die verskil kan miskien ten beste verduidelik word in die woorde van Millar:

"... the principle of party control represents the phenomenon . . . that, in general, the court will take no step in the case except on motion of the party. Its opposite is that, once an action has come into being, the court, with or without motion, will cause to be taken all steps necessary for its due adjudication."³⁸

Hierdie verskil in uitgangspunt het 'n wesenlike invloed op die funksie van die regspraktisyn en die rol van die regter in die proses. Dit beïnvloed die hele werk- en denkwys, die ingewortelde geesteshouding van praktisyn en regter. Byvoorbeeld, volgens die Galgut-kommissie is een van die knelpunte in ons proses die feit dat praktisyns die voorgeskrewe tydperke vir die aflewering van pleitstukke ignoreer. Die Wes-Europese sisteem, waar die uitwisseling van pleitstukke onder die direkte beheer van die regter geskied wat die tydperke vir die uitwisseling daarvan vasstel, skyn 'n aantreklike oplossing te bied. Die Wes-Europese sisteem is egter ten nouste verbonde aan die aktiewe rol wat die regter speel in 'n stelsel van geregtelike beheer. Oorplanting daarvan het dus wyer implikasies wat aansienlike aanpassing van praktisyn en regter sal verg, en kan maklik

³⁸ *A History of Continental Civil Procedure* 22-23.

tot 'n pynlike verwerpingsproses lei.³⁹ Ontwikkelinge in Japan sedert 1890 kan as illustrasie en waarskuwing dien.⁴⁰

Daar moet dus rekening gehou word met die sosiale, ekonomiese en kulturele klimaat waarbinne 'n prosesregtelike sisteem funksioneer. In die sosialistiese lande van Oos-Europa word siviele geskille gewoonlik baie vinnig en goedkoop afgewikkel. 'n Oomblik se nadenke sal toon dat die sosialistiese model, behalwe wat klein eise betref, geen oplossing vir ons probleme bied nie. In die Sowjet-Unie oorskry die bedrag in geskil in 90–95% van die sowat 2-miljoen siviele sake wat jaarliks voorkom, nie 500 roebel nie ('n roebel is iets meer as 'n Amerikaanse dollar). Geskille tussen die verskillende sosialistiese staatsondernemings word gewoonlik bereg deur spesiale tribunale want, soos professor Z Stalev van die Universiteit van Sofia dit stel:

“In a figurative sense (these disputes) are internal in the unified socialist planned economy and can be determined more successfully by special organs closely connected with the planning organs than by the courts.”⁴¹

2 4 The fourth area of research concerns the search for solutions. This grows from and overlaps research in the other areas I have indicated. Once a problem has been identified, solutions must be sought, *inter alia*, in the experiments that have been tried in other systems of law. Any solution offered must accord with the fundamental principles of our law of civil procedure.

This does not mean that we need not be bold and visionary and creative in our search for solutions. Our efforts can surely be more imaginative than a mere tinkering at the rules of court. Restructuring of the system of civil courts, reform of the law of evidence, reform of the substantive law (in New Zealand “no fault” accident compensation has led to a reduction in the duration of litigation and in costs), devising alternative methods to decide civil disputes (for example, procedures to encourage fair settlements by conciliation of the parties), a search for a “fusion of philosophies” by resolving the conflict in principle between party control and judicial control (this has to some extent been achieved in the West German Stuttgart model) – these and other solutions should

³⁹ Kahn-Freund “Uses and Misuses of Comparative Law” 1974 *Modern LR* 1–27.

⁴⁰ In Japan is daar in 1890 'n proseskode aangeneem wat gebaseer was op die Duitse Zivilprozessordnung van 1879. Hierdie oorname was aanvanklik nie 'n ongekwalfiseerde sukses nie. Vanweë die besondere sosiale en kulturele situasie in Japan, het die dominante rol van die regter gelei tot passiwiteit aan die kant van die praktisyn wat dikwels onnodige vertraging in die hand gewerk het. Ná die tweede wêreldoorlog, onder invloed van die Amerikaanse besettingsmagte, is belangrike veranderinge in die proseskode aangebring. Hierdie veranderinge het nie gelei tot 'n volwaardige adversatore sisteem onder partybeheer op Anglo-Amerikaanse model nie. Een van die redes hiervoor, volgens regter Koji Tanabe, was dat die veranderinge gemaak is “without sufficient recognition of the social and economic background in which they were to operate and without sufficient recognition of the interaction of these changes with other parts of the legal system.” (Tanabe bygestaan deur Hurlbut “The Process of Litigation: An Experiment with the Adversary System” in *Law in Japan. The Legal Order in a Changing Society* Von Mehren red (Harvard University Press 1963) 73–110 83.)

⁴¹ *Fundamental Guarantees* 372 vn 32.

be closely scrutinised in order to produce a system which will meet the needs of modern society.

In our search for solutions we should not, however, lose sight of the following factors:

a It is generally recognised that there is a fundamental need for speeding up the process of law for, as has often been said, delay in the administration of justice is a denial of justice. However, at the international conference in 1977 Professor J Jacob warned that

“the acceleration of the legal process should be treated as a means to the attainment of justice and not as an end in itself,”

and he referred to the importance of

“the relation between accelerating the process of the law and ensuring that a fair trial be had between the parties, including a fair, reasonable, effective opportunity and adequate time to prepare for the trial.”

It is only delay which is

“inexcusable, unjustifiable or unacceptable which should be regarded as misusing the legal process.”⁴²

b Civil proceedings should be stripped of *unnecessary* formality; for the proper, fair and expeditious conduct of proceedings a certain degree of formality is, of course, essential. I agree with Coetzee J who said in *Vitorakis v Wolf*:⁴³

“It is perfectly true the Courts generally do strive to assist litigants to get to grips as inexpensively and expeditiously as possible without enforcing sheer formality whenever this is only calculated to produce a litiscrescence devoid of real content or procedural advantages, such as greater clarification of the issues.”

That the “pointster” is rightly not popular with our courts is apparent from *Webb v Botha*⁴⁴ in which an attorney was ordered to pay, *de bonis propriis*, both appellant’s and respondent’s costs of appeal on the scale as between attorney and client, the reason for the order being that he had occasioned unnecessary costs to be incurred by all the parties to the appeal “for no reason other than the gratification of his apparent obsession with technical points.” Unfortunately the courts themselves sometimes contribute to excessive formalism in the proceedings. In summary judgment proceedings, in which the courts rightly insist on strict compliance with the rules, supreme court rule 32(2) requires the plaintiff to deliver an affidavit “waarin hy sê dat daar na sy mening geen *bona fide* verweer teen die aksie is nie.” In *Visser v De la Rey*⁴⁵ the plaintiff stated in his affidavit: “Ek doen met eerbied aan die hand dat die verweerder nie ’n *bona fide* verweer in hierdie aangeleentheid het nie . . .” The finding that the rule had not been complied with reminds one of the

⁴² Jacob “Accelerating the Process of Law” in *Towards a Justice with a Human Face. The First International Congress on the Law of Civil Procedure* Storme en Casman red (Antwerpen/Deventer 1978) 303-341 311. This report of the proceedings of the congress will hereafter be cited as *Towards a Justice with a Human Face*.

⁴³ 1973 3 SA 928 (W) 932.

⁴⁴ 1980 3 SA 666 (N).

⁴⁵ 1980 3 SA 147 (T). For another example of excessive formalism fostered by the courts, see *South African Milling Co (Pty) Ltd v Reddy* 1980 3 SA 431 (SE) and McLennan’s note in 1980 *SALJ* 537.

story told by Gaius (*I* 4 11) of the man who lost his case because he had in his action used the word *vites* (vines) instead of *arbores* (trees).

If a plaintiff, acting without assistance in a defamation action as in *Heugh v Gubb*,⁴⁶ is unable to draw a pleading which discloses a cause of action, he is not necessarily a victim of excessive formalism. The purpose of the very pleading he is unable to draw is clarification of the issues and expedition of the proceedings. Moreover, civil disputes often raise issues of fact and law of great complexity, and the complexity of the issues themselves cannot be reduced or resolved by simplification of procedures and abandonment of the rules of pleading. I shall return to the question of formalism in pleading.

c In our endeavours to reduce the costs of litigation, we should not forget that the practice of the law is a skilled profession. In this regard I can do no better than quote from the report of the Galgut commission:⁴⁷

"Practitioners have to undergo a long period of training and once admitted to practice, have to continue to maintain a high degree of skill. It must always be remembered that a lawyer's stock in trade is not only his time but the knowledge he has and the advice he gives pursuant thereto . . . It must be remembered that the legal profession requires minds of the highest order. Without such minds the administration of justice would inevitably suffer. The courts need the assistance of men of ability. Men of that calibre are entitled to be adequately rewarded."

To this it may be added that the quality of the supreme court, including the appellate division, ultimately depends upon the quality of the profession.

d The fourth factor to be kept in mind in our search for solutions and proposals for reform, is the inherent conservatism of lawyers. This is a worldwide phenomenon: the Galgut commission says judges and practitioners are "very conservative;"⁴⁸ Judge Koji Tanabe of Japan refers to the "ingrained behaviour of lawyers and judges [which] cannot be changed overnight;"⁴⁹ and in England Master Jacob has said that

"legal practitioners are, on the whole, creatures of habit and they follow the practice to which they are accustomed, and on the whole they resent changes in the procedure as disturbing the routine."⁵⁰

Proposals for the radical reform of our law of civil procedure, and especially proposals based on a different "philosophy," will either not be accepted at all or, if adopted, may nevertheless run into strong opposition on the part of practitioners. This is precisely what happened in Belgium with the new Judicial Code of 1967: according to Professor M Storme "many justifiable reforms are jettisoned owing to a *nolle prosequi* on behalf of practitioners."⁵¹

The search for solutions does not end when the recommendations of a committee or of a commission of inquiry are accepted and implemented

⁴⁶ 1980 1 SA 699 (C).

⁴⁷ p 7 of the report of the commission.

⁴⁸ p 2 of the report of the commission.

⁴⁹ See n 40 *supra*.

⁵⁰ quoted by Storme in *Towards a Justice with a Human Face* 544.

⁵¹ *ibid*.

in practice. In South Africa we are inclined, apart from interim adjustments to the rules of court, to sit back until the whole process starts from scratch when the next commission of inquiry is appointed. Contrast the position in regard to the Stuttgart model in West Germany. The Stuttgart model was in the first place the result of detailed research, the theoretical basis for the procedure being laid by Professor Fritz Bauer of Tübingen in an address given in 1965.⁵² The procedure was not implemented in all the civil courts: in 1972 about 20% of the civil chambers in Bavaria employed the Stuttgart model. The practical efficacy of the model was monitored in various surveys conducted by the federal ministry of justice, the Bavarian state ministry of justice and the Institute for Empirical Legal Research at Stuttgart. Comparative statistical data were collected concerning, for example, the time taken to reach close of pleadings, the total duration of the process, the total percentage reduction in time spent on a case by court officials, the number of settlements reached before judgment, and the quality of the judgments given measured by the frequency with which judgments were reversed on appeal.

3

I have indicated at the beginning of this lecture that I do not intend giving a detailed exposition of proposed reforms of our civil procedure – in fact, I cannot do so for lack of adequate research. I shall, however, indicate certain areas which I think are in need of reform, but this should not be regarded as an exhaustive exposé of possible weaknesses of our system.

3 1 We need a small claims court. Sections 55–60, now repealed, of the Magistrates' Court Act 32 of 1944 were probably never used in practice because of the inadequate manner in which they provided a procedure for dealing with small claims. The term "small claim" is something of a misnomer: the increasing participation of individuals in the economic process and the growth of the substantive rights of the individual, have tended to emphasise the barriers faced by individuals in enforcing their relatively small claims against predominantly organisational opponents. The individual plaintiff finds himself at a disadvantage in his capacity as consumer, tenant or employee. Hence the concept "small claim" has not only a quantitative, but also a qualitative element.

The most significant experiments with small claims procedures have been made in England and Wales, and particularly in Australia and Sweden.⁵³ Small claims procedures raise a number of fundamental issues which would require close examination if we were to contemplate the

⁵² Baur *Wege zur Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozess* (Berlin 1966).

⁵³ The most comprehensive comparative sketch of small claims procedures is to be found in *Access to Justice* vol II 493–763. See also Fasching "Small Claim Courts" in *Towards a Justice with a Human Face* 343–376.

introduction of such procedures. Time does not allow me to elaborate on these issues.⁵⁴

3 2 Non-compliance with time-limits is a universal and seemingly intractable problem. The Galgut commission has found that extensions of time are often granted to suit the convenience of practitioners without regard to the interests of litigants. A system of judicial control, where the exchange of pleadings is monitored by a judge, does not in practice offer the ready solution it would seem to do on paper. In order to expedite proceedings in the Netherlands, a commission appointed by the Nederlands Vereniging voor Rechtspraak and the Orde van Advocaten proposed in 1967 that fixed time-limits for the exchange of pleadings be

⁵⁴ Reform may be attempted at three levels: firstly by way of minor adjustments to existing procedures; secondly by way of substantially new procedures in the existing courts, and thirdly by the introduction of new tribunals with new personnel and new procedures. Reform at the first level has generally been found wanting, as is evidenced by the abortive attempt made in sections 55-60, now repealed, of the Magistrates' Court Act 32 of 1944. At whatever level we contemplate reform, we should not lose sight of the fact that in South Africa a very large number of consumers who need protection are economically unsophisticated and often illiterate.

Determining the jurisdictional limits of a small claims tribunal is no simple matter. The first, the quantitative element, is the limit in monetary terms: what is the appropriate monetary limit in view of prevailing economic conditions and the relationship between costs of litigation and the amount in issue? Should the monetary limit not be higher than the general limit in the case of certain claims, for example, claims arising from hire-purchase contracts? The second, the qualitative element, is the jurisdictional limit in terms of parties and of causes of action. Originally, Australian small claims tribunal legislation defined a small claim as one "which arises out of a contract for the supply of goods or the provision of services made between persons who, in relation to those goods or services, are a consumer on the one hand and a trader on the other." This definition, which occurred in the legislation of various Australian states, has caused difficulties. For example, does the "provision of services" include professional services such as medical and dental services? The supreme court in Queensland held that it does not: *R v Small Claims Tribunal, ex parte Gibson* 1973 Queensland Reports 490 (FC). Should the definition of "consumer" be confined to natural persons, or can a company in certain circumstances qualify as a "consumer"? Should small claims tribunals be open to traders as plaintiffs to provide a simple and cheap means for the recovery of debts? English and American experience has shown that small claims courts can easily develop into courts for small claims *against* individuals, and not courts in which individuals pursue small claims.

The personnel of small claims tribunals may either be magistrates who possess jurisdiction in small claims tribunals in addition to their ordinary jurisdiction, or part-time adjudicators such as retired magistrates and attorneys who have no powers outside small claims, or persons with no legal qualifications as in the Swedish Public Complaints Boards which are extra-judicial bodies composed of both consumer and business representatives. If the small claims tribunal is to make orders binding in law and leading to the ordinary process of execution, it would seem preferable that the adjudicators be legally qualified.

The procedure of a small claims tribunal must, obviously, be as simple as possible. The question whether legal representation should be allowed has been a controversial one. It has, for example, been argued that the exclusion of legal representation would prolong proceedings because the lay claimant would not know what evidence to present. It has also been said that the persons who regularly represent traders would in time acquire expertise making them as effective as lawyers. In the Australian experience these fears have not proved to be well-founded, and the general consensus of opinion in Australia seems to favour the exclusion of legal representation. It would

laid down.⁵⁵ In West Germany considerable acceleration of proceedings has been achieved under the Stuttgart model which, at the pleading stage, employs a system of party control, the plaintiff's attorney being solely responsible for monitoring the deadlines. Under this system, special extensions of time may be granted by the court in complicated cases in which the normal time periods are not sufficient. Surveys have shown that even in exceptionally complicated cases, the answer (plea) and reply (replication) have been in the hands of the court, at the latest, within ten weeks, i.e. within a shorter period than the 98 court days allowed as a matter of course by our supreme court rules. Perhaps compliance with time-limits is ultimately a matter of attitudes rather than of rules and sanctions. The American Bar Association Action Commission to Reduce Court Costs and Delays has found that practitioners and judges become accustomed to a particular pace, which is then simply accepted as the norm. Have we not become accustomed to a pace which is unacceptable? Recently the fact that a plea was filed almost eleven months after the service of summons and the fact that, as a result of a series of other complications, the matter came to trial 5 years and 8 months after service of summons, passed without comment in the appellate division.⁵⁶

3 3 Unnecessary steps in the proceedings must be eliminated. I am firmly of the view that, for example, a request for particulars for pleading is an unnecessary step giving rise to unnecessary costs – a request for further particulars by a defendant gives rise to about 15 cost-items in the plaintiff's party-and-party bill. Requests for further particulars often concern information well within the knowledge of the party requesting the information. True, the present rule, which might bear investigation, is that when particulars are sought for purposes of pleading, they cannot normally be withheld on the ground that the information is already in the hands of the party requesting them. In my view there is something radically wrong with a system of procedure which allows a party to brief counsel to draw a request for further particulars, thereby obliging his opponent to brief counsel to draw a reply, when both parties know that the particulars are in fact within the knowledge of the party requesting them. The particulars requested are hardly ever "strictly necessary" for

seem that, if legal representation is not allowed, the adjudicator should be given a more active, investigative role. This, in turn, raises the question whether the formal rules of evidence should apply. Should the primary function of the proceedings be conciliation or adjudication? If the former, should the proceedings not rather be held in private than in public? Should the normal rules as to costs apply? Awards of costs in the ordinary way may tend to defeat the purpose of a small tribunal. On the other hand, the absence of any discretion to make an adverse order as to costs may encourage frivolous and vexatious claims. Some form of control of the proceedings of small claims tribunals is desirable, but should this be in the form of a right of appeal or should the control be confined to review? Should we, after thorough examination of these issues, decide to introduce a small claims tribunal, its operation should be carefully monitored to evaluate the practical efficacy of the system decided upon.

⁵⁵ Stein *Compendium van het Burgerlijk Prosesrecht* 2nd print (Deventer 1970) 193 n 2.

⁵⁶ *Evins v Shield Insurance Co Ltd* 1980 2 SA 814 (A).

purposes of pleading.⁵⁷ Didcott J said in *Selepe v Santam Insurance Co Ltd*⁵⁸ that requests for further particulars are often

“simply a conditioned reflex to the summons on the part of a legal practitioner who [does] not understand the true function of further particulars.”

Let me illustrate my point by reference to MVA claims.

Hoppenstein has pointed out⁵⁹ that the attorney acting for the insurer (defendant) will, when instructed, invariably be armed with the MVA form submitted by the claimant, the summons and the complete file compiled by the insurer, containing, *inter alia*, details of the assessor's investigations, witnesses' statements, photographs, copies of both criminal and inquest records, the police plan and accident report, medical and hospital reports, a summary of weather conditions and visibility obtaining at the time of the occurrence and other relevant information. Yet one of the first steps the attorney takes is to brief counsel to draw a request for reams of further particulars, the bulk of which are surely not “strictly necessary” for purposes of pleading. How deeply ingrained attitudes have become, is well illustrated by *Motaung v Federated Employers' Insurance Co Ltd*.⁶⁰ In this case an attorney of 38 years' standing stated in an affidavit that for *purposes of pleading* he required particulars of the direction of travel of the vehicles involved in the collision. The request was, in my opinion rightly, rejected as being entirely misconceived.

While requests for further particulars remain with us, their scope should be strictly limited. I would urge consistent and strict application of supreme court rule 21(7), as was done recently by Didcott J in *Magagula v Senator Insurance Co Ltd*,⁶¹ and of the practice laid down in *Selepe v Santam Insurance Co Ltd*⁶² – a defendant who requests particulars for purposes of tendering an amount in settlement should satisfy the court in an affidavit that he seriously contemplates the possibility of a tender.

The difficulties caused by requests for further particulars for purposes of pleading are probably symptomatic of a much deeper-seated ailment, viz the excessively formalistic and technical form our system of pleading has assumed. Professor Jacob of London has said that the

“forms of pleadings in most Common law countries are one of the worst offenders in this respect . . . They play a crucial and dominant role in defining the issues between the parties, and have a pervasive influence through the litigation process; and very often they operate to delay the progress of proceedings, besides affecting the technical framework in which the proceedings are cast.”⁶³

⁵⁷ supreme court rule 21(1). Perhaps unnecessary requests for further particulars can be eliminated, and the proceedings expedited, by adoption of the suggestion that full discovery be made during the pleading stage of the proceedings. The suggestion is less radical than it may seem: supreme court rule 35(12) and 36(4) and, in particular, magistrates' court rule 15 already make provision for a limited degree of discovery at the pleading stage.

⁵⁸ 1977 2 SA 1925 (D) 1927.

⁵⁹ 1969 THRHR 153.

⁶⁰ 1980 4 SA 274 (W).

⁶¹ 1980 1 SA 717 (N).

⁶² 1977 2 SA 1925 (D).

⁶³ See p 327 n 2 of Prof Jacob's general report to the First International Congress on Civil Procedure referred to in n 42 *supra*.

Has our system of pleadings not become a game in which the legal representatives of the parties endeavour to pin each other down to formal allegations on paper? This is an aspect of our civil procedure which requires investigation and reform. Such an investigation should include an examination of the efficacy of the exception as a mechanism to cure defects in pleadings. It has often been stated that the object of an exception is to dispose of the case or a portion thereof in an expeditious manner.⁶⁴ It is, therefore, proper to proceed by way of exception if there is a point of law to be decided which will dispose of the case, in whole or in part.⁶⁵ The object of an exception is not to embarrass one's opponent or to take advantage of a technical flaw.⁶⁶ And yet, how often does one not come across exceptions based on mere technicalities of pleading. Thus, for example, the proceedings in *SA Motor Industry Employers' Association v SA Bank of Athens Ltd*⁶⁷ seem to have been a very expensive exercise in futility. In this case an exception was raised on the ground that the plaintiff had not complied with supreme court rule 18(4) which requires a plaintiff to state the "material facts" on which he relies for his claim. This requirement gives rise to two questions: what are "facts," and what are "material facts"? The question whether facts are material to a claim depends upon the nature and grounds of each particular action. The question whether an allegation is one of fact is more difficult to answer. Professor Milton D Green has pointed out that the

"distinction between facts, evidence and conclusions is virtually impossible to draw because it is merely a difference in degree of specificity."⁶⁸

Perhaps we have failed to recognise that this is the real problem underlying many of our difficulties in regard to the sufficiency of a pleading and of the particulars thereto, and the true cause of many an exception which may be termed "technical."

In the court *a quo* the exception was upheld on the ground that "the cause of action has not been clearly set forth" and the plaintiff was given leave "to file new particulars of claim." An appeal was lodged on the assumption that an order upholding an exception is not an interlocutory order such as is referred to in section 20(2)(b) of the Supreme Court Act 59 of 1959. The respondent, who was represented by eminent senior counsel, did not raise the question of the appealability of the order. The appellate division did so *mero motu* and struck the appeal off the roll with costs, including the costs consequent upon the employment of two counsel, on the ground that the order upholding the exception was an interlocutory order and that leave to appeal had not been obtained from the court *a quo*!

⁶⁴ *Kahn v Stuart* 1942 CPD 386 391; *Central Merchant Bank Ltd v Oranje Benefit Society* 1975 4 SA 588 (C) 592; *Barclays Bank International Ltd v African Diamond Exporters (Pty) Ltd* (2) 1976 1 SA 100 (W) 107.

⁶⁵ *Lambert-Zakiewicz v Marine & Trade Insurance Co Ltd* 1975 4 SA 597 (C) 599.

⁶⁶ *Lobo Properties (Pty) Ltd v Express Lift Co (SA) (Pty) Ltd* 1961 1 SA 704 (C) 711.

⁶⁷ 1980 3 SA 91 (A).

⁶⁸ *Green Basic Civil Procedure* (Mineola NY 1972) 97.

3 4 The phase of civil proceedings which probably requires the most urgent reform is that between close of pleadings and trial. This is the stage of preparation for trial and the rules make provision for discovery, particulars for trial, the pre-trial conference, etcetera. Reform of this phase of the proceedings must take two forms: the streamlining of rules, and the introduction of some form of judicial control. In England, for example, where the civil process is predominantly one of party control, an element of judicial control is introduced at this stage of the proceedings by the summons for directions and the role of the master.

3 4 1 The need for streamlining the rules can be illustrated by reference to the rules relating to discovery. In terms of rules 35(1), 35(2), 35(6) and 35(10) *ten* notices, each giving rise to several cost-items in a party-and-party bill, are exchanged between the parties in order to achieve mutual discovery, inspection of discovered documents and availability at the trial of originals of discovered documents. This can be reduced to *one* discovery affidavit on each side by making discovery compulsory within a fixed period after close of pleadings, and requiring a party to state in his discovery affidavit when and where the discovered documents can be inspected and copied. In addition, the rules should oblige a party to produce the originals of all discovered documents at the trial.

3 4 2 The rules further make provision for the exchange of a series of notices, and answering notices, dealing with topics such as particulars of dates of and parties to documents intended to be used at the trial (rule 35(8)), admission that documents have been properly executed (rule 35(9)), particulars of plans, diagrams, models and photographs intended to be used at the trial (rule 36(10)(a)), and particulars of expert witnesses and their testimony (rule 36(9)). All these topics are again mentioned in rule 37 as matters for consideration at the pre-trial conference. All these notices can be consolidated into one comprehensive notice, very much like the summons for directions of English practice. If this comprehensive notice serves as agenda of the pre-trial conference, the series of answering notices can be abolished. It is desirable that the pre-trial conference be presided over by a person who has the power to make orders binding on the parties as to the future conduct of the proceedings. Section 54 of the Magistrates' Court Act 32 of 1944, in fact, contains in embryonic form the kind of procedure which I envisage. Should it prove impracticable in the supreme court to have a judge preside at the pre-trial conference, a scheme can possibly be devised for either the registrar or a senior member of either profession to preside at the conference.⁶⁹

Allow me a brief digression on the possible expansion of the functions of the registrar. It has been proposed by the Galgut commission⁷⁰ and by Margo J in his evidence before the Hoexter commission⁷¹ that in the supreme court the registrar be empowered to handle and decide matters

⁶⁹ On the pretrial conference, see further Werbicki "The Pretrial Conference in the Supreme Court of Ontario" 1981 *Can Bar Rev* 485.

⁷⁰ 39-41 of the report of the commission.

⁷¹ See 1980 *SALJ* 669.

such as judgments by consent and default, attachments *ad fundandam jurisdictionem*, substituted service and interlocutory matters such as postponements. The employment of lesser-trained and lower-paid personnel to perform some of the tasks of the judiciary which do not demand legal expertise above a certain level, has proved in other countries to be an effective way in which to economise on judicial resources. The master in England has wide powers of supervision over the proceedings from the issue of the writ until the case is set down for trial. He resolves all procedural disputes between the parties and presides at the formal hearing of the summons for directions. In the federal courts of the United States of America the position of "US Magistrate" has been created. He decides, *inter alia*, preliminary motions in matters which ultimately go to trial before a judge. In the entirely different procedural climate of West Germany, the *Rechtspfleger* handles a large number of matters which had previously been within the realm of the judiciary.⁷² Professor Earl Johnson of the University of Southern California has said that

"the principle behind the *Rechtspfleger*, even more than the specific institution itself, . . . appears to have much to offer other societies."⁷³

I am, accordingly, in full agreement with the principle underlying the proposals of the Galgut commission and of Margo J. If his functions are extended, the registrar will have to be relieved of some of his administrative duties, and a new nomenclature for new offices may perhaps be required.

3 5 While we are tinkering with the rules, we can at least strip them of unnecessary complexities. Thus, for example, the *dies induciae* after service of a combined summons in the supreme court can be either 7 days or 14 days or 21 days or one month.⁷⁴ In practice there is hardly any difference between 21 court days and one month, but an attorney who issues a summons against the state, the railways or an administrator must keep his weather-eye open. In the magistrates' court the *dies induciae* vary from 3 to 15 days, except the state which has 21 days.⁷⁵ Why can there not be one period of *induciae* for all defendants?

There are very often subtle differences between a rule in the magistrate's court and a rule in the supreme court which deals with the same subject. Such differences not only complicate the task of the practitioner, but also raise questions as to the applicability of a judgment dealing with a supreme court rule to the corresponding rule in the magistrate's court. For example, a respondent resisting an application for summary judgment may in the magistrate's court deliver an affidavit disclosing "the nature and grounds of the defence or counterclaim."⁷⁶

⁷² See Bender and Eckert "The Rechtspfleger in the Federal Republic of Germany" in *Access to Justice* vol II 479-487.

⁷³ "Promising Institutions: A Synthesis Essay" in *Access to Justice* vol II 871-903 888.

⁷⁴ See 27 of the Supreme Court Act 59 of 1959 read with supreme court rules 19(1) and (2); see further Erasmus "Dies Induciae - Need for Reform" 1976 *De Rebus Procuratoriis* 376-379.

⁷⁵ magistrates' court rules 13(2) and 15(1).

⁷⁶ magistrates' court rule 14(3)(c).

In the supreme court the respondent is required in his affidavit to "disclose fully the nature and grounds of the defence and the material facts relied upon therefor."⁷⁷ Does the supreme court rule require something more from the respondent who has to disclose not only the "nature" and "grounds" of his defence, but also "the material facts relied upon therefor"? Unlike the magistrate's court rule, the supreme court rule makes no mention of a counterclaim, and the practitioner in the supreme court must, therefore, be aware of *Weinkove v Botha*⁷⁸ and subsequent decisions. The requirement of full disclosure, which disappeared from the magistrate's court rule in 1968, continues to cause difficulties in the supreme court.⁷⁹

3 6 The drawing and taxation of bills of costs is a tedious and time-consuming task. Swart has rightly said that our system of taxation "has neither merit nor logic, and wastes the time of attorneys and State officials alike . . . It certainly does not reduce legal costs, but merely becomes yet another expensive step in the laborious legal process."

He suggests that

"the taxing of party and party costs can be avoided by a court making a specific sum in adverse costs part of its judgment."⁸⁰

Drastic reform is certainly called for, but not being an initiate in the arcane mysteries of this highly specialised branch of legal practice, I can offer no suggestions.

Since I have reached the stage where I am talking about things of which I know nothing, let me conclude with one final postscript. It must be our task as academic lawyers, aided by empirical, comparative and interdisciplinary research, not only to diagnose the need for reforms, but also carefully to monitor their implementation. But the careful research which is the indispensable requisite to any successful accomplishment in improving procedure, is not the task of the academic lawyer alone: the active co-operation of the department of justice and of the legal profession is needed. It would be a matter for regret if the legal profession were to consider such research an intrusion, or if we as lawyers were to resent the invasion of our traditional preserve by the other social sciences. □

⁷⁷ supreme court rule 32(3)(c). Other examples of such differences are: supreme court rule 58 and magistrates' court rule 44; supreme court rule 21(1) and magistrates' court rule 16(1); supreme court rule 35(1) and magistrates' court rule 23(1). In addition, the powers of the supreme court at the hearing of a civil appeal are set out in different terms in s 87 of the Magistrates' Court Act 32 of 1944 and s 22 of the Supreme Court Act 59 of 1959. It seems unnecessary to deal with the powers of the supreme court in a Magistrates' Court Act.

⁷⁸ 1952 3 SA 178 (C).

⁷⁹ See, for example, *Gilinsky v Superb Launderers and Dry Cleaners (Pty) Ltd* 1978 3 SA 807 (C).

⁸⁰ 1979 *Acta Juridica* 433.

Contracts for an Indeterminate Period

PR Owens

BA LLB LLB

Prior to his death Senior Lecturer in Mercantile Law at the University of South Africa

It is not uncommon to find a contract requiring continuous performance for an indefinite duration.¹ In such a contract the parties either fail to insert a time clause defining the period for which performance is due or expressly contract "for an indeterminate period" or "in perpetuity." For example, X agrees to market a commodity for company Y on condition that he (X) is granted the exclusive right to do so. No reference is made to the duration of the contract. In these circumstances the question arises as to how the company may lawfully determine the contract. May it do so unilaterally? Would the position be any different if the parties had agreed to performance in perpetuity?

An obligation may be discharged in a variety of ways. Adequate performance, mutual agreement or supervening impossibility of performance² will, for example, lawfully terminate the contract. So too would the death of either contracting party or the liquidation of a company or effluxion of time. But in a contract for continuous performance without a time clause, the obligation is *prima facie* perpetual

¹ *Llanely Railway and Dock Co v London and North Western Railway Co* (1873) LR 8 Ch 942 (on appeal to the House of Lords (1875) LR 7 HL 550); *Winter Garden Theatre (London) Ltd v Millenium Productions Ltd* 1948 AC 173; *Martin-Baker Aircraft Co Ltd v Canadian Flight Equipment* 1955 2 QB 556; *Re Berker Sportcraft Ltd's Agreements* (1947) 177 LT 420; *Re Spenborough UDC* 1968 Ch 139; *Beverley Corp v Richard Hodgson & Sons Ltd* 1972 225 Estates Gazette 799; *Staffs Health Authority v Staffs Waterworks* 1978 3 All ER 769; *Spa Food Products Ltd v Sarif* 1952 1 SA 713 (R); *Tension Envelope Corporations (SA) (Pty) Ltd v Zeller* 1970 2 SA 333 (W); *Nel v Drilec (Pty) Ltd* 1976 3 SA 79 (D); *U-Drive Franchise Systems Ltd v Drive Yourself Ltd* 1976 1 SA 137 (D); *Wohlman v Buron* 1970 2 SA 760 (C); *Weinberg v Mervis* 1953 3 SA 863 (C); *American Type Founders Inc v Lanston Monotype Mach Co* 137 F2d 728; *Freeport Sulphur Co v Aetna Life Ins Co* 206 F2d 5; *Haggerty v Warner* 252 P2d 373; *Duff v PT Allen Lumber Co* 220 SW 2d 181; *Rossmassler v Spielberg* 112 A 876.

² De Wet & Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 4th ed (1978) 233.

and therefore cannot be discharged by performance.³ It is contrary to the basic principles of both civil and common law jurisdictions to allow one party to a bilateral juristic act the power to extinguish an obligation unilaterally. To this general proposition there are, of course, exceptions. The one party may have stipulated a *lex commissoria*; one party may in certain circumstances resile from a contract on account of the other's breach; one party to a lease for an indefinite period may resile on giving reasonable notice, etcetera.

The aforementioned general proposition of law allows the following possibilities:

1 A perpetual obligation is a concept foreign to the law of contract. The contract must, therefore, be struck down as being vague.⁴

2 An express perpetual obligation is enforceable and determinable only by mutual consent. Where no time clause appears in the agreement, it is a question of interpretation whether the parties intended to bind themselves permanently or not.

From the second possibility, the following questions arise:

a Is there a presumption, when there is no time clause, either in favour or against the permanence of the agreement?

b If it is found that one party to an agreement may determine it unilaterally, what notice, if any, must be given?

There are several examples of perpetual obligations or duties outside the field of contract. In the law of things we find a praedial servitude while family law requires the reciprocal duty of support of spouses for each other as it does also of parents for a dependant (e.g. a retarded child). There are circumstances in which the duty will be terminated (e.g. divorce) but until the occurrence of some uncertain future event, the duty is enforceable. This exemplifies an obligation for an indeterminate period which cannot be unilaterally dissolved. Criminal law and constitutional law place a permanent duty of obedience on the individual to the laws of the state. And the courts are in certain circumstances prepared to impose a permanent restraint in the form of an interdict. While these examples are in themselves hardly demanding grounds for justifying the recognition of a permanent obligation in the law of contract, I know of no authority denying this possibility. In fact the reverse has, without comment, been accepted in a number of South African decisions.⁵ The question has usually arisen indirectly through restraint of trade cases. However, in 1973 De Kock J handed down an

³ The word "perpetual" is not used to indicate an obligation which is eternal. It is used to denote a permanent juristic bond which will only be discharged on the occurrence of some event, e.g. death of the one party, liquidation of a company, mutual consent of the parties, etc.

⁴ American authors reject this. See 17 *Corpus Juris Secundum* 660; 17A *Corpus Juris Secundum* 477; *Williston on Contracts* 3rd ed vol 1 112; *Corbin on Contracts* vol 1 411.

⁵ *Weinberg v Mervis* 1953 3 SA 863 (C); *Spa Food Products Ltd v Sarif* 1952 1 SA 713 (R); *Hermes v Fisher* 1960 2 SA 650 (T). See also *U-Drive Franchise Systems Ltd v Drive Yourself Ltd* 1976 1 SA 137 (D) 148G.

unreported decision on an alleged agreement purporting to exist for an "indeterminate period."⁶ The learned judge refused to accept an interpretation permitting unilateral determination of the contract and thereby acknowledged an obligation for an indeterminate period.

The House of Lords has also, without any apparent doubt, recognised the existence of a permanent obligation.⁷ And more than this, in the 19th century, the lords examined any contract for an indeterminate period with a presumption in favour of permanence. James J (in the Court of Appeal)⁸ was of the firm opinion that *prima facie* every contract was "permanent and irrevocable" while Lord Selborne, on appeal to the House of Lords, said:

" . . . My Lords, an agreement *de futuro*, extending over a tract of time which, on the face of the instrument, is indefinite and unlimited, must (in general) throw upon anyone alleging that it is not perpetual, the burden of proving that allegation . . . "

The facts of the case are short and simple. The Llanelly Railway Company, finding itself in need of £40 000, entered into a contract of loan with the North West Railway Company for this amount. As consideration for the loan Llanelly Railway Company granted North West Railway Company certain running powers over Llanelly's lines. After six years Llanelly Railway Company purported to determine the agreement. Both the Court of Appeal and the House of Lords found that the real bargain between the parties was that the agreement was not unilaterally terminable.

The American authors and judges have equally found little theoretical difficulty in accepting the legal concept of a permanent obligation although they display considerably more hesitation in finding such an interpretation. Corbin avoids express reference to a permanent obligation while Williston restricts such an interpretation to "negative promises . . . to forbear suit or not to carry on a business or occupation. More commonly the true interpretation will mean some period short of infinity . . ."⁹ The *Corpus Iuris Secundum* also makes mention of a permanent obligation but qualifies it by stating that a construction confirming a right in perpetuity will be avoided unless the language of the contract is so unequivocal as to demand such an interpretation.¹⁰

A permanent obligation for an indeterminate period is a legal concept accepted by both the South African and other legal systems. That such an agreement may become *contra bonos mores*, is a question which will arise in the field of restraint of trade.¹¹ However, there is sufficient authority to justify the statement that a permanent obligation may be enforced and that where the contract is silent on the duration of the

⁶ *Sasficor Ltd v Datsun Motor Vehicles Distributors (Pty) Ltd*, handed down on 1973-02-27 in the Transvaal provincial division.

⁷ *Llanelly Railway and Dock Co v London and North Western Railway Co* (1875) LR 7 HL 550.

⁸ *Llanelly Railway and Dock Co v London and North Western Railway Co* (1873) LR 8 Ch 942.

⁹ Corbin *supra* 411f; Williston *supra* 112f.

¹⁰ 17A 478.

¹¹ See below on restraint of trade.

agreement, it will not for this reason alone be struck down on the grounds of vagueness or uncertainty.

An agreement for an indefinite period of time should, it is submitted, be approached with more caution than was shown by the House of Lords in the *Llanelly* case. First, an agreement is not "irrevocable" as such, but it may not normally be unilaterally determined without a breach of contract. Second, while it is true that contracting parties usually envisage a "permanent" relationship, this is only in so far as they intend to act in accordance with the terms of the contract. Any arbitrary action in conflict with the agreement will give rise to an action for damages. The extent of the obligation is determined by the contract and where the contract does not reach, it is unscientific to presume, until the contrary is proved, that the parties intended something more than the express words permit. To begin with a presumption concerning the intention of all contracting parties is such a startling generalisation that one wonders at its acceptance by the House of Lords. The more recent English cases have abandoned this approach although the *Llanelly* case has not been overruled. That powerful weapon "distinguish" has stripped the *Llanelly dictum* of all its body other than the theoretical existence of a permanent obligation. Since, to my knowledge, there is only one South African decision directly in point¹² – unreported and remarkable for its brevity and absence of authority – I shall examine the recent English case law in some detail and make passing observations on a few of the leading American cases.

The first opposition to the Lord Selborne *dictum* as a general rule of law was voiced by Lord MacDermott in the case of *Winter Garden Theatre Ltd and Millenium Productions Ltd*.¹³ The absurdity of such "a universal rule of construction" was made patent by the facts of this case. The disputed agreement concerned a licence (or what a South African lawyer would call a lease for an indefinite time with periodic payments) for the use of a theatre by a performing arts company. The lessee had stipulated a right to resile on a month's notice but no such power was expressly included in the agreement in favour of the lessor. The lessee sought a declaration that the licence was not unilaterally revocable by the lessor except on breach of the contract. Had the lessor been faced with a presumption of permanence against him read together with an express clause stipulating the manner in which the lessee could resile, his task of proving a lawful withdrawal from the contract (he had purportedly determined the contract) would have been almost insurmountable. Lord MacDermott eschewed any subservience to a general canon of construction in the form of a presumption and found the contract determinable on reasonable notice. The other law lords agreed with the conclusion but for different reasons. Whereas Lord MacDermott treated the problem as a question of construction, Lord Porter in fact found that all licences

¹² *Sasfior Ltd v Datsun Motor Vehicle Distributors supra* handed down by De Kock J in the Transvaal provincial division.

¹³ *supra*.

were *prima facie* revocable. However, the Lord Porter presumption in favour of revocability of licences was a minority opinion and found no support from the other speeches. In 1935 McNair J had cause to examine the whole question once again.¹⁴ Fortified by the *Winter Garden Theatre* decision he was able, after an incisive examination of the authorities, vigorously to reject the use of a presumption in favour of permanence. The facts of this case are particularly worthy of notice for two reasons. First, they have much in common with *Sasfitor v Datsun Motor Vehicle Distributors* (the sole South African decision) and, second, they represent the exclusive agent type agreement which poses the nicest of interpretation problems for the courts. The plaintiff, Martin-Baker Aircraft Co Ltd, (manufacturers of aircraft ejection seats) agreed to allow Canadian Flight Equipment Ltd (defendant) to manufacture, sell and exploit all plaintiff's products on the American continent in return for a six monthly payment of royalties. Plaintiff further undertook not to sell this right to any other party on the American continent. No provision was made in the contract for the determination of the contract by either party.¹⁵ Plaintiff purported to cancel the agreement unilaterally; defendant contended that it was determinable only by mutual consent. The nature of the contract contained elements of permanence which must have tempted McNair J to sidestep the difficult task of extracting the intention of the parties from circumstances which offer little guidance, by merely applying the *Llanelly* presumption of permanence. This path the learned judge rejected and instead he placed his approach firmly "upon the true construction of the contractual documents as ascertained in conformity with the ordinary principles applicable to the interpretation of written contracts . . ." Nevertheless, like Lord Porter, the judge could not resist inverting the *Llanelly dictum* by adding that if there were to be any presumption, it would be in favour of unilateral determination, because this was an agreement in the commercial or mercantile field.¹⁶ The nature of the contract, as will be argued later, is of the utmost importance. But rather than give rise to a presumption, it allows an inference to be drawn which might be complemented – and thereby strengthened – by other factors or overridden by conflicting inferences arising from other aspects of the contract. It is respectfully submitted that the judge's reference to a presumption merely clouds the issue he so lucidly clarified earlier in the judgment and, when read in the light of the rest of his judgment, it can be given no more importance than an over-robust rejection of the dictum of Lord Selborne. This is so since the learned judge, on his interpretation of the *Llanelly* case, held that the majority of the lords founded their decision not on any presumption in favour of permanence but on the particular facts of the case. He expressly endorsed Lord MacDermott's speech in the *Winter Garden Theatre* case and, on this basis, found the contract determinable on reasonable notice.

¹⁴ *Martin-Baker Aircraft Co Ltd v Canadian Flight Equipment Ltd supra*.

¹⁵ There were in fact two agreements before the court. The second agreement was one of principal and agent which I discuss below: see text at n 31.

¹⁶ 577.

Since 1955, there have been a number of English cases¹⁷ on contracts for an indefinite duration, all of which approach the problem without any suggestion of a presumption being applied either in favour of or against determination. These cases are referred to below.

The American experience¹⁸ offers, not surprisingly, divergent opinions on the interpretation of contracts for an indefinite period. On the one hand there is a line of cases supporting the proposition: "Perpetual contracts, though sometimes sanctioned, are not favoured in law. A right in perpetuity will be avoided unless compelled by the unequivocal language of the contract . . ." ¹⁹ On the other hand there is a school of thought that starts from the premise that the intention of the parties to create a perpetual agreement cannot be more properly expressed than by silence as to any time limit or power of revocation.²⁰ It is submitted, without a specific discussion on the American case law, that American judges have been as culpable as their English colleagues in proposing statements of law in wide terms which they never intended to apply as a general rule outside the particular case before them. If one ignores these general statements, it is possible to reconcile most of the decisions as being uniform in treating the problem as a question of construction. However, it is clearly cold comfort to be left merely with that statement. It is submitted that more tangible and helpful guidelines may be extracted from the case law itself.

Before analysing these guidelines, I should like to compare the facts and the judgment of *Sasficor Ltd v Datsun Motor Vehicles Distributors* to their overseas counterparts. As it is an unreported decision and the only one of its type, I shall set out the facts in some detail. The applicant, Sasficor Ltd, was, amongst other things, a financing institution. Respondent conducted its business as importer and distributor of Datsun vehicles to which it enjoyed the sole right. Respondent ran into certain financial difficulties which precluded it from exploiting its sole agency to the full. It approached applicant and entered into an agreement whereby applicant (Sasficor) agreed to purchase and import Datsun vehicles from time to time – at the request of the respondent – on certain terms and conditions. In short, applicant was financing the importation of these vehicles into South Africa. Both parties originally had the right to determine the contract on 3 months' notice. However, respondent still encountered a cash shortage. It was therefore agreed that respondent would increase its share capital and ". . . applicant was granted the right to take up 25% in the share capital of the respondent as increased . . ." Thereafter respondent requested applicant to waive its rights to take up 25% of respondent's shares and offered, as a *quid pro quo*, that applicant be granted "an

¹⁷ *Re Spenborough UDC supra*; *Beverley Corp v Richard Hodgson & Sons Ltd supra*; *Staffs Health Authority v Staffs Waterworks supra*.

¹⁸ See 17A *Corpus Juris Secundum* 477 478 and cases cited there.

¹⁹ *Freeport Sulphur Co v Aetna Life Ins Co supra*.

²⁰ *American Type Founders v Lanston Monotype Mach Co* 137 F2d 728.

irrevocable sole right" entitling the applicant to finance all future imports of Datsun. The duration of the contract was dealt with as follows:

"Die termyn van hierdie kontrak is vir 'n onbepaalde tydperk en kan alleen deur Datsun Motor Vehicles Distributors [respondent] opgesê word indien Sasfidor [applicant] 'n wesenlike bepaling van hierdie kontrak gebreek het en slegs na Sasfidor skriftelik veertien dae kennis gegee was (*sic*) om sodanige breuk reg te stel en Sasfidor versuim het om gehoor aan die versoek te gee . . ."

Datsun Distributors purported to determine the contract unilaterally. Sasfidor applied for an order declaring this purported termination as "unlawful and of no force and effect."

De Kock J carefully extracted the following facts from the contract and surrounding circumstances. First, the original condition allowing either party to determine the contract unilaterally on 3 months' notice was omitted from the final agreement. Second, applicant gave up its right to 25% of the shares in respondent company "on condition *inter alia* that respondent would do everything in its power to retain the agency" and if respondent transferred its right to a third party, all the conditions of this contract would be binding on him."

De Kock J finding it ". . . trite law that every word must if possible be given effect . . ." to, held that the emphasis of the contract was on the fact that respondent could cancel the contract only in the circumstances set out in the contract (i.e. a reference to the "cancellation on breach" clause):

"The fact that the contract is for an indefinite period carries with it, in my view, the meaning that the contract will continue and that Respondent can only terminate it if the circumstances set out in clause 10 arise. In other words, the contract will continue until or unless it is terminated by the Respondent in the circumstances mentioned in the clause."

De Kock J found that the parties had contracted in such a way as to ensure that the applicant's rights under the contract would not be endangered or terminated. This finding led to the conclusion that for so long as the respondent or its transferees retained the agency, the applicant would have the right to finance the importation, acquisition and distribution of the vehicles. In other words, the agreement was not unilaterally determinable. The facts of this case have much in common with those of the case of the Martin-Baker Aircraft Co,²¹ although De Kock K was in no way shackled by the ghost of a presumption either in favour of or against unilateral determination of the contract. The judge placed much emphasis on the omission of the rescission clause in the second contract and presumably found that this, together with the other clauses, outweighed the highly commercial nature of the contract and the unlikelihood of one party's intending to bind himself permanently. This case will be dealt with in more detail below.

There are, however, two unusual elements. First, the parties expressly contracted for "an indeterminate period." In all the other case law referred to in this article where the contract is not silent on the duration

²¹ *supra*.

of the contract, it purports to be a "permanent contract" or "in perpetuity." It is submitted that there is no difference in meaning between the various formulations and that "an indeterminate period" is a more accurate description of the situation. A permanent contract is indeterminate as to duration in that random and unforeseeable events may terminate the contract. Second, the contract between applicant and respondent was dependent on the continuation of another contract between respondent and a third party. It is suggested that this uncertainty probably weighed heavily in allowing De Kock J to find that the contract was *not* unilaterally determinable. Applicant undertook the risk of losing his investment before reaping profits as a result of respondent's losing his right to the sole agency. It would be extremely unfair and certainly not the intention of the parties to submit applicant to the further risk of respondent's terminating the contract. But consider the facts from another angle. The facts could easily lead to an interpretation that the parties chose to avoid any definite period for performance. Sasfidor which was only partially a financial institution, must have been vulnerable to fluctuations on the money market which is notorious for its inconsistency. Sasfidor must have entertained the possibility of its seeking to terminate the contract unilaterally when the money market made it difficult or less profitable to meet its commitments. It is therefore unlikely that the company would lay itself bare to such a risk by incurring a permanent obligation. A more important factor militating against permanence is the dependence of the contract between applicant and respondent on the existence of an extraneous agreement between respondent and a third party, that is, the Japanese manufacturers. In short, the essence of the contract was temporary and uncertain rather than permanent. Sasfidor had no control over the contract between Datsun Motor Vehicles and the Japanese manufacturers over and above the duty of the former to do ". . . everything in its power to retain the agency . . ." It is more than possible that the original three month cancellation clause was merely aimed at restricting either party from summarily determining the contract.²² It is submitted that in these circumstances, and in the light of other inferences arising from the contract itself mentioned below, a more equitable and practical solution would have been to allow Datsun Motor Vehicles to cancel the contract on reasonable notice of, say, a year. As the contract could have, at a moment's notice, been terminated if Datsun Motor Vehicles were to have lost its sole agency right with the manufacturers, Sasfidor had at all times to be prepared to reshuffle its investment portfolio without much or any loss at all. Therefore, on a balance of equities, there was little to be said for denying Datsun Motor Vehicles the right to cancel the contract on reasonable notice.

²² Cf *Martin-Baker Aircraft Co Ltd v Canadian Flight Equipment Ltd supra* 582 583; *Winter Garden Theatre (London) Ltd v Millenium Productions Ltd supra*. See my discussion on this under "contracts requiring mutual trust and confidence" below.

Three years after De Kock J handed down this judgment, Milne J in *U-Drive Franchise Systems Ltd v Drive Yourself Ltd*,²³ without any authority being cited, accepted the following proposition:

“Furthermore, theoretically, since the agreement is to continue for an indefinite period it can, without breach on the part of any party, therefore be lawfully terminated . . .” (148G).

With respect, this statement is neither trite law nor even correct law and certainly not “theoretically” the only possibility. The point received scant discussion and was merely the last of a number of factors which caused the judge to find this particular contract to be in restraint of trade. However, it is not without importance as it is the only South African case I have been able to trace (apart from those mentioned below dealing with certain specific contracts such as master and servant or principal and agent or partnership) which considers this possibility.

This cursory glance at South African, English and American case law with regard to the initial approach to adopt in interpreting a contract for an indefinite period allows me to consider the most important factors which should influence the courts in the process of interpreting such a contract. The nature of the contract is, without doubt, the single most weighty factor in the quest to do justice between the contracting parties. A contract of employment will involve completely different considerations to a contract permitting one party the right to move railway trucks over another's railway line. There are two major differences. The latter case involves a vast capital investment while at the same time requiring a minimum of personal co-operation. It would seldom be the unexpressed intention of the party responsible for the capital investment to allow the other to terminate at will, either summarily or on notice. Similarly, where a high degree of personal and active participation is required for the success of the contract, as in a contract of employment, it is unlikely that the parties will have intended to bind themselves permanently or even for a long indefinite period. It is much more likely that the unexpressed intention of both the employer and the employee would be that either party could determine the contract on reasonable notice or sometimes even summarily. This is no devious way of surreptitiously introducing a presumption depending on the nature of a contract. He who alleges must prove and if the surrounding circumstances make it improbable that parties would bind themselves to a perpetual agreement, the party alleging this fact will no doubt struggle to persuade a court of his interpretation. This is something very different from saddling one party with the onus of discharging an unfavourable presumption to prove his bargain.

Commercial contracts

English courts regard commercial contracts for an indefinite period in a special light.²⁴ There is no attempt by the judges to define the content of a commercial contract and this is probably due to the fact that, should

²³ 1976 1 SA 137 (D).

²⁴ *Martin-Baker Aircraft Co Ltd v Canadian Flight Equipment supra*; *Re Spenborough UDC supra*.

they attempt a definition, it would include every contract outside a donation. It is suggested that one could plausibly exploit this epithet by using it to refer to a contract whose subject matter is susceptible or vulnerable or sensitive to market fluctuations. An agreement to provide electricity for a town at an indexed remuneration would be an example of a commercially stable proposition, whereas an agreement to distribute a product which prevents car windows from misting in cold weather is a commercially volatile undertaking reliant on the capricious demand of the public. The electricity agreement requires long term planning and commitment with no expectation of sudden profit and it would be surprising indeed if the suppliers of electricity entertained that the other contracting party would have the unexpressed right to cancel the contract. Determination on reasonable notice would, in this type of contract, involve such a long time as not to be an alternative. The *Llanelly* case is a good example of a contract with a stable subject-matter.

The inference of permanence may be further strengthened when a non-commercial contract is coupled to a substantial investment of money. In the *Llanelly* case, for example, London and North Western Railway Co provided a £40 000 loan to Llanelly Railway and Dock Co as consideration for acquiring running powers of Llanelly's lines. This amount of money weighed heavily with Lord Cairns in finding a perpetual obligation. He found it highly unlikely that London and North Western Railway Co, after investing this money and thereby materially altering its position and plans for the future, would have allowed Llanelly the right to unilaterally terminate the contract.

*American Type Founders v Lanston Monotype Mach Co*²⁵ is an example of an American court taking cognisance of a large capital outlay – this time invested in machinery. Plaintiff – engaged in the business of designing and manufacturing – granted defendant a non-exclusive right to manufacture matrices designed by the plaintiff. The defendant was engaged in the manufacture and sale of monotype machines and matrices for use on these machines. Defendant supplied these matrices to persons to whom it had sold monotype machines and kept a large inventory to replace matrices lost by its customers. It was clear from the facts that, should the plaintiff no longer permit the defendant to manufacture the matrices, the defendant would incur heavy losses. The Court of Appeal found that

“ . . . the defendant was required to expend substantial sums of money in manufacturing and maintaining a complete inventory for its customers of matrices upon which were pressed type faces manufactured by the plaintiff. It is very difficult to believe that it was the intention of the defendant to put itself in a position where the plaintiff could deprive it of the use of the inventory at any time . . . ”

The Martin-Baker facts required a far more delicate appraisal and weighing process. To manufacture and distribute parachutes on the American continent would call for a substantial investment of money. Yet, the sale of and production of aircraft equipment is not one of inflexible

²⁵ *supra*.

demand. Changing circumstances could radically alter the position of both parties to the contract. It is submitted that McNair J was quite justified in emphasising the commercial character of the subject-matter in finding the contract determinable on twelve months' notice. And for this reason, it is surprising that De Kock J in the *Sasfcor* case refused to allow Datsun Motor Vehicles to determine the contract unilaterally. It was a contract of an extremely commercial nature requiring short term capital (admittedly of a fairly large sum). The insertion of the "for an indeterminate time" clause merely reflected the uncertainty of the parties as to the contract's possible duration by virtue of the fact that it was dependent on a second contract between Datsun Motor Vehicles Distributors and the Japanese manufacturers. There was nothing in the nature of the contract justifying the finding of a permanent obligation and it is submitted that for these reasons De Kock J ought to have found the contract determinable on reasonable notice.

Contracts for a fixed rate of remuneration

A strong inference against a permanent obligation may be found in an agreement in which performance is for a fixed rate of remuneration and with no provision made for indexing the value of performance or for any form of arbitration whereby the commercial value of the performance rendered could be reassessed. No reasonable businessman would bind himself indefinitely to perform specific services at a static rate of remuneration with, say, a twenty percent inflation rate. This is primarily what distinguishes the *Crediton Gas Company* case from the *Llanelly* case.²⁶ In the former case (a dispute as to whether a contract for the provision of street lighting was unilaterally revocable) there was an agreement to render a service for an indefinite period at a fixed rate of remuneration, whereas the latter provided for running powers for an indefinite period after an initial consideration. The one party was obliged to allow something, which would otherwise be unlawful, to happen, and in return it received a lump sum. The *Crediton* case therefore required a positive service whereas the *Llanelly* case demanded only forbearance on the part of Llanelly in allowing North Western Railway Company to use Llanelly's lines. This was clearly a factor which influenced Lawrence J in the *Crediton* case when he found it quite improbable that defendants would enter into an agreement which bound them "... in perpetuity to take from the plaintiffs a fixed quantity of gas at a fixed price ..." Equally Templeman J, in *Beverly Corporation v Richard Hodgson & Sons Ltd*²⁷ would not allow a contract indefinite as to duration and with no provision for determination to purchase "... perpetual immunity from progress and inflation ..." These precedents facilitated Lord Denning's

²⁶ *supra*.

²⁷ *supra*. See also *Martin-Baker Aircraft Co Ltd v Canadian Flight Equipment supra* 580: "... I am also influenced by the fact that in article 4, which regulates the royalty rates, no provision is made at all for any variation and, if the defendant's contention is right, those royalty rates would remain at their present figure whatever might be the change in the value of the currency ..."

task in 1978²⁸ of finding an agreement by a water company to supply water to a hospital at a fixed rate "at all times hereafter" determinable on reasonable notice. Lord Denning's decision is striking, although difficult to justify or understand, in that, while finding that the contract was unilaterally determinable, he held that this did not mean that the hospital could be denied its supply of water; rather the water company and the hospital would have to renegotiate the rate at which the water would in the future be supplied. In effect Lord Denning's decision does not allow the water company to terminate the contract but forces a renegotiation upon the parties. It is submitted that Lord Denning's conclusion was affected by the relevant legislation although he does not expressly refer to it in his conclusion. Goff J's judgment in this case is valuable in that he clearly illuminates the process of weighing all the circumstances necessary to establish the "intention" of the parties. Lord Denning, on the question of "intention of the parties," struck a new path by refusing to be drawn into the fiction of establishing the intention of the parties to a contract entered into fifty years ago on a matter to which possibly neither party had applied his mind. Lord Denning, while admitting that, had the parties considered the matter, they would, as reasonable persons, have made the agreement determinable on reasonable notice, allowed the contract to be cancelled on the grounds that

" . . . the situation has changed so radically since the contract was made fifty years ago that the term of the contract 'at all times hereafter' ceases to bind: and it is open to the court to hold that the contract is determined by reasonable notice . . . "

Contracts requiring mutual trust and confidence

A contract which requires a close and active participation by the contracting parties will normally create the inference that, had the parties expressed their intention on the duration of the contract, they would have inserted a clause permitting either party to terminate on reasonable notice. The explanation is obvious. Even in the *Llanelly* case James J listed a number of exceptions to his general rule. He concluded:

" . . . All the contracts, however, in which this has been held are, as far as I know, contracts which involve more or less of trust and confidence . . . more or less of being mutually satisfied with each other's conduct, more or less of personal relations between the parties . . . "

While the *Llanelly* premise was not followed in later cases, the above words were echoed in many of the ensuing cases. The licence in the *Winter Garden* case, for instance, gave " . . . each of the parties a close and lively interest." The one notable English exception to this guideline is *In re Berker Sportcraft Ltd Agreements*.²⁹ Jenkins J had to consider whether an agreement between Norman Hartnell, the well-known dress designer, and the defendant (a ladies' garments manufacturer) was determinable or not. The agreement entitled the licensee (the manufacturer) to exploit the designs of Norman Hartnell. The agreement included an express

²⁸ *Staffs Health Authority v Staffs Waterworks supra*.

²⁹ *supra*.

provision for determination in certain specified events, namely, in the event that the commission or remuneration under the agreement did not amounting to a certain specified sum. Notwithstanding the very personal relationship between the two contracting parties and the necessity for close co-operation and mutual trust, Jenkins J found that the contract was not terminable on notice. This example clearly illustrates why the courts must eschew the temptation to start with a presumption. One should rather look at the contract itself. A strong inference of terminability arising from the nature of the contract may always be overridden by conflicting terms in the contract—in this case by express provision governing rescission.

On the other hand, conflicting terms may not always weigh that heavily. For example in the *Winter Garden Theatre*³⁰ case the licencees were expressly empowered to terminate the contract on a month's notice while the licensors had no such right in terms of the written agreement. Could one infer from this that the licensor did not have the right to terminate on reasonable notice? Lord Uthwatt found that the only purpose served by the one month notice clause was to restrict the licensee from summarily determining the contract and that the licensor retained the right to determine the contract unilaterally on reasonable notice. (Lord Uthwatt declared that although this type of agreement might often be terminable *instante*, there were sufficient indications from the surrounding circumstances that this was not the intention of the parties.)

As a general rule it can be said that the higher the degree of mutual trust required, the greater the inference in favour of the right to unilateral termination of the contract, either summarily or on reasonable notice.

Certain specific contracts have crystallised their own rules with regard to contracts for an indefinite period.

Agency

A contract of agency may consist of two distinct juridical acts—the contract of mandate creating rights and obligations between the principal and agent, and the vesting of authority which empowers an agent to bind his principal.³¹ There is South African case law to the effect that an indefinite contract of mandate may be unilaterally terminated on reasonable notice.³² This is a positive development, since the contract of mandate is of a highly personal nature requiring close co-operation by and the active interest of both parties. Such a contract would seldom be intended to be of a permanent nature. But this is not to exclude the possibility of the parties expressly binding themselves to a permanent obligation, terminable only by mutual consent.³³ The highly personal nature of the contract of mandate (and agency in the wide sense) was always

³⁰ *supra*.

³¹ De Wet 1 *LAWSA* par 101; Kerr *The Law of Agency* ch 1.

³² *Le Clus v Nel* 1943 CPD 211; *Martin v Currie* 1921 TPD 50.

³³ De Wet *supra* par 125 n 4 and cases cited there.

recognised by English law and expressly excluded, by Sir W James, from the general proposition of the permanence of obligations. The problems surrounding an irrevocable authority (power coupled with an interest) will not be dealt with here. The general rule must be that the authority vested by a mandator on a mandatary should be terminable at will.

Lease

In *Shalala v Gelb*³⁴ the court recognised the possibility of a lease in perpetuity. This is in conflict with the old writers who do not regard a lease in perpetuity as a true lease.³⁵ And in an early Transvaal case the court held that

“ . . . as temporary use and enjoyment of another property is the essence of a lease, the better view is that a lease in perpetuity is an emphyteusis or erfpacht.”³⁶

For the purposes of this article, the name used is irrelevant. It is clearly possible to enjoy the use of another's land in perpetuity on the ground of an express contract which may not be terminated at will.

On the other hand, a lease for an indefinite period of time (i.e. “a lease which has no terminal point”)³⁷ may be terminated on reasonable notice by either party. So in *Tiopaizi v Bulawayo Municipality*³⁸ (a case involving a contract of employment but to which some of the principles of letting or hiring of property were extended) the court found that

“ [t]he contract was a hiring for an indefinite period running from month to month and terminable by either side on reasonable notice . . . ” (320).

Contract of master and servant³⁹

The letting and hiring of services has evolved its own peculiar rules, although the spirit of the general principles enunciated in this article have to a certain extent moulded them. A contract for a fixed period of employment may not, like any other contract, during the currency of the agreement, be terminated at will.⁴⁰ The contract expires on effluxion of time,⁴¹ although it may, of course, be renewed by *nudus consensus*. Where, as would often be the case, there is no express stipulation in regard to the duration of service, the contract will be terminable on reasonable notice.⁴² This, in fact, requires an examination by the court as to the unexpressed periods of employment.⁴³ The most cogent evidence in this regard is the period between payments by the employer although

³⁴ 1950 1 SA 851 (C).

³⁵ Cooper *South African Law of Landlord and Tenant* 59.

³⁶ *Peters v Van der Linde* 1908 TS 706.

³⁷ Cooper *supra* 60.

³⁸ 1923 AD 317.

³⁹ For a detailed analysis of English law on the contract of employment, see Friedland *Contract of Employment*.

⁴⁰ *Byron v Sundays River Settlements Ltd* 1923 EDL 117; *Angehorn v Federal Cold Storage Co Ltd* 1908 TS 761.

⁴¹ *Tiopaizi v Bulawayo Municipality* 1923 AD 325.

⁴² Wille *Principles of South African Law* 7th ed 431.

⁴³ Norman-Scoble *Law of Master and Servant in South Africa* 314; Wille *loc cit*.

this is not, in itself, conclusive.⁴⁴ If the worker is employed on a daily or casual basis, he may be dismissed summarily and, equally, the employee may leave without giving notice.⁴⁵ Similarly, when payment is on a weekly or monthly basis, notice of a week or month respectively is necessary.⁴⁶ Notice will only take effect from the end of the current period. However, even though wages are paid on a monthly basis, but calculated on a daily basis, the contract will be one of hiring on a daily basis.⁴⁷ So too, where there is a contract of employment for a year with remuneration on a monthly basis, the employee may clearly not be dismissed without reason prior to the expiry of the one year term.⁴⁸ But where employment is on a periodic basis, as opposed to a contract expressly for one period, reasonable notice must be given informing the other party that the contract is not to continue for another period.⁴⁹ In the case of a yearly hiring, there is authority that three months constitutes reasonable notice.⁵⁰

A contract of service for life, or expressly for an indefinite period terminable only on mutual consent, has troubled many jurisdictions. The most obvious objection to such a contract is that it is in restraint of trade and smacks of a sophisticated form of slavery. *Wallis v Day*⁵¹ is nineteenth century authority and *McClelland v Northern Ireland General Health Services*⁵² twentieth century authority for the proposition that a contract to serve for life is neither in restraint of trade nor contrary to public policy. It is submitted that these two cases are really authority for the possible existence of a permanent contract of service. Each contract must be scrutinised on its own and where the contract is unfairly weighted in favour of one party, it may well be that the courts will find the contract *contra bonos mores*. In the *McClelland* case the inferior position of the employee was balanced by granting her the right to terminate on one month's notice, whereas in *Wallis v Day* the employee was entitled to enforce the contract for permanent employment since he had, in return for this, taken himself out of the business as a competitor and thereby assured his future master of the goodwill which attached to the defunct business. However, it is submitted that in South African law the contract of employment should give rise to a strong inference of determinability. This is supported by the decision of *Frames v Buffalo Wool Scouring Co*⁵³ in which it was held that the mere insertion of "permanent employment" in the contract was not considered conclusive proof as to the intention of the parties. The plaintiff, in reply to an advertisement by defendant for a "blacksmith – top wages and permanent job to a satisfactory man,"

⁴⁴ *CSAR v Cooke* 1904 TS 553.

⁴⁵ *Pretoria City Council v Min of Labour* 1943 TPD 238.

⁴⁶ *Begbie v Hartman* 1925 TPD 446.

⁴⁷ *CSAR v Cooke supra*.

⁴⁸ *Hunt v Eastern Province Boating Co* (1883) 3 EDC 12.

⁴⁹ *Hunt v Eastern Province Boating Co supra*.

⁵⁰ *Hunt v Eastern Province Boating Co supra*.

⁵¹ 1837 2 M&W 273.

⁵² 1957 1 WLR 594.

⁵³ 1921 EDL 288.

wrote to the defendant: "If I must meet with your approval, I shall be glad to receive a reply stating particulars re wages and, if suitable, whether absolutely permanent." The defendant replied "Job permanent; we offer £7 for a 48 hour week." Curlewis JP found on the facts that "permanent" merely related to the nature of the employment and not a condition of the contract requiring employment for as long as he (the plaintiff) was willing and able to work. The contract was, for this reason, terminable by either side upon giving reasonable notice.

It is submitted that the judgment is correct and something more must appear from the contract or surrounding circumstances to bind the parties permanently. This may be found where some subsidiary interest or consideration is granted over and above the service offered.⁵⁴ In the case of *Wallis v Day*, the employee, over and above his undertaking to render services in accordance with the agreement, gave up his business and thereby assured the employer of the goodwill from that business. This was a subsidiary consideration necessary to cement the permanent obligation. So too, if X had agreed to waive an action for personal injuries against a company in return for permanent employment, the courts should, in the absence of any other factor militating against this, enforce such an agreement by not permitting the party who accepted the benefit to terminate lawfully at will. Or if A, an employee, agreed to defy the instructions of a trade union (at personal risk to himself and to the great financial benefit of the company affected by the strike) by leading his fellow employees back to work, and if A had agreed to do this in return for permanent employment, it should be acknowledged as a valid contract.

The requisite of a subsidiary interest plays a twofold role. First, the extra compensation offers cogent proof that the parties seriously entertained permanent employment in the strict sense of the word and would therefore be able to defeat any argument that "permanent" referred to the nature of the agreement and was not a condition. The second function is that it would take the poison out of what otherwise might have been seen as an agreement contrary to public policy. The subsidiary interest has a purging effect. The courts must always, of course, examine the freedom of negotiation between the two parties. Where it is clear that, notwithstanding the supplementary compensation, there was a very real lack of negotiating freedom between the parties, the courts may find that this factor overrides the subsidiary interest granted.⁵⁵

Restraint of trade

The doctrine of restraint of trade is, as has been shown above, of some importance to this problem. Whether a contract for an indefinite duration which is *prima facie* in restraint of trade will be more vulnerable to being found contrary to public policy than a contract for a definite duration, is uncertain. Common sense would seem to answer this in the

⁵⁴ This requirement has found favour in the USA. See *Ellis Edwards v Kentucky Utilisers Co* 135 ALR 642; *Yellow Poplar Lumber Co v Reed* 106 Ky455 50 SW 685; *Carnig v Carr* 35 LRA 512; *Baltimore & OR Co v Foar* 84 F2d 67.

⁵⁵ Cf *Schroeder Music Publishing Co Ltd v Macaulay* 1974 3 All ER 616.

affirmative since the longer the duration, the greater the restraint and the more likely it is to be contrary to public policy. But one should start with this proposition:

"I do not think that in the case of commercial contracts for the promotion of trade, such contracts should generally be regarded as being in restraint of trade where the manner selected by the parties for the promotion of trade involves an abandonment of other methods of trade . . ." ⁵⁶

Every contract necessarily places a restriction on the contracting parties. A contracting party who is prepared to limit his economic freedom severely in return for promoting a quality or product should not, after enjoying the benefits of such security, be permitted to evade his obligations through the principle of restraint of trade. Therefore, a young musician who assigns all his future compositions to a publishing company in return for an allowance and percentage of the sales, does so because he does not have the capital or the know-how to market his composing genius.⁵⁷ To allow the musician, after his work has been nurtured and exposed to the public, to escape the onerous side of the contract is extremely unfair to the publishing company.⁵⁸ Where the agreement is expressly for a permanent duration (i.e. the lifetime of the composer), this in itself should not make it contrary to public policy. It is one of the facts to be evaluated together with all the other circumstances. So where X sold his business of manufacturing pipe cleaners (the only one in the country) to Y and received a considerable sum for the goodwill in return for an undertaking never to conduct a similar business in South Africa, the contract was found to be valid.⁵⁹

A restrictive covenant for an indefinite duration (as opposed to an express time stipulation) offers the court a possible alternative path to finding the contract contrary to public policy and therefore void. The courts may be able to do justice between the parties and maintain the contract by finding that the parties intended the agreement to be unilaterally determinable on reasonable notice; this tacit term would then purge the agreement of its *prima facie* negative elements.⁶⁰ It would avoid the drastic consequences of finding such a contract void, and may also prevent (as was shown to be a problem in the example of the young composer) the one party being unjustly enriched at the expense of the other.⁶¹ This possibility was in fact recognised by Milne J in *U-Drive Franchise Systems Ltd v Drive Yourself Ltd*.⁶² Should the court find that on the true interpretation of the contract it is determinable on reasonable

⁵⁶ *SA Wire Co (Pty) Ltd v Durban Wire and Plastics Ltd* 1968 2 SA 777 (D) 786.

⁵⁷ See *Schroëder Music Publishing Co Ltd v Macaulay supra*.

⁵⁸ In English law, should the contract be set aside as being contrary to public policy, an enrichment action may lie even though the plaintiff has suffered no financial detriment. The all important factor is defendant's unjust enrichment. Such an action would not succeed in South African law which demands both enrichment and impoverishment.

⁵⁹ *Wohlman v Buron* 1970 2 SA 760 (C).

⁶⁰ See *U-Drive Franchise Systems Ltd v Drive Yourself Ltd* 1976 1 SA 137 (D) 148B.

⁶¹ See n 58 *supra*.

⁶² *supra*.

notice, it is then, by virtue of its being able to decide what constitutes a reasonable time, in a powerful position to see justice done between the contracting parties.

Conclusion

A contract for an indeterminate period must be interpreted without a presumption either in favour of or against permanence. To reject a presumption of permanence and replace it with a presumption of revocability in the case of certain contracts such as those requiring mutual trust and confidence is open to the same criticisms as those levelled against the *Llanelly dictum*.⁶³ It is true that the courts will be faced with contracts in which, on the balance of inferences, there is little to choose between permanence and revocability.⁶⁴ But rather than to rely on an inflexible presumption of law, it is far better to allow a disinterested judicial officer to balance, in these difficult areas of interpretation, the equities of the case. And if the bench were openly honest about their Don Quixote type search for the unexpressed intention of the parties; it would admit that the true search is not for that mirage, "the intention of the parties," but to implant an interpretation which grants an equitable efficacy to a document which is silent on a vital term. If parties choose to leave their agreement naked, let them not complain of uncertainty and inconsistency in interpretations of such documents. The task is by definition hazardous. This uncertainty has been caused by the parties themselves. In a search for certainty of the law, we should not shackle ourselves with presumptions which militate against equity. The task of the court, when faced with a contract for an indeterminate period, is to balance with a sensitive scale the inferences which arise from the nature of the contract (e.g. a commercial contract), the terms of the contract itself (e.g. an express clause permitting cancellation in certain circumstances) and other surrounding circumstances (e.g. lack of equality of bargaining power) in order to ascertain whether the agreement may be determined unilaterally (either summarily or on reasonable notice) or not. The possible role of a revived *exceptio doli* in meeting a contract for a permanent duration where circumstances have changed to such an extent as to make enforcement of the agreement unjust should not be discounted. A party who displays unconscionable conduct by enforcing a permanent contract for continuous performance in circumstances not envisaged by either party should be barred by the *exceptio doli*.⁶⁵ □

⁶³ Carnegie 1969 LQR 392 appears to support such a presumption.

⁶⁴ Carnegie *supra*.

⁶⁵ In *Rand Bank Limited v David Allan Rubeinstein* (unreported: case no 1808/1978 handed down on 1978-11-13 by Botha J in the Witwatersrand local division) Botha J held, in reference to a defence based on the *exceptio doli*: "In seeking to rely on the wide wording of the deed of suretyship, it is attempting to abuse the right it acquired for a particular purpose at that time, and to convert that right into a remedy in respect of a later unforeseen event, the enforcement of which, in my assessment, in the circumstances of this case, would undoubtedly constitute unconscionable conduct on the part of the plaintiff and would undoubtedly result in a gross injustice or great inequity towards the defendant."

Ras en rassisme: strafregtelike manifestasies

JMT Labuschagne

MA DPhil LLD

Professor van die Inheemse Reg aan die Universiteit van Pretoria

SUMMARY

Contrary to earlier conceptions it is nowadays widely accepted that *homo sapiens* may be divided into various race groups. Whereas the concept of race is a biogenetic concept the concept of racism basically describes a psychological attitude. In this article it is submitted that racism is capable of being divided into two categories: egoracism (a negative or aggressive attitude towards members of one's own race) and allerracism (a negative or aggressive attitude towards members of a different race). The main problem of racism is imbedded in the fact that it can generate powerful emotions – so powerful that it can effectively exclude man's intellect.

South African criminal law in regard to erotic relations between members of various races is explained and analysed. It is submitted that legal restrictions on voluntary erotic relations between individuals (in this case members of different races) cannot withstand the power of individual human erotic selfdestination. This contention is supported by history itself.

Thereafter South African criminal law relating to the combat of inter-race aggression is discussed and analysed.

Suid-Afrika is een van die lande in die wêreld waar daar merkbare neerslae van verskeie rassegroepe teenwoordig is. Andersheid bring egter nie alleen 'n rykdom, wat beliggaam is in alle verskeidenhede, mee nie maar ook veelvuldige probleme. In hierdie werkstuk word enkele van dié probleme nader beskou.

1 DIE BEGRIPPE RAS EN RASSISME

Hoewel die mens van die vroegste tye af al bewus was van die rasseverskeidenheid binne die mensfamilie, is intensief-wetenskaplike bestudering daarvan van relatief onlangse oorsprong.

Die grootskaalse Europese koloniserings van Afrika, Amerika en Asië het die Europeërs in intieme kontak gebring met 'n verskeidenheid rasse. Aanvanklik is rasse deur wetenskaplikes in streng afgebakende groepe ingedeel. Vir die meeste Europeërs was die ander rassegroepe verafgeleë kuriositeite. Toe genoemde rassekontak egter tot wrywing en konflik aanleiding gegee het, was die eerste reaksie die tipies normale: die begrip "ras" is weggedink. Daar is voorgegee dat die mensfamilie nie vatbaar is vir indeling in verskillende rasse nie.

Die werk *The Concept of Race*¹ waarvan Montagu die redakteur is, is byvoorbeeld daarop ingestel om die begrip "ras" as onwetenskaplik te bewys. Na bespreking van die toe bestaande rasseteorieë konkludeer Montagu:²

"To sum up, the indictment against the anthropological conception of race is (1) that it is artificial; (2) that it does not agree with the facts; (3) that it leads to confusion and the perpetuation of error, and finally, that for all these reasons it is meaningless, or rather more accurately such meaning as it possesses is false. Being so weighed down with false meaning it were better that the term were dropped altogether than that any attempt should be made to give it a new meaning."

Dié benadering word hedendaags egter deur die meerderheid wetenskaplikes as onrealisties verwerp. In sy werk *Race and Races*³ sê Goldsby die volgende:

"Race-related differences seen in human populations are not merely curiosities, thoughtfully arranged by the Creator for the amusement of anthropologists. Many of the structural and constitutional features associated with race represent, in common with other biological structures, an adaptation to the environment made by the organism at some stage during its evolution. Colour, certain aspects of blood chemistry, body structure, and physiology can all be viewed as biological adaptations."

Wat wel besonder problematies is, is om sekere persone, veral as gevolg van rassevermenging, onder 'n rassegroep tuis te bring.⁴

Die bekende Duitse etnoloog Mùchlmann⁵ onderskei tussen die begrip "ras" in biologiese sin en in sosiologiese sin. In eersgenoemde sin bestaan dit uit 'n erkende kompleks van oorerflike eienskappe en in laasgenoemde sin in

"Gruppenbildungen bzw - differenzierungen und Kategorische Einordnungen auf Grund symbolisch - vertretender Körpermerkmale bzw vermuteter Abstammung."

Mùchlmann se "ras in sosiologiese sin" kom ooreen met wat ek rassisme sou noem.

Oor die verskil tussen ras en rassisme sê Curt Stern⁶ die volgende:

"Race is a biological phenomenon; racism a sociological attitude. Because racism has led to wholesale misery and crime, the existence of races has often been denied."

Om rassisme as 'n sosiologiese gesindheid te beskou, is om slegs een verskyningsvorm daarvan te stel. Rassisme is myns insiens in wese 'n *psigologiese* gesindheid, omdat dit sy oorsprong in die individuele mens het en nie in 'n groep mense nie. Wanneer meerdere rasgenote dieselfde gemeenskaplik-psigologiese gesindheid teenoor 'n ander ras het, word rassisme 'n *sosiologiese* gesindheid. Wanneer laasgenoemde in (afdwingbare) juridiese reëls beliggaam is, kan 'n mens praat van rassisme as

¹ 1964.

² "The Concept of Race in the Human Species in the Light of Genetics" in *The Concept of Race* 9.

³ 89.

⁴ Vgl Garn *Readings on Race* 7.

⁵ *Rassen, Ethnien, Kulturen* 82.

⁶ Voorwoord tot Goldsby se werk, *supra*, vii.

juridiese gesindheid. Feit van die saak is: rassisme het sy oorsprong in die individuele mens en van daar af kan dit 'n pad loop tot by die juridiese (staatlik of nie-staatlik).

Om die oorsprong en aard van rassisme te begryp, is dit myns insiens nodig om die volgende te onderskei:

1 **Egorassisme:** Hierdie vorm van rassisme bestaan in 'n negatiewe of aggressiewe houding teenoor lede van jou eie rassegroep. Die redes hiervoor is hoofsaaklik tweërlei van aard:

1 1 Hierdie vorm van rassisme kan gebaseer word op 'n skuldgevoel en is niks anders as 'n vorm van masochisme nie. So het die Europeërs as gevolg van hulle rassistiese optrede teenoor ander rassegroepe 'n skuldgevoel ontwikkel wat hulle weer projekteer op of aggressief genereer ten opsigte van rasgenote in dikwels heeltemal ander omstandighede.

1 2 Hierdie vorm van rassisme kan ook gebaseer wees op 'n sterk minderwaardigheidsgevoel. So gebeur dit dat swartes wat in 'n blanke gemeenskap opgeneem is, neersien op hulle eie rasgenote en aggressief teenoor hulle reageer – asof hulle hulself van hulle eie rasse-identiteit wil distansieer. Hierdie vorm van rassisme hang ten nouste saam met die verskynsel van sosiale mobiliteit.

2 **Alterrassisme:** Hierdie vorm van rassisme bestaan in 'n negatiewe of aggressiewe houding teenoor lede van 'n ander rassegroep. Hierdie vorm van rassisme is gewoonlik die uitvloeisel van 'n minder- of meerderwaardigheidskompleks of op die een of ander vrees, soos die vrees vir bestaansontneming.

Die grootste gevaar van rassisme is dat dit kragtige emosies kan opwek – so kragtig dat dit die intellek effektief kan uitskakel. Net soos 'n mens kan onderskei tussen egorassisme en alterrassisme, kan 'n mens ook onderskei tussen ego-etnisme en alteretnisme. Hierdie onderskeiding geld inderdaad vir alle menslike groeperinge, biogeneties of sosiologies. Daar bestaan egter dié belangrike verskil: 'n mens kan jou sosiologiese affiliasies verander maar nie jou biogenetiese eienskappe nie — vandaar die feit dat rassisme sulke kragtige emosies kan genereer.

In Suid-Afrika bestaan rassisme op 'n juridiese vlak. Daar bestaan veelvuldige regsreëls wat slegs op sekere rassegroepe van toepassing is. Gepaardgaande daarmee bestaan daar veelvuldige juridiese omskrywings van die onderskeie rassegroepe. Hierdie omskrywings is nie suiwer op biogeneties-wetenskaplike gegewens gebaseer nie: daar is 'n sterk element van juridiese arbitrêrheid in dié omskrywings teenwoordig.

Die bedoeling is nie om dié wetgewing hier in bespreking te neem nie. Dit sou nie alleen 'n te omvangryke taak wees nie, maar sou ook onnodig wees omdat dit teen 'n steeds versnellende tempo verdwyn. Ek wil bloot hier wys op die invloed wat die strafreg uitoefen op, aan die een kant, die erotiese tussenrasseverhoudinge en, aan die ander kant, op die bekamping van rasse-aggressie – dit verteenwoordig in 'n sekere sin die pole van rasseverhoudinge.

2 EROTIEKREG

Erotiese (geslags-) verhoudinge tussen lede van verskillende rasse is in Suid-Afrika strafbaar. Dit sluit nie alleen geslagsomgang in nie, maar ook die aanloop daartoe.

2 1 Erotiese toenadering

Daar is verskeie sake in dié verband.

In *R v Marimuthoo*⁷ is die feite soos volg: M, 'n Indiërman, onbekend aan die klagster, 'n blanke getroude vrou, het aan haar gevra of hy haar in sy motor kan oplaai en vir 'n rit neem. Waarnemende regter Friedman wys daarop dat sodanige optrede voor die uitvaardiging van die wetgewing (soos gewysig) wat geslagsverkeer tussen lede van sekere rasse-groepe op straf verbied en ook die wetgewing wat sodanige huwelike verbied, beswaarlik onregmatig kon wees.⁸ Hy bevind:⁹

"In view of the provisions of Act 55 of 1949, a "declaration of love" by a non-European male to a European female, unaccompanied by any suggestion or proposal of sexual immorality or impropriety, might very well now be held to constitute a criminal *injuria*. Neither Act 5 of 1927 as amended by Act 21 of 1950 nor Act 55 of 1949, however, prohibits social intercourse between Europeans and non-Europeans. Such social intercourse does in fact take place and there are in existence clubs and other organizations which have a mixed membership of Europeans and non-Europeans. A respectable European woman who is asked by a strange European man to be allowed to pick her up in his motor car and take her for a drive would no doubt consider herself to have been grossly insulted. Such an invitation, however, if made in circumstances which do not contain any suggestion or proposal of sexual immorality or impropriety does not constitute a criminal *injuria*. The insult would, no doubt, under the conditions prevailing in this country, be greater if the invitation were extended by a non-European, but, so long as social intercourse between Europeans and non-Europeans is not prohibited, and the invitation does not contain any suggestion or proposal of sexual immorality or impropriety,¹⁰ or any declaration of love, such an invitation by a non-European, in my judgment, does not constitute conduct of a reprehensible character which in the interests of society should be punished, any more than a similar invitation by a European would constitute such conduct. Moreover such

⁷ 1956 3 SA 231 (N). Vgl Van Zyl Steyn "Crimen Injuria" 1958 *SALJ* 278 281.

⁸ Vgl *R v Ismail Nera* 1922 NP 153; *R v Morrison* 1929 EDL 163; *R v Van Wyk* 1940 GWL 53; *Allie v R* 1945 2 PH H224.

⁹ 233. Vgl ook *S v Ngwenya* 1962 1 SA 367 (N).

¹⁰ In *R v K* 1975 3 SA 446 (N) 449 sê waarnemende regter Didcott egter:

"In some cases the distinction drawn appears to have been between declarations of 'platonic love', which have been considered innocuous, and utterances disclosing an 'erotic love', which have tended not to be so regarded. These have doubtless been meant as labels of convenience, and not as exact classifications. It nevertheless occurs to me, with respect to those who have found it helpful in the circumstances concerning them, that the distinction is unsatisfactory. It is far from clear, and its lack of precision may be dangerous. It may suggest to some, for example, that a declaration of love can be punishable merely because physical attraction is an impulse behind the affection thus expressed, and because to that limited extent 'erotic love' is thereby demonstrated. I very much doubt that this is so. What surely matters for present purposes is not what arouses passions in any particular case, but the manner and form in which they are communicated. To my mind, it is more useful and altogether preferable to differentiate between declarations of love devoid of sexually intimate references and those characterised or accompanied by them, whether explicitly or by necessary implication."

conduct has not in the past been regarded as constituting a contravention of the criminal law. In addition, it is in the appellant's favour that he did not persist in the invitation but immediately expressed his regret."

M word onskuldig bevind.

In *R v Olakawu*¹¹ het 'n swart huisbediende 'n blanke vrou met 'n liefdesoogmerk genader en 'n brief aan haar oorhandig waarin hy sy liefde vir haar openbaar en haar vra om daarop te antwoord. Regter Van Winsen, wat namens 'n volbank uitspraak gegee het, stel die regsposisie soos volg:¹²

"Although the test as to what constitutes an impairment of dignity must naturally be an objective one, regard can, I think, rightly be had to the complainant's reaction to the accused's conduct. She says she felt insulted and wrote and told him so and that she would report the matter to the Police, which she did. That she ascribes her feeling of being insulted to the fact that the accused was a Native, only serves to emphasise a fact to which our Courts have frequently had regard, namely, that the difference in colour between the complainant and the accused is an 'aggravating' feature. By 'aggravating' feature I understand these decisions to mean, not that what would not otherwise be an *injuria* becomes such merely because of the difference in colour between complainant and the accused, but rather that what might otherwise be regarded as a trifling *injuria* not meriting punishment, may, depending on the circumstances of the particular case, become a *crimen injuria*. The difference in colour, therefore, between the parties in this case is clearly a factor in the decision of whether a *crimen injuria* has been proved."

'n Onlangse appèlhoofsaak, *S v M*,¹³ is 'n saak van 'n ander aard, maar tog nie sonder verband nie. In dié saak het M, 'n nie-blanke man, aan klaagster gesê "fuck off you White bitch." M is skuldig bevind en sy skuldigbevinding is deur die appèlhof bekragtig. Wat vir die onderhawige doeleindes van belang is, is die volgende opmerkings wat appèlregter Diemont maak:¹⁴

"Counsel submitted that the objectionable parts of the exclamation were only the words with a sexual connotation and that the feelings of the complainant would not have been affected by the reference to her race. The use of the word 'White' in the context would not exacerbate race relations, and should therefore be disregarded.

I find no substance in this submission. Not only were the obscene words addressed by a man to a woman but the reference to her as a 'White bitch' was racially degrading; they would have been equally objectionable if they had been spoken by a White man to a Black woman. These were factors which a court would be entitled to take into account in assessing whether there was an impairment of the complainant's *dignitas* sufficiently serious to constitute *crimen injuria*."

2 2 Geslagsomgang

Kragtens artikel 16 van die Ontugwet¹⁵ is geslagsomgang tussen blank en nie-blank strafbaar.

2 2 1 Historiese Agtergrond

Die strafregtelike verbod op rassevermenging, soos dit vandag daar uitsien, het nie vanuit ons gemenerog ontwikkel nie. Dit het sy oorsprong,

¹¹ 1958 2 SA 357 (K).

¹² 360-361. Vgl ook *R v M* 1961 1 SA 30 (N).

¹³ 1979 2 SA 25 (A).

¹⁴ 28.

¹⁵ Wet 23 van 1957.

aan die een kant, in die etniese en raskundige samestelling van die mense wat hulle binne die koloniaal-vasgestelde staatsgrense van Suid-Afrika bevind en, aan die ander kant, in die politieke en breër kulturele geskiedenis van genoemde mense.

In ons gemenerereg is geslagsomgang tussen Christen en Jood as 'n vorm van *stuprum qualificatum* gestraf.¹⁶ Hierdie verbod het egter later verval.¹⁷ Wesenlik het dit in elk geval gegaan om 'n verbod op vermenging van persone wat tot verskillende godsdienstige oortuigings behoort en nie tot verskillende rasse nie.¹⁸

Eers aan die begin van die twintigste eeu het wetgewing in dié verband sy verskyning in Suid-Afrika gemaak. In die Kaapprovinsie het artikel 34 van die Betting Houses, Gaming Houses and Brothels Suppression Act van 1902¹⁹ soos volg bepaal:

“It shall be unlawful for any white woman to voluntarily have illicit sexual intercourse for the purpose of gain with any aboriginal native . . .”

Gevangenisstraf van tot 2 jaar kon vir dié misdryf opgelê word. Artikel 14 van die Vrystaatse Suppression of Brothels and Immorality Ordinance van 1903²⁰ was soortgelyk aan dié bepaling.

In Transvaal en Natal is misdade met 'n veel wyer trefkrag geskep. Artikel 19 van die Transvaalse “Immorality Ordinance” van 1903²¹ bepaal soos volg:

- “(1) Any white woman who voluntarily permits any native to have unlawful carnal connection with her is liable to imprisonment with hard labour for five years.
- (2) Any native having or attempting to have unlawful carnal connection with a white woman in circumstances which do not amount to rape is liable to imprisonment with hard labour for six years and to whipping not exceeding twenty-four strokes in addition to such imprisonment.”

Artikel 16 van “The Criminal Amendment Act” van 1903²² het in Natal soos volg bepaal:

“Illicit sexual intercourse between any white woman and any coloured person . . . shall be unlawful; and any white woman or such coloured person contravening the provisions of this section shall be liable, on conviction, to be imprisoned with hard labour for a period not exceeding two years, and in the case of such coloured person, with lashes not to exceed twenty-five.”

'n Analise van genoemde statute bring mens by die volgende:

a In die Kaapprovinsie en die Vrystaat was slegs 'n blanke vrou wat met 'n “native aboriginal” geslagsomgang het, as dader (van die betrokke artikels) strafbaar. In die lig van die algemene beginsels van ons

¹⁶ Vgl Voet 48 5 2; Moorman *Verhandelinge over de Misdaden en der Selven Straffen* 2 16 8.

¹⁷ Vgl Van der Keessel *Praelectiones ad Ius Criminale* 48 5 25.

¹⁸ Vgl Moorman 2 16 8.

¹⁹ Wet 36 van 1902 (K).

²⁰ Ord 12 van 1903 (O).

²¹ Ord 46 van 1903 (T).

²² Wet 31 van 1903 (N).

strafreg sou die "native aboriginal" as 'n medepligtige strafbaar wees.²³ Die blanke vrou was ook slegs strafbaar vir geslagsverkeer waarvoor sy betaal is. In *R v Kam Cham*²⁴ omskryf regter-president Graham 'n prostituut as

"a girl or woman who indiscriminately consorts with men for hire, or admits a common and indiscriminate sexual intercourse for gain."²⁵

'n Prostituut sou wel in die lig van die toepaslike artikels strafbaar wees, maar ook 'n vrou wat 'n enkele daad van geslagsomgang teen 'n vergoeding toelaat, het binne die trefkrag daarvan geval.

b In Transvaal was 'n blanke vrou en 'n naturel strafbaar. 'n Naturel word omskryf as "a person manifestly belonging to any of the native or coloured races of Africa, Asia, America or St Helena."²⁶

c In Natal was 'n blanke vrou en 'n gekleurde persoon strafbaar: 'n gekleurde persoon word omskryf as "any Hottentot, Coolie, Bushman, Lascar, or any of the people commonly called Kafirs . . ."²⁷

d Die gebruik van die woorde "illicit" of "unlawful" om geslagsomgang te kwalifiseer hou verband met die feit dat huwelike tussen die onderskeie rassegroepe, behalwe miskien in Transvaal, nie verbode was nie: sodanige binne-egtelike geslagsomgang was derhalwe nie wederregtelik nie.²⁸

Op 30 September 1927 het die Ontugwet 5 van 1927²⁹ 'n uniforme reëling vir die hele Suid-Afrika bewerkstellig. Artikel 1 van dié wet stel buite-egtelike³⁰ geslagsomgang van 'n blanke man met 'n naturellevrou en 'n naturellemann met 'n blanke vrou strafbaar met 'n maksimum van vyf jaar gevangenisstraf. Geslagsomgang wat neerkom op verkragting, poging tot verkragting, onsedelike aanranding of oortreding van artikels 2 en 4 van die Meisjes en Geestelik Gekrenkte Vrouwe Bescherms Wet van 1916³¹ het buite die trefkrag van dié artikel geval.³² Artikel 2 stel die vrou, naturel en blank respektiewelik, strafbaar met gevangenisstraf van hoogstens vier jaar.

'n Naturel word omskryf as 'n lid van enige inboorlingras of -stam van Afrika.³³ 'n Kleurling of Indiër was dus glad nie as dader strafbaar nie.

Artikel 3 van die Ontugwysigingswet van 1950³⁴ het die 1927-wet gewysig sodat geslagsomgang tussen blank en nie-blank sedertdien strafbaar is.

²³ Vgl Rabie *Die Deelnemingsleer in die Strafreë* (LLD-proefskrif, UNISA 1969) 315.

²⁴ 1921 EDL 327 329.

²⁵ Vgl ook *R v Moonsamy* 1918 TPD 79; *R v Ramcharam* 1931 NPD 192.

²⁶ a 19(5) van Ord 46 van 1903 (T).

²⁷ a 16 van Wet 31 van 1903 (N) gelees met a 5 van Wet 15 van 1869 (N).

²⁸ Vgl Matthews 1921 SALJ 313 e.v.

²⁹ Vgl ook prok 19 van 1934 ten opsigte van Suidwes-Afrika.

³⁰ Vgl a 7.

³¹ Wet 3 van 1916.

³² Vgl *R v Bekker* 1917 AD 17; *R v V* 1951 1 SA 16 (K).

³³ a 7.

³⁴ Wet 21 van 1950.

2 2 2 *Artikel 16 van die Ontugwet*

Artikel 16 van die huidige Ontugwet 23 van 1957 bepaal:

“(1)(a) ’n Blanke vrouspersoon wat –

- (i) met ’n nie-blanke manspersoon ontug pleeg; of
- (ii) ’n onsedelike of onbehoorlike daad met ’n nie-blanke manspersoon pleeg of probeer pleeg; of
- (iii) ’n nie-blanke manspersoon aanlok, uitlok of lastig val om ontug met haar te pleeg; of
- (iv) ’n nie-blanke manspersoon aanlok, uitlok of lastig val om ’n onsedelike of onbehoorlike daad te pleeg; en

(b) ’n nie-blanke vrouspersoon wat –

- (i) met ’n blanke manspersoon ontug pleeg of probeer pleeg; of
- (ii) ’n onsedelike of onbehoorlike daad met ’n blanke manspersoon pleeg of probeer pleeg; of
- (iii) ’n blanke manspersoon aanlok, uitlok of lastig val om ontug met haar te pleeg; of
- (iv) ’n blanke manspersoon aanlok, uitlok of lastig val om ’n onsedelike of onbehoorlike daad te pleeg,

is aan ’n misdryf skuldig.

(2)(a) ’n Blanke manspersoon wat –

- (i) met ’n nie-blanke vrouspersoon ontug pleeg of probeer pleeg; of
- (ii) ’n onsedelike of onbehoorlike daad met ’n nie-blanke vrouspersoon pleeg of probeer pleeg; of
- (iii) ’n nie-blanke vrouspersoon aanlok, uitlok of lastig val om ontug met hom te pleeg; of
- (iv) ’n nie-blanke vrouspersoon aanlok, uitlok of lastig val om ’n onsedelike of onbehoorlike daad te pleeg; en

(b) ’n nie-blanke manspersoon wat –

- (i) met ’n blanke vrouspersoon ontug pleeg of probeer pleeg; of
- (ii) ’n onsedelike of onbehoorlike daad met ’n blanke vrouspersoon pleeg of probeer pleeg; of
- (iii) ’n blanke vrouspersoon aanlok, uitlok of lastig val om ontug met hom te pleeg; of
- (iv) ’n blanke vrouspersoon aanlok, uitlok of lastig val om ’n onsedelike of onbehoorlike daad te pleeg,

is aan ’n misdryf skuldig.

- (3) Dit is ’n voldoende verweer teen ’n aanklag ingevolge hierdie artikel as tot bevrediging van die hof bewys word dat die aangeklaagde persoon op die tydstip toe die misdryf gepleeg is redelike grond gehad het om te glo dat die persoon met wie hy of sy die misdryf gepleeg het ’n blanke is, indien die aangeklaagde persoon ’n blanke is, of ’n nie-blanke is, indien die aangeklaagde persoon ’n nie-blanke is.”

Dit is vervolgens nodig om die manifestasie van die begrip “ras” in dié wetgewingstuk nader te betrag en te analiseer. Dit kan ten aanvang genoem word dat die misdade geskep deur artikel 16(1)(a) en 16(2)(a) slegs deur blankes en dié geskep deur artikel 16(1)(b) en 16(2)(b) slegs deur nie-blankes gepleeg kan word. Die kernvraag is: wie is ’n blanke en wie is ’n nie-blanke?

In artikel 1 word “blanke” omskryf as ’n

“persoon wat volgens voorkoms klaarblyklik ’n blanke is of wat gewoonlik daarvoor deurgaam.”

In die Engelse teks word “white person” omskryf as

“any person who in appearance obviously is or who by general acceptance and repute is a white person.”

In dié verband is dit belangrik om op die volgende te let:

a Die begrippe “volgens voorkoms” en “in appearance” slaan op rassevoorkoms. Dit kan nie op iets anders slaan nie.

b Die woorde “of” en “or” dui op alternatiewe en nie sinonieme nie. Dit is dus moontlik dat ’n persoon byvoorbeeld volgens voorkoms ’n blanke is, maar aangesien hy nie gewoonlik daarvoor deurgaam nie, vir die doeleindes van artikel 16 ’n nie-blanke is.

c In algemene begripkonnotasie beteken “gewoonlik daarvoor deurgaam” en “by general acceptance and repute” nie dieselfde nie. Vir laasgenoemde is ’n sekere psigiese aktiwiteit van ’n groep (naamlik aanvaarding) ’n vereiste, terwyl vir eersgenoemde ’n sodanige aktiwiteit nie noodsaaklik is nie. Die appèlhof het die Afrikaanse teks so uitgelê dat dit dieselfde betekenis as die Engelse teks het.³⁵

Die begrip “nie-blanke” word in die wet negatief omskryf. Dit word naamlik omskryf as “enige ander persoon as ’n blanke.”³⁶

Uit hierdie uiteensetting blyk dit dat daar vir die bepaling van wie ’n blanke (en gevolglik ook ’n nie-blanke) is, twee moontlike toetse bestaan: die voorkomstoets en die aanvaardingstoets.³⁷

a Die voorkomstoets

Uit ons gewysdes blyk dat die finale beslissing of ’n persoon volgens voorkoms ’n blanke is by die hof berus.³⁸ Van die hof word beslissings verwag waarvoor raskundiges self soms terugdeins.

Artikel 21(2) is ook hier ter sake. Dié artikel bepaal soos volg:

“iemand wat volgens voorkoms klaarblyklik ’n blanke of ’n nie-blanke skyn te wees, na gelang van die geval, word by die toepassing van hierdie Wet geag sulks te wees tensy die teendeel bewys word.”

Die appèlhof het beslis, en dit stem ook ooreen met die bewoording van dié artikel, dat dit nie hier om rasse-afkoms gaan nie: bewys dat ’n persoon byvoorbeeld volgens afkoms ’n blanke is, weêrlê nie die vermoede wat deur dié artikel geskep word nie.³⁹ In *R v B and H*⁴⁰ het B, ’n blanke man, geslagsomgang gehad met H, ’n vrou wat, in die woorde van die hof, “according to the *prima facie* evidence, which was unrebutted, of

³⁵ *R v Vilbro* 1957 3 SA 223 (A) 232.

³⁶ a l.

³⁷ Vgl *R v Ormonde* 1952 1 SA 272 (A) 277.

³⁸ Vgl *R v Ormonde supra* 277; *R v B and H* 1953 2 SA 344 (K) 347.

³⁹ *R v Ormonde supra* 275. Vgl ook *R v K and B* 1955 3 SA 193 (T); *S v F* 1970 2 SA 484 (T) en *S v D* 1976 3 SA 675 (OD).

⁴⁰ *supra* 349.

European descent” was. H word desnieteenstaande skuldig bevind. Die rede hiervoor is geleë in die feit dat bewys moet word dat die persoon nie volgens voorkoms ’n blanke of nie-blanke, na gelang van die geval, is nie. Dit kon nie in die saak gedoen word nie.

Rasbepaling volgens ’n persoon se voorkoms, sonder verwysing na sy biogenetiese (rasse-) afkoms, is nie alleen raskundig gesproke onwetenskaplik nie, maar is uit ’n etiese, juridiese en sosiologiese oogpunt gesien, onbillik en selfs onsinnig.

b *Die Aanvaardingstoets*

’n Probleem wat in dié verband kan ontstaan, is dat ’n persoon in sekere kringe byvoorbeeld as ’n blanke aanvaar kan word en in ander nie. Indien die hof daaroor twyfel of sodanige persoon as ’n blanke aanvaar word, val die voordeel van die twyfel die beskuldigde volgens die algemene reëls van ons strafbewysreg toe en is hy geregtig op ontslag.

Omdat die ras (soos in die wet omskryf) van die man en vrou elemente is van die onderskeie misdade, moet die staat dit bo redelike twyfel bewys en moet die regspreker sy bevindig aanteken.⁴¹

Die misdade geskep deur artikel 16 word deur die wetgewer in ’n ernstige lig beskou, want ’n straf van tot sewe jaar gevangenisstraf kan opgelê word.⁴²

Die woord “ontug” wat in artikel 16 gebruik word, word in artikel 1 omskryf as “buite-egtelike vleeslike gemeenskap.” Kragtens die Wet op Verbod van Gemengde Huwelike⁴³ kan huwelike tussen lede van verskillende rassegroepe tog onder sekere omstandighede geldig wees.

Soos uit die bewoording van artikel 16 blyk, is nie alleen geslagsomgang tussen lede van genoemde rasse strafbaar nie, maar ook die aanlok, uitlok of lastig val om geslagsomgang te hê. Artikel 16 beperk verder nie strafbaarheid tot geslagsomgang en die aanlok, ensovoorts om geslagsomgang te hê nie, maar stel ook die pleeg van en die aanlok, uitlok of lastig val om ’n onsedelike of onbehoorlike daad te pleeg, strafbaar.⁴⁴

2 3 **Konklusie**

Dit is nie nodig om ’n waarde-oordeel oor die bestaansreg van artikel 16 en alles wat daarmee gepaard gaan, te vel nie. Die geskiedenis van die menslike samelewing doen dit vir ons: nog nooit in die geskiedenis kon enige regsreël wat ’n beperking stel op die individueel-menslike erotiese selfbestemming, stand hou nie. Artikel 16 van die Ontugwet sal dit ook nie doen nie.

⁴¹ Vgl bv *S v F* 1970 2 SA 484 (T).

⁴² a 22(e).

⁴³ a 1(1) van Wet 55 van 1949.

⁴⁴ Vir ’n meer gedetailleerde uiteensetting van a 16 sien my artikel “Art 16 van die Ontugwet” 1973 *De Jure* 26 waarin sekere van dié gedagtes in ’n ander verband opgeneem is.

3 RASSE-AGGRESSIEREG

In dié verband is daar verskeie statute van toepassing.

Artikel 29(1) van die Swart Administrasie Wet 36 van 1927 bepaal soos volg:

"Elkeen wat woorde uit of enige ander handeling of ding doen met die doel om vyandige gevoelens tussen Swartes en blankes te bevorder is skuldig aan 'n misdryf en by veroordeling strafbaar met gevangenisstraf van hoogstens een jaar of met 'n boete van twee honderd rand of met albei."⁴⁵

Dit is opvallend dat dié artikel slegs die bevordering van vyandige gevoelens tussen blank en swart bestraf. Die begrip "blank" word nie omskryf nie, maar 'n swarte word in artikel 35 van die wet omskryf as enige persoon wat lid is van 'n inboorlingras of -stam van Afrika. Dan bestaan daar die verdere voorbehoud dat 'n persoon wat in dieselfde omstandighede as 'n swarte in sekere gespesifiseerde gebiede woon, ongeag sy werklike rasseverwantskap, vir die doeleindes van die onderhawige wet as 'n swarte beskou word. Ook sekere korporatiewe eenhede en die verteenwoordiger van die boedel van 'n oorlede swarte word vir die doeleindes van dié wet as swartes beskou.

Hierdie definisie van swarte vertoon vier samehangende kante:

a *Raskundig*: Enige lid van 'n inboorlingras van Afrika is 'n swarte. Hiervolgens sou Boesmans, Nilote, Pigmeë en dies meer ook swartes wees. Dit moet voorts in gedagte gehou word dat alle swartkleuriges nie noodwendig tot 'n inboorlingras van Afrika gereken word nie.

b *Etnies*: 'n Lid van 'n inboorlingstam van Afrika sou, streng volgens die letter van die wet, as 'n swarte beskou kon word. Stamlidmaatskap voorveronderstel nie 'n besondere raskundige verwantskap nie. Die Suid-Afrikaanse appèlhof het dié aspek van die definisie in effek genegeer. In *R v Radebe*⁴⁶ sê appèlregter Schreiner:

"I conclude that in deciding whether a person is a native within the definition, the sole test is descent, other elements being only probative of descent."

c *Sosiologies*: Dit blyk uit die definisie dat persone wat in dieselfde toestande as swartes leef ook as swartes gereken word.

d *Juridies*: Sekere juridies-korporatiewe eenhede en juridiese funksionarisse word ook volgens die definisie as swartes beskou.⁴⁷

Ons howe het hulle reeds by verskeie geleenthede oor die betekenis en omvang van artikel 29 uitgelaat.⁴⁸ In dié verband kan op die volgende gewys word:

a Dié artikel bestraf in sekere gevalle rassisme, terwyl artikel 16 van die Ontugwet juis in effek sekere vorme van a-rassisme bestraf. Die onderhawige artikel is gerig op bekamping van vyandigheid tussen

⁴⁵ Kragtens a 29(5)-(9) kan 'n persoon onder sekere omstandighede uit die Republiek verwyder word.

⁴⁶ 1945 AD 590 610.

⁴⁷ Vgl my analise van die definisie in *Bantoereg: 'n Vervolgenskaplike Terreinverkenning* (1973) 3-6.

⁴⁸ Vgl in die algemeen *S v Mbiline* 1978 3 SA 131 (OK).

swartes en blankes as rassegroepe en nie tussen individue waarvan een swart en die ander blank is nie: dit is *groepsgerig* en nie *individue-gerig* nie. In *S v Singh*⁴⁹ stel regter Leon, na 'n analise van die gewysdes, dit soos volg:

"What the Legislature had in mind was the avoidance of the promotion of racial antagonism, not as between individuals each of a different race, but on the part of the Bantu race as a whole against the European race as a whole or vice versa."

b Dié artikel is nie daarop gerig om die rasseproblematiek in Suid-Afrika te ontpolitiseer nie. Kritiek op en die stel van alternatiewe vir die regering of enige politieke party of groep of persoon se houding teenoor ander rasse, val nie binne die trefkrag van dié artikel nie.

In *R v Brown*⁵⁰ het B in die teenwoordigheid van 500 tot 700 persone, waarvan ongeveer die helfte swartes was, die volgende gesê:

"You remember how the natives were shot down under the Union Jack at Bulhoek, Port Elizabeth, Bondelswartz Rebellion, South-West Africa, and on the Rand in 1922. Excuse me cursing. To hell with King George, to hell with General Hertzog, to hell with General Smuts. We shall bang the lot of Parliamentarian parasites six feet under the ground."

Hy is aangekla kragtens artikel 29(1) en in die laerhof skuldig bevind. Sy appèl word gehandhaaf deur 'n uitspraak waarin regter Van Zyl onder andere die volgende sê:⁵¹

"The native is a most important factor in the political life of this country, and both the Government and Parliament are from time to time confronted with problems relating to him, and it is only natural that in their dealings with such problems, members or ex-members of the Government, and members of Parliament generally, will, at times, be severely criticised. The Legislature, however, could not have intended to bring such criticism, even though couched in offensive and abusive language, within the scope of sec 29(1) of Act 38 of 1927."

c Iemand is kragtens artikel 29(1) strafbaar slegs as hy die opset gehad het om vyandigheid tussen swart en blank te bevorder. Wat vereis word, is oogmerkopset om sodanige vyandigheid te bevorder. In *S v Kubhaka*⁵² stel regter Leon dit onomwonde:

"In this Court it was common cause between counsel that, in order for the State to succeed in a prosecution of this kind, it is not sufficient to show that the appellants possessed a constructive intention to promote feelings of hostility, but it was necessary for the State to go further and show that the appellants possessed the actual intention of promoting such hostility."⁵³

⁴⁹ 1975 1 SA 330 (N) 336. In *R v Ncwangu* 1933 NPD 579 582 sê regter Lansdown: "While it is true that the promotion of hostility between natives and individual Europeans would not be, and between natives and a group of individual Europeans might not be, within the statute . . . it appears to me that where the persons likely to be the objects of the intended hostility consist of a considerable body of Europeans, as e.g. the farming community, the section will have been contravened."

⁵⁰ 1929 CPD 221. Vgl ook *R v Vanga* 1932 EDL 219 222; *R v Ncwangu supra* 581; *Baartman v R* 1958 1 PH H85 (K).

⁵¹ 223.

⁵² 1974 3 SA 443 (N) 444. Vgl ook die Rhodesiese sake (ten opsigte van 'n soortgelyke bepaling) *R v Nyandoro* 1959 1 SA 639 (SR); *R v Mawena* 1961 1 SA 896 (FC); *R v Samkange* 1961 3 SA 374 (SR).

⁵³ Vgl ook *R v Sutherland* 1950 4 SA 66 (T) 71 per regter Murray:

"What the Legislature expressly penalised in sec 29(1) was that the person accused should have had the promotion of such racial hostility as his aim and object -

Die vraag of daar ook addisionele oogmerke teenwoordig was, is irrelevant.⁵⁴ Genoemde oogmerkopset kan ook by wyse van afleiding uit die feite vasgestel word.⁵⁵

Artikel 29(2) van die onderhawige wet gaan egter verder en magtig ook regsoptrede, hoewel nie strafregtelik nie, ten aansien van enigiets wat redelikerwys verwag kan word vyandige gevoelens tussen swart en blank te bevorder. Dié artikel lui soos volg:

“Wanneer dit ’n magistraat na beëdigde informasie blyk dat daar redelike gronde is om te vermoed dat daar op enige perseel binne sy regsgebied –

(a) iets is in verband waarmee op redelike gronde geglo word dat dit bewys sal lewer betreffende die begaan van sulks ’n misdryf; of

(b) iets is in verband waarmee op redelike gronde geglo word dat dit bestem is om gebruik te word om enige sodanige misdryf te begaan,

mag hy sy bevelskrif uitvaardig, ’n daarin genoemde polisiebeampte of -beamptes of alle polisiebeamptes gelastende om sulks ’n perseel te deursoek en enige sodanige ding indien gevind in beslag te neem en voor ’n magistraat te bring. Indien ’n magistraat voor wie sulks ’n saak gebring word oortuig is dat dit iets is wat redelik verwag kan word om vyandige gevoelens tussen Swartes en blanke te bevorder mag hy skriftelik die vernietiging of verbeuring daarvan aan die Kroon magtig maar geen sodanige bevel word uitgevoer voor ’n tydperk van een maand na die datum van sodanige bevel verloop is en die beslissing van die magistraat in die opsig is vatbaar vir hersiening.”

d Samehangend met punt b hierbo genoem, het die houe bevind dat artikel 29(1) nie daarop gerig is om inbreuk te maak op die individuele reg op vryheid van spraak en gepaardgaande kommentaar, analise en toekomsprojeksies op openbare aangeleenthede nie. In *R v Bunting*⁵⁶ sê regter-president Graham:

“It does not forbid the mere utterance of words, which have or might have the effect of promoting any such feeling of hostility, for before a person can be found to have contravened the section, there must be proof that such utterance, etc, was accompanied with an intention ‘to promote any feeling of hostility’ between the two races. The necessity of such a qualification is obvious, for otherwise no person, be he politician, historian, pressman, or educationalist, could discuss matters of

that his word was spoken or his deed performed with the deliberate purpose of promoting such hostility, such promotion being the target at which his shaft was aimed. This is, I think, of considerable importance and flows from the use of the words ‘doel’ or ‘intent’. Although the probable consequence of the words or deeds are most material in ascertaining the accused’s purpose, they are not conclusive. An individual who bona fide believes that a certain state of affairs constitutes a social disease requiring drastic reform might well use language which was likely to inflame feelings of hostility on the part of the victims against the persons responsible for the state of affairs. Nevertheless if there was a reasonable possibility (not necessarily a probability) that his object was in truth the amelioration of conditions and the eradication of what he honestly considered to be an evil, he would clearly not have been shown to have had as his purpose the promotion of hostility.”

Vgl verder *R v Bunting* 1929 EDL 326 332; *Diamond v R* 1933 NPD 380 385; *R v Nkatto* 1950 1 SA 26 (K) 31; Morkel “Die Bevordering van Mensverhoudinge en Artikel 29(1) van Wet 38 van 1927” 1975 *De Jure* 176.

⁵⁴ *S v Mbiline supra* 135.

⁵⁵ Vgl *R v Rulashe* 1928 EDL 376; *R v Moroe* 1934 OPD 21; *S v Singh supra* 339; Morkel a w 178.

⁵⁶ *supra* 332.

vital interest to both natives and Europeans without risking a prosecution. It is clear that it was not the intention of the Legislature to stifle all public comment on questions of importance, which might affect the relations between Europeans and natives."

e Om te bepaal of 'n persoon die onderhawige artikel oortree het, moet sy woorde en optrede as geheel en in verband met die omstandighede van die betrokke geval beoordeel word.⁵⁷

f Die begrip "vyandigheid" (Engels: "hostility") dui nie slegs op optrede wat oorlogsgestig is nie. In *R v Bunting*⁵⁸ verduidelik regter-president Graham:

"It was suggested by Mr Reynolds in his able address that the word 'hostility' in this connection meant enmity manifesting itself in actual or intended warfare, that before a person could be convicted, the Court should be satisfied that he intended to promote warlike feelings between the races. I am not prepared, however, to accept this contention. I am inclined to the view that the expression 'intent to promote any feeling of hostility' has a wider meaning, and includes an intention to create or foment feelings of discord, enmity, estrangement, hatred, and even disaffection and unfriendliness between the two races."

g Die woord "bevorder" wat in die onderhawige artikel gebruik word, skep die indruk dat die artikel slegs van toepassing is op gevalle waar rassevyandigheid reeds bestaan en dit dan slegs bevorder word. In die gesaghebbende saak *R v Bunting*⁵⁹ bevind regter-president Graham:

"The word 'promote' does not seem to have been happily chosen, the Dutch equivalent is 'bevorder', and both these words seem more appropriately used in connection with feelings already existent, being usually employed in the sense of improving or furthering some condition which has already been created. Taken with the context I think, however, that 'promote' includes 'cause,' 'provoke,' 'foment,' 'further,' 'advance,' or 'encourage' in its meanings, and I shall so interpret it in dealing with the meaning of sec 29."

Hoewel artikel 29(1) slegs verwys na die bevordering van vyandighede tussen swart en blank, is daar ander wetgewingstukke wat ander gevalle ook dek.⁶⁰ Artikel 1 van die Tweede Algemene Regswysigingswet⁶¹ bepaal soos volg:

"Iemand wat iets sê of iets anders doen met die opset om vyandiggesindheid tussen verskillende bevolkingsgroepe van die Republiek te veroorsaak, aan te moedig of aan te stook, is aan 'n misdryf skuldig en by skuldigbevinding strafbaar met 'n boete van hoogstens tweeduisend rand of met gevangenisstraf vir 'n tydperk van hoogstens twee jaar of met daardie boete sowel as daardie gevangenisstraf."

Die begrip "bevolkingsgroep" omvat veel meer as 'n rassegroep. Dit omvat myns insiens ook etniese en ander sosiologiese eenhede. In 'n onlangse saak *S v Mbiline*⁶² wys regter Addleson tereg daarop dat artikel 29(1) in die lig van dié artikel oorbodig is, aangesien eersgenoemde deur laasgenoemde omvat word.

⁵⁷ *R v Nkatto supra* 31.

⁵⁸ *supra* 332. Vgl ook *R v Dumah* 1928 OPD 152 154; *R v Maritz* 1939 SWA 38 40. Vgl in die algemeen Milton en Fuller *South African Criminal Law and Procedure* vol III 202 e.v.

⁵⁹ *supra* 332. Vgl ook *R v Thaele* 1930 CPD 332 333.

⁶⁰ Vgl a 3 van die Wet op Oproerige Byeenkomste 17 van 1956.

⁶¹ 94 van 1974.

⁶² *supra* 133.

4 STRAFTOEMETING

Die vraag of 'n persoon se ras hoegenaamd by strafoplegging in aanmerking geneem mag word, het al meermale ter sprake gekom.⁶³ In 'n onlangse appèlhofsaak⁶⁴ het hoofregter Rumpff die volgende gesê:

“Blykbaar het die advokaat vir die verdediging en die verhoorhof nog nie die ondervinding opgedoen nie dat inderdaad Kleurlinge en Swartmans soms mense steek sonder enige rede, behalwe oënskynlike steeklus.”

Sover my kennis strek, en ek het nog geen wetenskaplike gegewens tot die teendeel teëgekom nie, bestaan daar geen misdaad wat om biogenetiese redes meer deur lede van 'n besondere rassegroep gepleeg word nie. In die lig hiervan kan 'n persoon se ras nie 'n faktor by strafstoemeting wees nie. Die posisie sou egter anders wees as sodanige wetenskaplike gegewens wel aan die lig sou kom. □

⁶³ Vgl by Maister “Judicial Attitudes to Race in South Africa” 1969 *Responsa Meridiana* 1; Van Niekerk “Mentioning the Unmentionable: Race as a Factor in Sentencing” 1979 *SASK* 151; Rabie en Strauss *Punishment: An Introduction to Principles* (1979) 76-77.

⁶⁴ *S v Augustine* 1980 1 SA 503 (A) 506 en die bespreking daarvan deur Rudolph in 1980 *SASK* 66.

Aantekeninge

DIE LASHEBBER SE VERHAALSREG TEN OPSIGTE VAN VERSKULDIGDE UITGAWES NOG NIE BETAAL NIE

Susan Scott (1981 *THRHR* 320) verklaar soos volg:

“Die vraag ontstaan egter of die lashebber voor voltooiing van sy opdrag, in die onderhawige geval, voordat hy die skuld gedelg het, op ‘reimbursement’ geregtig is, en indien wel, wat die basis van sy eis is. Myns insiens regverdig die gesag nie so ’n afleiding nie . . . Wat die lashebber myns insiens in die omstandighede te doen staan, is om eers die skuld te betaal en dan van die lasgewer vergoeding van sy onkoste te eis.”

Die betrokke gesag (die gewysdes *Goldstein v Nochemowitz* 1914 OPD 95 en *Smith v Miller* 1920 CPD 382; en die bekende skrywers De Villiers en Macintosh asook Kerr) reflekteer die geyskte waarheid dat die lashebber wat reeds gemagtigde uitgawes aangegaan het of betalings gedoen het vir die uitvoering van sy las die terugbetaling daarvan kan eis. Die moontlike verhaalsreg ten opsigte van uitgawes wat reeds aangegaan is maar wat nog nie vereffen is nie, word nie behandel nie. Ten einde te bepaal of daar wel ’n verhaalsreg bestaan ten opsigte van skulde wat vir die uitvoering van die opdrag aangegaan is voordat hulle deur die lashebber betaal is, moet die toevlug dan na ander bronne geneem word.

Romeinse reg

Die lashebber het in die Romeinse reg in sy eie naam gehandel. As die lasgewer hom nie voor die uitvoering van die las van die nodige middele voorsien het nie, sou die lashebber wat vir die uitvoering van die opdrag uitgawes moes aangaan of sy eie middele aanwend of vir krediet reël. Die lashebber wat ’n saak moes koop, sou argumentsonthalwe ’n kredietkoop kon sluit, leiding van die saak ontvang en dit aan die lasgewer oordra. Die vraag sou dan ontstaan of hy eers die koopprys moet betaal en dan die lasgewer vir terugbetaling aanspreek, of hy maar die betaling van die prys van die lasgewer kan vorder sodat hy die verkoper kan betaal en of hy miskien ’n ander reëling moet tref.

Watson (*Contract of Mandate in Roman Law* (1961) 164–177) behandel die aangeleentheid en na ’n ondersoek van die tekste maak hy die volgende gevolgtrekkings:

- 1 “(W)e may conclude that a mandatary who has completed the mandate may sue the mandator immediately for release from future liability” (167).
- 2 “Accordingly, where a third party fulfils the mandatary’s obligation, the latter has an action against the principal at once, whether or not he is bound to reimburse that third party” (171).

3 "Thus . . . it seems that as soon as the mandatary becomes creditor (byvoorbeeld as erfgenaam van die skuldeiser van die skuldenaar vir wie hy borg gestaan het) he has the right to an action – either on mandate or the principal obligation – against the mandator" (173).

Sy gevolgtrekkings kan vir die huidige soos volg saamgevat word: Die lashebber wat vir die uitvoering van die opdrag 'n skuld aangegaan het, kan die bedrag daarvan van die lasgewer vorder nadat dit deur 'n derde betaal is, ook waar die lashebber nie teenoor die derde daarvoor aanspreeklik is nie; en hy het ook 'n regsmiddel teen die lasgewer voordat die skuld betaal is. Die vraag is dan: welke regsmiddel?

D 17 1 45 pr: "Si mandatu meo fundum emeris utrum cum dederis pretium, ages mecum mandati; an et antequam des, ne necesse habeas res tuas vendere. Et recte dicitur, in hoc esse mandati actionem, ut suscipiam obligationem, quae adversus te venditori competit. Nam et ego tecum agere possum, ut praesto mihi adversus venditorem empti actiones."

Hieruit is dit duidelik dat die lasgewer die skuld van die verkoper teen die lashebber moet oorneem. Dit veronderstel 'n delegasie en hiervoor is, soos goed bekend, die samewerking van die verkoper as skuldeiser nodig. En as die verkoper nie sy samewerking wil gee nie dan geld die reëling wat in *D 17 1 45 2* gestel word:

" . . . aut si nolit creditor obligationem mutare, cavere tibi debeo, defensum iri te."

Dit word duidelik bevestig deur die glos "Si mandatu," naamlik "cavebo me te defensurum."

Die lasgewer kan natuurlik die skuld aflos deur direk aan die skuldeiser te betaal. Hy kan ook die lasgewer betaal sodat dié self die skuldeiser te gelegener tyd kan betaal. Daar bestaan egter rede om aan te neem dat die lashebber wat nie onderneem het om sy eie middele vir die uitvoering van die las te gebruik nie, 'n voorskot vir hierdie doel van die lasgewer kan eis.

D 17 1 12 17: ". . . potuit enim agere cum eo qui mandaverit ut sibi pecuniam daret ad faciendum, maxime si iam quaedam ad faciendum paravit."

Hierdie aanwysing kan sekerlik analoog toegepas word op die geval van die lashebber wat 'n opdrag ontvang om 'n saak te koop en wat dan kragtens die koopkontrak die koopprys aan die verkoper verskuldig is.

Ten slotte moet daarop gewys word dat 'n lashebber wat ingevolge die lasgewingskontrak vir die lasgewer moet borgstaan, geen eis teen die lasgewer kan instel alvorens hy die skuld aan die skuldeiser voldoen het nie (*C 4 35 10*), behoudens 'n aantal uitsonderingsgevalle (sien die glos "feceris" op *C 4 35 10* en Cujacius *Opera Omnia* bd 9 kol 358 (*ad C 4 35 10*)). Dit geld egter nie vir die gewone lashebber nie (*ibid*).

Romeins-Hollandse reg

Die onderwerp onder bespreking word maar kursories in die Romeins-Hollandse reg behandel. Heelwat skrywers vermeld die verhaalsreg van die lashebber ten opsigte van uitgawes wat reeds gemaak is (*De Groot* 3 12 9 (gedane kosten); *Van Leeuwen RHR* 4 26 10 (gehangen) en *CF* 1 4 24 12 (quicquid . . . ab est . . . impensas . . . factas); *Huber HR* 3 12 34 (uitgeshotene penningen); *Voet* 17 1 13; *Van der Keessel*

Praelectiones ad Gr 3 12 9; Van der Linden 1 15 14). Daar is egter besliste sprake van dat die Romeinse reg insake uitgawes wat aangegaan is maar wat nog nie vereffen is nie, ook aanvaar is omdat daar vermeld word dat die lasgewer die lashebber van sy laste moet onthef (Huber *HR* 3 12 34 en Voet 17 1 13) of vrywaar (Voet 17 1 13 en Van der Linden 1 15 14). De Groot (3 12 9) vermeld ook dat die lashebber vir die uitvoering van die las 'n voorskot kan eis. Die skrywers vermeld dus geen afwyking van die Romeinse reg nie.

Dit is daarom verbasend om te lees dat die Hooge Raad met Van Bynkershoek as lid beslis het (*Obs Tum* 2 1760) dat die lashebber in die bepaalde geval nie die lasgewer voor betaling van die skulde kan aanspreek nie. Dat dit geen gevestigde praktyk was nie blyk uit die feit dat Van Bynkershoek, seker met trots, vermeld dat dit hy was wat die hof met soveel argumente tot hierdie beslissing oorreed het. Ongelukkig vermeld by nie sy argumente nie. Dit wil dus voorkom of hierdie beslissing, in 'n regstelsel wat geen presedentestelsel gehandhaaf het nie, van die voorafgeldende gemenerereg afwyk en 'n nuwe rigting aandui. Ongelukkig word verder nie vermeld of dit 'n uitsonderingsreëling of 'n algemene reëling met uitsonderings is nie.

Suid-Afrikaanse reg

Die posisie van 'n lashebber wat vir die uitvoering van sy las uitgawes aangegaan het, behoort nog dieselfde as in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg te wees. Die lashebber wat nie onderneem het om sy geld vir die uitvoering van die las te gebruik nie, behoort die lasgewer om 'n voorskot te kan vra. As hy die skuld in sy eie naam aangegaan het, behoort hy steeds die lashebber te kan vra om die skuld te vereffen, die skuld oor te neem of om aan hom 'n voorskot vir die betrokke doel te maak.

Daar is egter een kompliserende faktor, naamlik die werking van die moderne reg insake verteenwoordiging.

1 Die lashebber met 'n volmag (gevolmagtigde) kan só kontrakteer dat die lasgewer (volmaggewer) persoonlik ingevolge die kontrak die wederparty is. Die derde kan nie die gevolmagtigde aanspreek nie en gevolglik kom ontheffing van die gevolmagtigde van persoonlike aanspreeklikheid teenoor die derde nie ter sprake nie. Eers wanneer die gevolmagtigde, met of sonder 'n volmag daartoe, die skuld van die volmaggewer voldoen, ontstaan daar uit hoofde van die voldoening 'n vorderingsreg vir die terugbetaling van die bedrag wat betaal is. As die volmaggewer egter met die gevolmagtigde ooreengekom het dat die gevolmagtigde die skuld namens die volmaggewer sal voldoen, sou die gevolmagtigde die volmaggewer om 'n voorskot van die nodige middele kon vra, tensy die gevolmagtigde onderneem het om die nodige geld aan die volmaggewer voor te skiet.

2 Die gevolmagtigde kan in sy eie naam kontrakteer, met die gevolg dat die kontrak tussen hom en die derde tot stand kom en hy persoonlik teenoor die derde as skuldenaar aanspreeklik is. In so 'n situasie is daar

sekerlik in beginsel ruimte vir die toepassing van die gemeenregtelike benadering dat die lashebber die lasgewer kan vra om die skuld oor te neem of om die lashebber teen skade te vrywaar. Die saak word egter vertroebel deurdat die volmaggewer kragtens die leerstuk van die verborge prinsipaal ("doctrine of the undisclosed principal") ook deur die derde aangespreek kan word. Waar sowel die gevolmagtigde as die volmaggewer teenoor die derde aanspreeklik is, ontstaan die vraag of daar nie van die gemenerereg afgewyk moet word deur die gevolmagtigde te behandel asof die volmaggewer alleen ingevolge die kontrak aanspreeklik is nie. Miskien sal die feit dat die gevolmagtigde kontrakbreuk gepleeg het, 'n rol kan speel: As die gevolmagtigde uitdruklik of stilswyend gemagtig is om in sy eie naam op te tree, dan pleeg hy nie kontrakbreuk as hy aldus kontrakteer nie, en behoort hy steeds die beskerming van die gemenerereg te geniet; as die gevolmagtigde kontrakbreuk pleeg deur in sy eie naam te handel en daardeur die volmaggewer benadeel deurdat hy aan 'n eis van die derde blootgestel is, ook waar hy die geld vir betaling aan die gevolmagtigde oorbetaal het, kan daar aangevoer word dat die volmaggewer betaling aan die gevolmagtigde kan weier. In laasgenoemde geval bly hy egter aanspreeklik om die gevolmagtigde skadeloos te stel en as die gevolmagtigde die skuld betaal, moet hy hom vergoed. Daar kan ook aangevoer word dat die gevolmagtigde die volmaggewer kan vra om die skuld direk aan die derde te vereffen of om dit oor te neem.

Na aanleiding van die voorgaande bespreking blyk dit dat daar gevalle is waar 'n lashebber die lasgewer kan aanspreek vir (1) 'n voorskot, (2) oorname van 'n skuld, of (3) vrywaring van aanspreeklikheid.

DJ JOUBERT
Universiteit van Pretoria

DIE BETEKENIS VAN "BEWYS" IN ARTIKEL 113 VAN DIE STRAFPROSESWET

"Afdoende bewys, soos die naam aandui, is konklusief - geen weerlegging is moontlik nie." (Schmidt *Bewysreg* (1972) 2). Voldoende bewys laat die moontlikheid oop van verdere getuienis wat 'n ander gevolgtrekking sou regverdig.

Ingevolge artikel 220 van die Strafproseswet word daar geredelik aanvaar dat 'n erkenning "voldoende bewys" is. Afdoende bewys is dit nie. In eerste instansie kan afbrekende getuienis afbreuk doen aan die bewyswaarde van die erkenning. Slegs aan die einde van getuienislewering kan daar van afdoende bewys sprake wees. Daarom, na 'n artikel 115 - ondervraging, maar voor getuienislewering, word 'n formele erkenning geag net voldoende te wees. In hierdie aantekening word die bewyswaarde van die "bewys" van 'n feitebewering deur 'n beskuldigde ingevolge artikel 112(1)(b) gemaak, onder die soeklik gewerp.

In *S v Ncube* en *S v Mphateng* 1981 3 SA 511 (T) word na dié aangeleentheid verwys. In die eerste geval delf Willie Ncube die onderspit na 'n "suksesvolle" ondervraging deur die landdros ingevolge artikel 112(1)(b) wat neerkom op kruisverhoor. Nadat 'n artikel 113-bevinding deur die landdros genotuleer is, word sowel die staat as die verdediging se saak gesluit sonder die lei van getuienis en word die beskuldigde skuldig bevind. In hersiening word Ncube se skuldigbevinding en vonnis tersyde gestel en die saak terugverwys vir verhoor *de novo* vanweë die onreëlmatige ondervraging.

Rebecca Mphateng word skuldig bevind na 'n artikel 112(1)(b)-ondervraging. 'n Artikel 113-bevinding en die sluit van sowel die staat as die beskuldigde se saak volg. Die skuldigbevinding word in hersiening bekragtig.

Regter Van Dijkhorst verklaar soos volg:

"Hoewel dit dus nie as erkenning onder artikel 220 aangeteken kon gewees het nie omdat dit nie in geskil was toe die erkenning gemaak was nie en 'n verwysing in artikel 113 na laasgenoemde artikel onvanpas sou wees, is die effek presies dieselfde; die erkenning dien as bewys van die betrokke feit" (513F).

Op bladsy 512G maak die regter die volgende stelling:

"Wanneer skuldig gepleit word, word alle wesentlike bewerings wat die staat sou moes bewys, erken en dus buite geskil geplaas; daar is daarna dus geen bewerings meer wat in geskil is en wat erken kan word nie."

Hierdie uitlating kom ietwat ondeurdag voor. Alle wesentlike bewerings kan net as buite geskil geplaas geag word wanneer die beskuldigde skuldig bevind is deur die hof, en nie "[w]anneer skuldig gepleit word . . ." nie. Indien die regter se uitlating juis is, is dit moeilik om te verstaan watter sin daar in die daaropvolgende ondervraging sou wees.

Dit is dus duidelik dat wanneer die regter op bladsy 513F (hierbo aangehaal) verwys na bewerings wat nie in geskil is nie (genotuleer gedurende die artikel 112(1)(b)-ondervraging), die sienswyse gefundeer is op sy foutiewe siening van die bewyswaarde van die antwoorde opgedis gedurende die artikel 112(1)(b)-ondervraging self.

'n Verdere probleem is geleë in die wesentlike aard van die woord "bewys" vervat in artikel 113 (foutiewelik vertaal as "evidence" in die vertaalde kopstuk). Indien die wetgewer dit bedoel het as afdoende of voldoende bewys sou hy sekerlik hierdie woorde gebruik het as kwalifisering, soos in artikel 220. Maar, aangesien dit nie gedoen is nie, ontstaan die vraag na wat met "bewys" soos vervat in artikel 113 bedoel word. En as "bewys" presies dieselfde effek as "voldoende bewys" het, waarom in artikel 220 van "voldoende bewys" praat?

Die regter het myns insiens gelyk wanneer hy sê dat die staat en die verdediging die geleentheid gegun word om getuienis aan te voer nadat artikel 113 toegepas is. Kan dit wees juis omdat die "bewys" waarna in artikel 113 verwys word, "voldoende bewys" is? Indien wel, is die stelling: "Wanneer skuldig gepleit word, word alle wesentlike bewerings wat die staat moes bewys, erken en buite geskil geplaas . . .," foutief.

Die regter toon tereg aan, in *Ncube* se geval, dat wanneer enigiets gesê word wat teenstrydig met die staatsaak is, die landdros onmiddellik 'n pleit van onskuldig móét notuleer.

Maar in *Mphateng* se saak word hierdie mening nie gevolg nie en tref die regter 'n onderskeid tussen die twee onderhawige sake. Op bladsy 515H haal die regter die woorde tussen die landdros en die beskuldigde aan:

“Het hy (*sic*) geweet dat julle beeste steel?”

Hierop word geantwoord:

“Nee, ek (*sic*) het nie geweet nie. Beskuldigde 1 het net gesê dat hy die beeste aan John gaan gee.”

Later erken die beskuldigde dat sy geweet het dat hy, beskuldigde nommer 1, die beeste steel. Hierop lewer die regter die volgende kommentaar:

“Hoewel sy ontken het dat sy geweet het dat *hulle* die beeste gesteel het, het sy wel erken dat sy geweet het dat Beskuldigde nr 1 die beeste gesteel het en dat sy haar daarmee vereenselwig het en hom gehelp het. Die skuldigbevinding was gevolglik in orde” (516E).

'n Mens sou verwag het dat selfs al was “hy” in werklikheid “jy” soos blykbaar aanvaar deur die regter, dat die regter daarop sou aandring dat daar onmiddellik 'n artikel 113-bevinding genotuleer moet word na die eerste “nee.” Soos die regter dit self op bladsy 514H en 515 stel:

“Artikel 112(1)(b) beoog nie kruisondervraging van die beskuldigde nie, maar bloot 'n besadigde ondervraging van die beskuldigde ten einde vas te stel of hy die bewerings in die aanklag waarop hy skuldig gepleit het, erken. Die ondervraging oor irrelevantheids wat uiteindelik uitgeloop het op 'n teenstrydige verklaring was onreëlmstig.”

Daar word aan die hand gedoen dat die wetgewer so spoedig moontlik die onsekerheid oor die bewyswaarde van “bewys” vervat in artikel 113 uit die weg ruim. Seer sekerlik kan dit nie as afdoende bewys aanvaar word nie. Die gevaar bestaan egter dat so 'n opvatting in die laer howe kan posvat. Dit sou dan die gevolg hê dat artikel 113-erkennings, gemaak sonder die hulp van 'n raadsman, die verdedigingsaak onhoudbaar maak wanneer die beskuldigde wel kans kry om verteenwoordig te word. Die gevalle in die laer howe waar die beskuldigde “skuldig” pleit en dan 'n paar sinne daarna verontskuldigende verklarings kwytraak, is legio.

Alhoewel die praktiese waarde daarvan betwyfel word (wanneer 'n beskuldigde onverdedig is), word daar desnieteenstaande aan die hand gedoen dat die gebruik om die beskuldigde te waarsku oor die erns van sy erkennings indien hy dit wil laat notuleer as formele erkennings, soos gebeur in artikel 115-verrigtinge (inaggenome artikel 220), van waarde sal wees. Dit sal ten minste die uitwerking hê dat nie alles voor die afgod “onskuld-is-begerig-om-te-praat,” gegooi word nie.

PJ LAUBSCHER
Landdroskantoor, Kaapstad

BYDRAENDE NALATIGHEID EN VEILIGHEIDSGORDELS

'n Vraag wat die afgelope tyd 'n paar maal deur die houe beantwoord moes word, is of iemand wat beserings in 'n motorongeluk opgedoen het, bydraend nalatig was bloot omrede hy versuim het om 'n veiligheidsgordel te dra (*Vitoria v Union National South British Insurance* 1980 4 SA 406 (T) en die appèlhofuitspraak in dieselfde saak, *Union National South British Insurance v Vitoria* 1982 1 SA 444 (A), asook *Vorster v AA Mutual Insurance Association* 1982 1 SA 145 (T)).

Die standaard-feitestel wat in hierdie gevalle voorkom, is dat die eiser 'n passasier in 'n motorvoertuig is wat weens die nalatige optrede van 'n ander persoon in 'n ongeluk betrokke raak en dat die eiser se versuim om 'n veiligheidsgordel te dra sy beserings (en gevolglike skade) vergroot.

In die *Vitoria*-uitspraak van die Transvaalse hof (*supra* 412G–413B) beslis regter Spoelstra dat aangesien 'n redelike man in die posisie van die bestuurder van 'n motorvoertuig nie growwe nalatigheid van ander padgebruikers sou verwag nie, 'n mens ook nie kan sê dat 'n redelike passasier in sodanige voertuig in die algemeen liggaamlike nadeel weens 'n motorongeluk hoef te voorsien nie. Volgens regter Spoelstra is die waarskynlikheid so laag dat mens in 'n motorongeluk betrokke sal raak indien jy saam met 'n bevoegde en versigtige bestuurder ry, dat die blote statistiese moontlikheid van 'n ongeluk weens 'n derde se nalatige optrede nie 'n redelike passasier verplig om 'n veiligheidsgordel vir selfbeskerming te dra nie. Die fout wat uit hierdie argumente van regter Spoelstra blyk, is dat hy by die toepassing van die redelike man-toets by die vasstelling van bydraende nalatigheid net rekening hou met die graad van waarskynlikheid van die intrede van liggaamlike beserings weens 'n motorongeluk. Die regter moes verder gegaan het en, waar die waarskynlikheidsgraad van benadeling weens die versuim om 'n veiligheidsgordel te dra weliswaar laag is, ondersoek gedoen het na die erns van die benadeling wat met 'n lae graad van waarskynlikheid voorsienbaar is sowel as na die moeite wat die dra van 'n gordel meebring en die moontlike nut wat 'n versuim om 'n mens vas te gespe, mag inhou. (Sien Neethling en Potgieter 1981 *THRHR* 204 205; Van Rensburg *Juridiese Kousaliteit en Aspekte van Aanspreeklikheidsbegrensing by die Onregmatige Daad* (proefskrif UNISA 1970 247 e v; Claassen 1981 *THRHR* 207 209.)

Die verweerder in die saak onder bespreking het nie genoeg geneem met die uitspraak van regter Spoelstra nie en appèl is aangeteken na die appèlafdeling. Voor die uitspraak van die hoofregter in hierdie verband gelewer is, moes regter Goldstone (van die Transvaalse hof) oor wesenlik dieselfde kwessie beslis in die reeds vermelde *Vorster*-saak (*supra* . In 'n goed gemotiveerde uitspraak kom die hof tot die slotsom dat die versuim van 'n passasier wat in die voorste sitplek van 'n motor sit daar is blykbaar 'n aanmerklik hoër risiko van beserings as 'n mens voor in 'n voertuig sit in vergelyking met wanneer 'n mens agter sit – *supra* 149F) om 'n veiligheidsgordel te dra, duidelik afwyk van die standaard van gedrag van die redelike man en *altyd* op bydraende nalatigheid sal neerkom (*supra* 155C–D). Regter Goldstone verwys in hierdie verband ook na die

standpunte wat vroeër hierbo geopper is in verband met die risiko-graad van benadeling, die erns van die voorsienbare skade en die koste of moeite om teen die intrede van die skade te waak (sien *Herschel v Mrupe* 1954 3 SA 464 (A) 477).

Na deeglike oorweging van die relevante gesag, beslis die regter verder (163H-164A) dat die versuim om 'n veiligheidsgordel te dra, wel neerkom op "skuld" (bydraende skuld) soos bedoel in artikel 1(1)(a) van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956. Die hof aanvaar ook die standpunt van Boberg (1970 *Annual Survey of South African Law* 176) dat deliktuele aanspreeklikheid berus op die skuldige veroorsaking van skade en nie op die veroorsaking van ongelukke of ander gebeurtenisse wat to skade aanleiding kan gee nie (161E). Hierdie standpunt sou in die veiligheidsgordelgevalle beteken dat al het die passasie-eiser deur sy versuim om 'n gordel te dra, ooglopend nie tot die skepping van die primêr skadestigtende gebeurtenis (die motorongeluk) aanleiding gegee nie, sy versuim nietemin kousaal met die uiteindelijke skade verband hou en dat die betrokke versuim vir die doeleindes van bydraende nalatigheid wel aan die maatstaf van die redelike man getoets behoort te word.

Laastens moes regter Goldstone beslis met hoeveel die skadevergoedingsbedrag van die eiseres *in casu* verminder moet word weens die feit dat haar skade met R1 000 vergroot is, aangesien by haar nie vasgegespe het nie. Die voorgeskrewe maatstaf in hierdie verband word verskaf deur artikel 1(1)(a) van Wet 34 van 1956 wat onder andere bepaal dat die skadevergoeding verminder moet word in so 'n mate as wat die hof met inagneming van die mate van die eiser se skuld met betrekking tot die skade regverdig en billik ag. Die benadering wat regter Goldstone volg (hy beroep hom veral op die Engelse saak *Froom v Butcher* 1975 3 All ER 520 (CA)), is nie baie duidelik nie (164G-165C). Hy weeg die grade van skuld van die betrokke partye teen mekaar op, maar werk blykbaar ook met die kousale effek van die eiseres se versuim en die nalatige bestuurder se optrede op die veroorsaking van die addisionele skade. Vir sover grade van veroorsaking as maatstaf aangewend word, weerspieël regter Goldstone se benadering nie die positiewe reg nie (*South British Insurance v Smit* 1962 3 SA 826 (A) 835; *Boxa v Mtshayi* 1975 3 SA 761 (A) 765).

Akademiese juriste het ook al kommentaar oor die verdelingskwessie gelewer. Neethling en Potgieter 1981 *THRHR* 204 206 gee die volgende voorbeeld:

"A ly R10 000 skade weens 'n motorbotsing wat uitsluitlik aan B se nalatigheid te wyte is. Daar word bewys dat A se skade slegs R6 000 sou beloop het indien hy nie medewerkend nalatig was weens sy versuim om 'n veiligheidsgordel te dra nie. (A se versuim het dus bygedra tot die R4 000 vermeerdering van die skade.) Hieruit volg dat, wat die R6 000 betref, B alleenlik daarvoor aanspreeklik is. Die orige R4 000 is weens A se medewerkende nalatigheid ingevolge artikel 1(1)(a) aan verdeling onderworpe . . ."

Alhoewel A in die voorbeeld net R6 000 skade sou gely het as hy 'n veiligheidsgordel gedra het, het B duidelik ook kousaal tot die vergroting van die skade meegewerk deur sy veroorsaking van die botsing. Dit sou

dus verkeerd wees om net vir A vir hierdie skade te verwyf. Die graad van B se nalatigheid en A se medewerkende nalatigheid met betrekking tot die verhoging van die skade moet steeds teenoor mekaar opgeweeg word ingevolge artikel 1(1)(a) van Wet 34 van 1956. (Die appèlhof volg ook hierdie benadering in die *Vitoria*-saak.)

Claasen 1981 *THRHR* 207 208 sien blykbaar die kwessie van verdeling raak in maar pas dan die *conditio sine qua non*-toets verkeerd toe in die volgende geval wat hy bespreek:

“Maar indien die eiser ’n veiligheids gordel gedra het, sou die skade nie Rx oorskry het nie. Met ander woorde die verweerder se handeling is ’n *conditio sine qua non* vir die skadepos tot by Rx en die eiser se handeling (*omissio*) is ’n *conditio sine qua non* vir die skadepos bo Rx.”

Die verweerder se handeling is tog duidelik ook ’n *conditio sine qua non* vir die “skadepos” bo Rx.

Enkele maande na die *Vorster*-saak lewer hoofregter Rumpff (met wie arr Jansen, Rabie en Joubert en w ar Trollip saamstem) uitspraak oor die appèl van die verweerder in die *Vitoria*-saak. In sy bespreking van die term “skuld” ingevolge artikel 1(1)(a) van Wet 34 van 1956, meld die hoofregter dat “skuld” nie ’n handeling of versuim is nie, maar in wese blaam of verwyf in resgverband. Hierdie verwyf word verbind met ’n handeling of versuim wat skade veroorsaak. Daar kan, volgens die appèlhof, in bepaalde gevalle bydraende nalatigheid (skuld) ten opsigte van die handeling of versuim wat die skade veroorsaak, wees en in ander gevalle bydraende nalatigheid (skuld) ten opsigte van die skade sonder dat daar skuld was ten aansien van die skadeveroorakende gebeurtenis. (Die hof verwerp in hierdie verband die beslissing in *King v Pearl Insurance* 1970 1 SA 462 (W). Sien ook Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1980) 160 vn 46.) Na ’n ondersoek van sekere bronne (o a *Union Government v Lee* 1927 AD 202; *Lennon Ltd v British South Africa Company* 1914 AD 1) kom die appèlhof tot die slotsom dat volgens ons gemenereg bydraende nalatigheid ook in verband kan staan met ’n eiser se versuim om deur die uitoefening van redelike sorg skade of verlies te vermy en dat hierdie optrede nie noodwendig beperk word tot die vermyding van die skadeveroorakende voorval self nie.

Met verwysing na die siening van regter Spoelstra in die hof *a quo* dat ’n versigtige bestuurder (en passasier) ’n botsing as baie onwaarskynlik sal beskou (*supra* 413E) gee hoofregter Rumpff te kenne dat dit nie ’n realistiese siening verteenwoordig nie. Die hoofregter stel die standpunt dat die publieke beleid besondere voorsorgmaatreëls van bestuurders en passasiers in motorvoertuie verwag.

Die slotsom waartoe die hof kom, is dat die versuim van die eiseres *in casu* om ’n gordel te dra, as bydraende skuld gereken moet word:

“Sy moes voorsien het dat die motor waarin sy gery het in ’n botsing betrokke kon raak en sy moes besef het dat die veiligheids gordel daar was om haar te beskerm teen sekere soort beserings. Hierdie voorsorgmiddel was byderhand en kon maklik en dadelik deur haar aangewend word. Daar is geen getuënis dat sy as dogter van 19 jaar onder invloed van haar vader die gordel nie gedra het nie. Indien sy wel onder haar vader se invloed was, kon dit haar skuld in die besondere omstandighede, miskien verminder het. Die feit dat dit toentertyd nog nie wetlik

verplichtend was om gordels te dra nie, doen geen afbreuk aan die besef wat respondente destyds moes gehad het oor haar veiligheid en oor die doel van die gordel nie.”

Hierdie *dictum* verteenwoordig 'n ondubbelsinnige verwerping van die argumente van die hof *a quo*.

Wat die vermindering van die skadevergoedingsbedrag betref waarop die eiseres geregtig is, weeg die hof die skuld van die bestuurder op teenoor die bydraende skuld van die eiseres en kom tot die gevolgtrekking dat die nalatigheid van eersgenoemde veel meer is as die bydraende skuld van laasgenoemde. Die maatstaf in artikel 1(1)(a) van Wet 34 van 1956 wat van 'n hof verg om die skadevergoeding onder andere ingevolge regverdigheid en billikheid te verminder, beteken volgens die hoofregter dat alle relevante faktore in verband met die bydraende skuld oorweeg moet word. Iemand wat bloot vergeetagtig is in sy versuim om homself vas te gordel, se skuld sal minder geag word as dié van iemand wat hom doelbewus nie vasgordel nie. Die appèlhof erken dat daar vele praktiese probleme in hierdie verband kan wees, maar verwerp nietemin die benadering van regter Goldstone in die *Vorster*-saak (*supra* 165A–B) aangesien die appèlhof dit beskou as 'n “klakkelose beroep” op die Engelse beslissing in *Froom* (*supra*). Die hoofregter stel sy siening dan soos volg:

“In die geval waar daar in ons reg 'n versuim was om 'n veiligheidsgordel te dra, en daar bewys word dat die eiser weens hierdie versuim meer skade gely het as wat hy sou gely het indien hy wel 'n veiligheidsgordel gedra het, is daar geen probleem oor kousaliteit nie. Sowel die nalatigheid van die bestuurder van die motor wat die botsing veroorsaak het, as die versuim van die eiser om die gordel te dra het daardie ekstra skade veroorsaak. Hoe moeilik dit ook al mag wees, moet, in ons reg, in elke geval die omvang van die skuld van die eiser en die omvang van die skuld van die nalatige bestuurder bepaal word. Alleen dan kan die vordering vir skadevergoeding ten opsigte van die ekstra skade op 'n billike en regverdige wyse verminder word.”

In casu beslis die appèlhof dat die appellant nie 'n vermindering van die skadevergoedingsbedrag van respondent (eiseres) kon eis nie, aangesien die respondent se erkenning dat sy waarskynlik nie gesigsbeserings sou opgedoen het as sy 'n gordel gedra het nie, onvoldoende is in die lig van die gebrekkige getuienis oor wat haar beserings sou gewees het indien sy wel 'n gordel gedra het. Die appèl word gevolglik van die hand gewys.

Hierdie appèlhofuitspraak (wat grootliks die vroeëre uitspraak in die *Vorster*-saak bevestig) bring nou groter sekerheid ten aansien van sekere aktuele regspraakstukke in verband met die dra van veiligheidsgordels. Die argumente van die appèlhof (en die uitspraak van regter Goldstone in die *Vorster*-saak) is realisties en in ooreenstemming met die eise van gesonde verstand.

Daar bestaan nog vele aspekte in verband met bydraende nalatigheid in hierdie verband wat verdere ondersoek en duideliker toeligting verg (byvoorbeeld die teoretiese vraag – met praktiese implikasies – oor die presiese aard van bydraende skuld in die raamwerk van die tradisionele vereistes vir deliktuele aanspreeklikheid) maar ek volstaan met die volgende gedagtes:

1 Die versuim van 'n insittende van 'n motorvoertuig om 'n veiligheidsgordel te dra, kom wel neer op bydraende nalatigheid ten aansien van dié deel van die skade wat die benadeelde deur sodanige versuim bydraend vergroot het.

2 'n Verweerder moet in die algemeen bewys dat die eiser 'n bepaalde bedrag minder skade sou gely het indien hy wel 'n veiligheidsgordel aangehad het. Deskundige getuienis lyk in hierdie verband byna onontbeerlik.

3 In veiligheidsgordelgevalle moet die skade van die benadeelde in twee dele verdeel word. Die eerste skadekomponent behels die skade wat (slegs) deur die primêr skadestigtende insident veroorsaak is. (As die nie-gebruiker van 'n veiligheidsgordel boonop die bestuurder van die betrokke voertuig was en bydraend nalatig ten aansien van die "ongeluk" opgetree het, sal verdeling van skadevergoeding ook hier ter sprake kom.) Die tweede skadekomponent betrek dié skade wat deur die "ongeluk" sowel as die versuim om 'n gordel te dra, veroorsaak is.

4 'n Verdeling van die skade wat deur die nalatige optrede van 'n motorbestuurder sowel as deur die nie-gebruik van 'n veiligheidsgordel veroorsaak is, geskied aan die hand van die gebruiklike opweging van die omvang van die skuld van die betrokke partye. Die hof moet 'n regverdige en billike benadering volg in die lig van die besondere feite van elke geval. Ek meen dat 'n mens as riglyn kan aanvaar dat die skuld van 'n persoon wat 'n motorongeluk met resulterende beserings en skade veroorsaak, in die algemeen altyd groter sal wees as dié skuld van 'n beseerde wat versuim het om 'n gordel te dra. Soos reeds vroeër aangetoon, is dit verkeerd om te betoog dat indien die dra van 'n veiligheidsgordel sekere beserings in die geheel sou voorkom het, 'n beseerde wat nie 'n gordel aangehad het nie, die hele skadebedrag ten aansien van sodanige beserings sal verloor. Dit is so omdat die bestuurder deur sy nalatige optrede die ongeluk en ook alle skade wat daaruit vloei, veroorsaak het en dit ook redelikerwys voorsienbaar is dat passasiers in 'n voertuig moontlik nie gordels aan het nie, en dat hierdie feit ernstiger beserings kan meebring.

PJ VISSER
Universiteit van Suid-Afrika

DIE GESKIEDENIS VAN DIE TOTSTANDKOMING VAN DIE WET OP DEELTITELS VAN 1971

1 Inleiding

Ons registrasiestelsel met betrekking tot grond was en is seker een van die beste stelsels ter wêreld. Grondregistrasie word uitvoerig gereël deur die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937. Daarvolgens bestaan daar registrasiekantore op verskillende plekke in die Republiek (a 1), elk waarvan verantwoordelik is vir die verrigting van registrasiehandeling

met betrekking tot grond wat binne sy gebied (soos omskryf in die tweede bylae van Wet 47 van 1937) geleë is.

1 1 *Registrasie van langtermynhuurkontrakte*

Gemeenregtelik verloor elke saak wat op so 'n wyse aan grond geheg is dat dit een geheel met die grond uitmaak sy selfstandige aard en word dit sonder meer die eiendom van die eienaar van die grond. Gevolglik is dit nie gebruiklik om verbeterings, insluitende geboue, in die grondregister of in die titelbewys van die grond te noem nie. As gevolg van die feit dat die aangehegte saak sy selfstandige aard verloor, sou 'n mens ook verwag dat 'n gebou of 'n gedeelte van 'n gebou nie afsonderlik van die grond, waaraan dit geheg is, vervreem, of afsonderlik van die grond die voorwerp van 'n beperkte saaklike reg, byvoorbeeld 'n geregistreerde langtermynhuur, kan vorm nie. Met die groter verstedeliking van die bevolking het die behoefte egter ontstaan om regte ten opsigte van gedeeltes van geboue, byvoorbeeld 'n kantoor of 'n woonstel, te registreer. In *Rosen v Rand Townships Registrar* 1939 WLD 5 het die hof dan ook beslis dat huurkontrakte ten opsigte van gedeeltes van geboue wel geregistreer kan word. Vir etlike jare het die registrateur van Randdorpe hierdie beslissing gevolg. Later – ongeveer 1953 – het die hoofregistrateur van aktes, Pretoria, die juistheid van die genoemde beslissing in twyfel getrek en, met instemming van die staatsregsadviseurs, geweier om verdere huurkontrakte ten opsigte van gedeeltes van geboue te registreer. Daarna is geen verdere langtermynhuurkontrakte ten opsigte van gedeeltes van geboue geregistreer nie, hoewel daar 'n behoefte daarvoor bestaan het.

Vir persone wat binne die bestaande registrasiestelsel 'n permanente okkupasiereg van 'n gedeelte van 'n gebou wou gehad het, was daar twee weë oop, naamlik kontraktueel-gekwalfiseerde mede-eiendom en die sogenaamde blokaandeelhouding:

1 2 *Kontraktueel-gekwalfiseerde mede-eiendom*

Hiervolgens word gebruik gemaak van die gewone gemeenregtelike instelling van mede-eiendomsreg, waarvolgens elke mede-eienaar 'n bepaalde onverdeelde aandeel in die eiendomsreg van die saak verkry, gepaard met 'n ooreenkoms wat die regte en verpligtinge van elke mede-eienaar onderling reël en waarvolgens elke mede-eienaar onder andere die reg verkry om 'n bepaalde gedeelte van 'n gebou te okkupeer wat (tesame met die grond waarop dit opgerig is) die objek van die mede-eiendomsreg uitmaak. Die kontrak kan wel dien om die gewone nadele van mede-eiendomsreg te temper, maar dit is tog belangrik om daarop te let dat daar uit die kontrak as sodanig slegs persoonlike regte en verpligtinge kan voortvloei.

1 3 *“Blokaandeelhouding”*

Hiervolgens kan 'n persoon 'n bepaalde “blok aandeel” in 'n maatskappy koop wat aan hom die reg gee om 'n bepaalde gedeelte van die maatskappy se gebou te okkupeer. In so 'n geval word die regte en

verpligtinge van die aandeelhouders onderling en teenoor die maatskappy deur ooreenkoms gereël.

Vanuit 'n individuele aandeelhouer se oogpunt gesien, is daar etlike nadele aan dié stelsel verbonde, soos die volgende:

a Hy is nie die eienaar van 'n deel van die gebou nie, maar slegs aandeelhouer van 'n maatskappy wat gewoonlik eienaar van die betrokke gebou is. Aandele verleen geen saaklike regte nie – net persoonlike regte. Die aandeelhouer kan nie oordrag kry van die deel van die gebou wat hy okkupeer nie en kan dit gevolglik nie met 'n verband beswaar nie.

b Die aandele kan wel aangewend word om sekerheid te stel vir 'n lening, maar is vanselfsprekend nie sulke goeie sekuriteit as grond nie. As 'n aandeelhouer in so 'n skema finansiering nodig het, word dit gewoonlik bewerkstellig deur die aanvaarding deur die aandeelhouer van aanspreeklikheid vir 'n deel van die maatskappy se verbandlening. Die maatskappy moet dus, met die toestemming van die ander aandeelhouders, die geld teen sekuriteit van die grond leen om aan die betrokke aandeelhouer beskikbaar te stel. Die aandeelhouders sal waarskynlik nie geneë wees om die maatskappy toe te laat om die grond met 'n groot verband te beswaar nie.

c Die direkteure kan denkbaar geld teen sekuriteit van die grond leen vir doeleindes wat niks met die betrokke skema te doen het nie en wat die waarde van die aandeelhouders se okkupasieregte kan verminder.

d Indien die maatskappy finansiëel nie die mas kan opkom nie en gelikwider word, verloor die aandeelhouders hulle okkupasieregte. Hulle kan ook die kapitaal verloor wat hulle vir die aandele betaal het, want ander skulde sal eers vereffen moet word voordat aandeelhouders in die opbrengs van die maatskappy se bates kan deel.

e Dit kan gebeur dat die okkupasieregte van die aandeelhouders ten minste gedeeltelik gereël word deur die statute van die maatskappy en dat die statute deur 'n meerderheidsbesluit van aandeelhouders gewysig kan word.

f Allerlei beperkinge kan op die oordrag van die okkupasiereg geplaas word, byvoorbeeld deur aan die maatskappy 'n voorkeepsreg ten opsigte van aandele te verleen, met die verdere bepaling dat indien die maatskappy sou besluit om nie sy voorkeepsreg uit te oefen nie, die aandeelhouer sy aandele mag verkoop teen die hoogste prys wat hy daarvoor kan kry, onderworpe aan goedkeuring van die koper deur die maatskappy.

2 Wetsontwerpe op deeltitels

Met die verloop van jare het daar benewens die behoefte aan die moontlikheid om langtermynhuurkontrakte ten opsigte van gedeeltes van geboue te registreer, ook die behoefte ontstaan om *eiendomsreg* ten opsigte van gedeeltes van geboue, soos woonstelle en kantore, te verkry. Gemeenregtelik was dit nie moontlik nie.

In 1956 het meneer Hopewell, LV vir Pinetown, 'n wetsontwerp by die volksraad ingedien om voorsiening te maak vir die registrasie van titelbewyse ten opsigte van gedeeltes van geboue. In 1957 is hierdie wetsontwerp deur die regering oorgeneem en voor die tweede lesing daarvan na 'n gekose komitee vir ondersoek en verslag verwys. Die komitee het verslag gedoen

“dat dit blyk dat die metodes wat deur die voorgestelde wetgewing beoog word, 'n rewolusionêre prosedure in ons stelsel van grondregistrasie sal invoer en aangesien dit inderdaad verreikende gevolge vir die stelsel sal hê, het die komitee tot die gevolgtrekking geraak dat daar nie op daardie tydstip met die wetgewing voortgegaan moes word nie.”

Die komitee het egter aanbeveel dat die bepalinge van die Maatskappywet ondersoek moet word met die oog op die verbetering van die stelsel van “verkoop” van woonstelle deur middel van “blokaandeelhouding” en die voorkoming van die misbruik van daardie stelsel.

Heelwat ondersoek (ook 'n studie van die wetgewing van ander lande) is toe in verband met die aangeleentheid gedoen.

In 1964 het meneer Emdin, LV vir Parktown, 'n mosie op die ordepapier van die Volksraad geplaas waarin gevra is dat dit oorweeg moet word om 'n kommissie aan te stel om ondersoek in te stel na die wenslikheid en uitvoerbaarheid van 'n stelsel waardeur eiendomsreg in woonstelle verkry kan word. Na bespreking is hierdie mosie teruggetrek omdat die aangeleentheid alreeds onder oorweging was. In dieselfde jaar is 'n wetsontwerp in die staatskoerant gepubliseer vir algemene inligting en kommentaar.

Wetsontwerpe is in 1965 en 1968 ingedien en na gekose komitees verwys vir ondersoek en verslag. In 1968 het die gekose komitee bevind dat baie lede van die publiek woonstelle “gekoop” het deur aandele in maatskappye te koop en dat daar 'n ernstige gevaar bestaan het dat hulle swaar geldelike verliese kon ly as dit nie vir hulle moontlik gemaak sou word om eiendomsreg oor sodanige woonstelle te vestig nie.

In 1968 het die Universiteit van Suid-Afrika 'n simposium onder voorsitterskap van professor WA Joubert oor die voorgestelde wetgewing gereël. By daardie geleentheid het professor Sadie, direkteur van die Buro vir Ekonomiese Ondersoek van die Universiteit van Stellenbosch, aangevoer, en myns insiens bo alle twyfel bewys, dat wetgewing te dien effekte 'n ekonomiese noodsaaklikheid geword het.

Wetsontwerpe is weer in 1969 en 1970 ingedien en na gekose komitees verwys. Ook hierdie gekose komitees het, nadat hul verder op die hele aangeleentheid ingegaan het, tot die gevolgtrekking gekom dat wetgewing noodsaaklik was. Tydens die reses, na die tweede sitting van 1970, is die gekose komitee op 16 Oktober 1970 omgeskep in 'n kommissie van ondersoek om sy ondersoek te voltooi onder voorsitterskap van meneer JH Visse, LV vir Gezina en die adjunk-speaker van die Volksraad (wat vir senator DJG van den Heever as voorsitter opgevolg het). Hierdie kommissie het sy taak met mening aangepak en reeds in Januarie 1971

aan die staatspresident verslag gedoen. Die kommissie het tot die gevolgtrekking gekom dat

“wetgewing om voorsiening te maak vir die verdeling van geboue in dele en gemeenskaplike eiendom en vir die verkryging van afsonderlike eiendomsreg in sodanige dele gekoppel met gesamentlike eiendomsreg in sodanige gemeenskaplike eiendom en om voorsiening te maak vir bykomstige aangeleenthede dringend noodsaaklik is.”

Die Wetsontwerp op Deeltitels 1971 is op 10 Maart 1971 deur die minister van justisie ter tafel gelê. Dit was basies die wetsontwerp van die gekose komitee onder voorsitterskap van meneer Visse. Dit was, soos die minister van justisie tydens die tweede lesing tereg opgemerk het “iets nuuts onder die Suid-Afrikaanse son” (*Hansard* weeklikse uitgawe 16 7435).

Die oorheersende beginsel in die wetsontwerp was “dat daar voortaan eiendomsreg gegee sal kan word in ’n deel van ’n gebou asook gesamentlike eiendomsreg in die grond waarop dit staan, iets wat tot hiertoe in ons land nie moontlik was nie” (*Hansard* weeklikse uitgawe 16 7436).

Die fundamentele doel van die wetsontwerp was dus om dit moontlik te maak vir iemand om deur registrasie eienaar te word van slegs ’n deel van ’n gebou, byvoorbeeld ’n woonstel of ’n kantoor. Daardie afsonderlike eiendomsreg op slegs ’n deel van ’n gebou sou egter nie in die lug hang nie: dit sou altyd gekoppel word aan ’n onverdeelde aandeel in die gemeenskaplike eiendom bestaande uit die grond waarop die gebou staan en daardie gedeeltes van die gebou wat nie deel uitmaak van die dele waarin die gebou verdeel is nie. As die gebou dus op die een of ander wyse vernietig sou word, sou die eienaar van ’n deel van die gebou nie alles verloor nie, maar sou hy nog eienaar bly van sy onverdeelde aandeel in die grond. In geval van enige vermeerdering in die waarde van die grond, deel al die eienaars van dele daarin.

Oor die metode wat aangewend moes word om die beoogde doel te bereik, was daar destyds skerp meningsverskil. Daar was diegene wat gemeen het dat die hele aangeleentheid op die grondregister moes bly. Elke voornemende eienaar sou dan ’n onverdeelde aandeel in die grond koop en oordrag daarvan neem terwyl die alleenreg om ’n bepaalde deel van die gebou te okkupeer in sy titelakte aan hom verleen word. Die voorstanders van hierdie benadering het aangevoer dat dit die beste by ons bestaande registrasiesistelsel van grond sou inpas en ook by die gemeenregtelike posisie waarvolgens ’n gedeelte van ’n gebou nie afsonderlik van die res van die gebou en van die grond die objek van eiendomsreg kan uitmaak nie. Daar was egter ander probleme wat oorbrug moes word. Die eerste probleem was dat kopers eiendomsreg op hulle woonstelle wou hê en hulle wou, indien nodig, dit aanwend as sekuriteit vir die verkryging van ’n lening. Dit was egter nie ’n onoorbrugbare probleem nie. Die Parlement kon eenvoudig die okkupasiereg tot eiendomsreg verhef het deur wetgewing. Elke eienaar sou dan sy onverdeelde aandeel in die grond en gebou en sy individuele eiendomsreg op ’n bepaalde gedeelte van die gebou met ’n verband kon beswaar. Die ernstigste probleem was dat ontwikkelingskemas voorsiening moes maak vir uitbreiding. As ’n gebou uit twaalf woonstelle sou bestaan en later vergroot sou word

om twintig woonstelle te bevat, sou die bestaande twaalf geregisteerde titelaktes gekanselleer en vervang moes word deur twintig.

'n Ander plan moes dus bedink word waarvolgens dit nie nodig sou wees om al die bestaande titelaktes te kanselleer en deur ander titelaktes te vervang telkens wanneer 'n skema uitgebrei word nie. Om onder andere hierdie probleem die hoof te bied, is besluit om die grond van die grondregister af te haal en dit na 'n deeltitelregister oor te plaas. Daarna word 'n deel van die betrokke gebou geregisteer in die naam van die eienaar en in die betrokke titelakte word verklaar dat hy ook die eienaar is van 'n onverdeelde aandeel in die gemeenskaplike eiendom, bereken volgens die kwota van daardie deel. By latere uitbreiding van die gebou word die kwota van die deel, en gevolglik die berekening van die onverdeelde aandeel in die gemeenskaplike eiendom van daardie deel, geaffekteer, maar dit is nie nodig om die deeltitelbewys te kanselleer en dit deur 'n ander te vervang nie.

Ten spyte van die metode wat aangewend is om die beoogde doel te bereik, bly elke eienaar van 'n deel die eienaar van 'n onverdeelde aandeel in die gemeenskaplike eiendom soos hy sou gewees het as hy 'n ooreenstemmende onverdeelde aandeel in die grond gekoop het. In sy wese is die gemeenregtelike mede-eiendomsreg net in dié mate verander dat elke eienaar se eiendomsreg ten opsigte van 'n onverdeelde aandeel in die gebou en grond, gekoppel is aan sy eiendomsreg van 'n bepaalde deel van die gebou. Elke eienaar word die eienaar van 'n deel plus 'n onverdeelde aandeel in die grond en die gedeeltes van die gebou wat volgens die deelplan nie by 'n "deel" van die gebou ingesluit is nie. Elke eienaar se belang in die hele kompleks word 'n "eenheid" genoem. Die bedoeling was dat die eienaar van 'n eenheid dit moet kan verkoop, verhuur, verhipotekeer of laat vererf net soos in die geval van 'n huis wat aan hom behoort.

3 Die wet op deeltitels 1971

Die Wet op Deeltitels 66 van 1971 is deur die staatspresident op 10 Junie 1971 goedgekeur. Daar het destyds twyfel bestaan oor die vraag of die registrasiekantore die addisionele werk wat die wet sou teweegbring, sou kon behartig. Gevolglik is bepaal dat die wet in werking sou tree op 'n datum deur die staatspresident by proklamasie in die staatskoerant bepaal (a 44). Daar is ook verwag dat die verskillende registrasiekantore moontlik nie almal op dieselfde tydstip gereed sou wees om die nuwe stelsel te implementeer nie. Gevolglik is daarvoor voorsiening gemaak dat die staatspresident verskillende datums kon bepaal vir die inwerking-treding van die wet ten opsigte van die verskillende registrasiekantore (a 44). Voordat die wet in werking gestel kon word, moes daar eers regulasies uitgevaardig word deur die minister van justisie, ná raadpleging van die registrasie-regulasieraad wat kragtens artikel 9 van die Registrasie van Aktes Wet ingestel is.

Die wet is met ingang 30 Maart 1973 in werking gestel en wel ten opsigte van al die registrasiekantore (prok R 18 1973). Die regulasies is

op dieselfde dag uitgevaardig (GK R 475 gedateer 30 Maart 1973). Die wet is sedertdien verskeie kere gewysig en verdere wysigings sal met verloop van tyd nodig word namate ondervinding met deeltitels opgedoen word. Dit is egter duidelik dat die wet gekom het om te bly. Dit voldoen in 'n groot mate aan die behoeftes wat voor die aanname van die wet bestaan het en dit werk oor die algemeen bevredigend. 'n Groot aantal deeltitelskemas is en word landswyd geregistreer en suksesvol bemark en daar bestaan nie meer enige twyfel dat die Wet op Deeltitels sal voortgaan om ook in die toekoms 'n belangrike invloed op die Suid-Afrikaanse eiendomsmerk uit te oefen nie.

PJ CONRADIE SC
Oud-Hoofstaatsregadviseur

BUTTERWORTH-PRYS

Dit doen die redaksie genoë om aan te kondig dat daar ten aansien van 1981 twee Butterworth-pryse vir eersteling-bydraes toegeken is, naamlik aan:

PJ VISSER

(Universiteit van Suid-Afrika)

JM OTT

(Randse Afrikaanse Universiteit)

Die Butterworth-prys – regsboeke ter waarde van R100 – word deur die uitgewer beskikbaar gestel aan die outeur wat in die bepaalde kalenderjaar die beste artikel vir publikasie in die Tydskrif aan die redakteur stuur.

Die artikel moet die eerste substansiële bydrae wees wat die skrywer vir publikasie in 'n regs wetenskaplike tydskrif aanbied. Dit moet by voorkeur oor 'n onderwerp van die Suid-Afrikaanse reg handel. Die manuskrip moet getik en in alle opsigte persklaar wees. Die redaksiekomitee behartig die beoordeling aan die einde van die 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.

Vonnisse

DINERS CLUB SOUTH AFRICA (PTY) LTD v DURBAN ENGINEERING (PTY) LTD 1980 3 SA 53 (A)

Borgkontrak of vrywaringskontrak?

Artikel 6 van die Algemene Regswysigingswet 50 van 1956, soos gewysig deur artikel 4 van die Algemene Regswysigingswet 80 van 1964, bepaal dat geen borgkontrak geldig is nie tensy die bepalings van die kontrak beliggaam is in 'n skriftelike dokument en deur of namens die borg onderteken is. Weens die feit dat die vermelde bepalings slegs van toepassing is op die borgkontrak is dit van belang dat daar behoorlik onderskei moet word tussen die borgkontrak en verwante kontrakte, soos die garansiekontrak en die vrywaringskontrak. Die onderskeid tussen hierdie kontrakte is nie altyd klinkklaar nie.

Die borgkontrak kan omskryf word as " 'n ooreenkoms waardeur iemand hom teenoor die skuldeiser van iemand anders aanspreeklik stel vir die behoorlike uitvoering van sy verpligtings deur die skuldenaar" (De Wet en Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 4e uitg deur De Wet en Van Wyk (1978) 344). Die garansiekontrak is egter 'n onderneming ten opsigte van 'n feit of gebeurlikheid sonder om dit vas te knoop aan of eie verbintenis of die verbintenis van 'n derde (Cilliers "Waarborg en Garansie in die Suid-Afrikaanse Kontraktereg" 1962 *THRHR* 244 259). Dit is egter veel moeiliker om 'n gangbare definisie vir die vrywaringskontrak ("contract of indemnity") te vind. Hierdie probleem is te wyte aan die feit dat "surety" en "guarantee" in Engels heel dikwels as sinonieme gebruik

word, terwyl dit nie duidelik is welke van die voormelde kontrakte dan ter sprake is nie (Caney *The Law of Suretyship in South Africa* (1970) 34; Wessels *The Law of Contract in South Africa* (1951) par 3884; Kahn *Contract and Mercantile Law through the Cases* (1971) 917). Uit die gewysdes is dit ook nie altyd baie duidelik welke kontrak ter sprake is indien daar bloot na 'n "guarantee" (waarborg, garansie - Hiemstra en Gonin *Drietalige Regswoordeboek* (1981) 57) verwys word nie (*Dorfman v Perring* 1922 EDL 137; *Hazis v Transvaal and Delagoa Bay Investment Co Ltd* 1939 AD 372; *Northern Assurance Co Ltd v Delbrook-Jones* 1966 3 SA 176 (T); *Hermes Ship Chandlers (Pty) Ltd v Caltex Oil (SA) Ltd* 1973 3 SA 263 (D); *Sassoon Confirming and Acceptance Co (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd* 1974 1 SA 641 (A); *Swart v Cape Fabric (Pty) Ltd* 1979 1 SA 195 (A); *List v Jungers* 1979 3 SA 106 (A); *Société Commerciale de Moteurs v Ackermann* 1981 3 SA 422 (A)).

In *List v Jungers* het die eiser sy aandeel in 'n boot aan G verkoop. Daarna het die verweerder aan die eiser 'n skrywe gerig waarin hy onderneem om namens die maatskappy en in sy persoonlike hoedanigheid te "warrant and guarantee that the purchase price due to you . . . will be paid . . ." (106F). In die hof *a quo* argumenteer die verweerder, onder andere, dat hierdie onderneming ongeldig is aangesien dit nie aan al die

vereistes van die Algemene Regswysigingswet voldoen nie, omrede die naam van die hoofskuldenaar nie uit die dokument self blyk nie. Appèlregter Diemont verwys egter na verskeie uitsprake en kom tot die gevolgtrekking dat alhoewel "guarantee" gewoonlik op 'n akessore verbintenis dui, dit nie noodwendig altyd die geval hoef te wees nie (118). Die hof beslis dat die onderneming van die verweerder nie 'n borgkontrak is nie, aangesien die verweerder 'n ondubbelsinnige onderneming as selfskuldenaar aan die eiser gegee het (119F). Die verweerder se appèl word dus van die hand gewys.

In die lig van die feit dat die verweerder die aanspreeklikheid van 'n selfskuldenaar aanvaar het, kan daar gevra word welke kontrak hier te sprake is. Dit is duidelik dat die verweerder homself teenoor die eiser aanspreeklik gestel het vir die behoorlike uitvoering van die verpligtings van 'n derde. Dit is egter nie 'n garansiekontrak nie, aangesien daar by 'n garansiekontrak iets anders as die betaling van 'n skuld van 'n ander persoon gewaarborg word (De Wet en Van Wyk 344; Cilliers 259; Kahn 917). Alhoewel die hof nie gemeld het dat die verweerder aanspreeklik is op grond van 'n vrywaringskontrak nie, word daar aan die hand gedoen dat dit wel die geval is. Die probleem word egter bemoeilik deur die feit dat die vrywaringskontrak in Engels ook soms bloot net as 'n "guarantee" aangemerkt word (Caney 65). Die hof wys egter, met verwysing na *Swart v Cape Fabrix (Pty) Ltd supra*, daarop dat daar eerder na die bedoeling van die partye gekyk moet word met inagneming van die aard en opset van die kontrak en nie net na die besondere woordgebruik nie (118H). Dit wil voorkom of, in geval van die vrywaringskontrak, die bedoeling van die verweerder gewoonlik is om die aanspreeklikheid van 'n selfskuldenaar en nie net bloot 'n akessore aanspreeklikheid te aanvaar nie (De Wet en Van Wyk 345). Hierdie onderskeid sal egter

baie kunsmatig wees in die gevalle waar die verweerder hom verbind as borg en mede-hoofskuldenaar. Alhoewel dit vreemd mag voorkom, is 'n verweerder wat hom as borg en mede-hoofskuldenaar verbind se aanspreeklikheid steeds 'n akessore aanspreeklikheid (*Neon and Cold Cathode Illuminations (Pty) Ltd v Ephron* 1978 1 SA 463 (A) 472).

Die feite in *Diners Club South Africa (Pty) Ltd v Durban Engineering (Pty) Ltd* 1980 3 SA 53 (A) is meer ingewikkeld. Die respondentmaatskappy het gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid aanvaar vir alle skuld aangegaan deur middel van 'n kredietkaart wat die appellantmaatskappy (DC) aan 'n voormalige werknemer (D) van die respondentmaatskappy uitgereik het. Aansoek vir die uitreiking van die kredietkaart het op die standaardaansoekvorm van DC geskied en die respondentmaatskappy het die vorm langs die woorde "I/We accept joint and several responsibility with the person named here for all charges incurred pursuant to the issue of a Diners Club card to the above" deur middel van een van sy direkteure onderteken.

D het die diens van die respondentmaatskappy verlaat sonder om die kredietkaart aan sy werkgewer terug te besorg en het voortgegaan om die kredietkaart onregmatig in Frankryk te gebruik. Die rekenmeester van die respondentmaatskappy het die aangeleentheid met 'n werknemer van DC bespreek, wat aan die hand gedoen het dat die kredietkaart wel skriftelik gekanselleer kan word. Die rekenmeester het 'n telegram aan DC gestuur waarin hy die kansellasië van die kredietkaart bevestig het. Die vraag is of daar 'n geldige kansellasië van die kredietkaart plaasgevind het.

In die hof *a quo* is beslis dat die ooreenkoms tussen die partye (ten spyte van die feit dat dit nie uit die pleitstukke geblyk het nie) 'n borgkontrak is en dat die respondent homself as "surety and co-principal

debtor under a continuous guarantee" teenoor DC verbind het (65F). Die bevinding dat die respondentmaatskappy homself tot 'n aksessore aanspreeklikheid verbind het en nie as selfskuldenaar nie, word deur appèlregter Rabie (met wie appèlregter Joubert saamgestem het) bevestig (66H). Weens die feit dat die kontrak tussen die partye nie uitdruklik of stilswyend voorsiening maak vir die nie-kansellasië van die kontrak nie, geld die beginsel in *Kalil v Standard Bank of South Africa Ltd* 1967 4 SA 440 (A), naamlik dat die borgkontrak wel na redelike kennisgewing beëindig kan word. Appèlregter Rabie bevind dat die kontrak tussen die partye wel deur die telegram beëindig is.

Appèlregter Kotzé het 'n instemmende uitspraak gelewer, maar om ander redes. Alhoewel appèlregter Kotzé dit nie nodig of raadsaam vind om oor die regs wetenskaplike indeling van die kontrak te beslis nie, bevind hy dat die respondentmaatskappy hom gesamentlik en afsonderlik teenoor DC vir die skuld deur D aangegaan verbind het. Die regter bevind egter dat die verbintenis tussen die partye deur wedersydse ooreenkoms opgesê is.

Waarnemende appèlregter Viljoen het in sy minderheidsuitspraak bevind dat die respondentmaatskappy hom as selfskuldenaar teen DC verbind het (81F). Die regter bevind dat die ooreenkoms tussen die partye nie 'n borgkontrak is nie (81G). Hy vind dit nie nodig om die besondere kontrak tussen die partye te identifiseer nie (82C). Aangesien die respondentmaatskappy hom as selfskuldenaar teenoor DC verbind het, was dit nie moontlik om die ooreenkoms eensydig te beëindig nie. Die regter bevind verder dat daar nie sprake was van 'n wedersydige ooreenkoms tussen DC en die respondentmaatskappy waardeur laasgenoemde van verdere aanspreeklikheid vrygestel is nie (81A). Daar word aan die hand gedoen dat die minderheidsuitspraak

van waarnemende appèlregter Viljoen korrek is. Dit wil voorkom of die ooreenkoms tussen die partye 'n vrywaringskontrak is. Dit is haas onmoontlik om 'n bedoeling by die respondentmaatskappy te bespeur, met inagneming van die aard en bedoeling van die kontrak, waaruit dit sou kon blyk dat hy 'n aksessore aanspreeklikheid onderneem het. Aangesien die wese van die kontrak tussen die partye die waarborg van 'n skuld deur 'n ander party (D) behels, kan daar aangeneem word dat die ooreenkoms nie 'n garansiekontrak is nie. 'n Vrywaringskontrak kan dus omskryf word as 'n ooreenkoms waarby iemand hom teenoor 'n ander persoon aanspreeklik stel as selfskuldenaar vir 'n bestaande of 'n toekomstige skuld of aanspreeklikheid, of vir die be-behoorlike uitvoering van sekere verpligtings. Aangesien die vrywaringskontrak 'n huidige of toekomstige hoofskuld daarstel, sal die skuldenaar hom nie op die gewone voorregte van 'n borgkontrak kan beroep nie.

Uit bovermelde blyk dit duidelik dat die onderskeid tussen borgkontrakte, vrywaringskontrakte en garansiekontrakte soms moeilik bepaalbaar is (sien veral Hahlo en Kahn *South Africa: The Development of its Laws and Constitution* (1960) 705). Die kernverskille tussen dié kontrakte kan soos volg saamgevat word:

a die borgkontrak is 'n aksessore onderneming ten opsigte van die verbintenis van 'n derde;

b die garansiekontrak is 'n onderneming ten opsigte van 'n feit of gebeurlikheid waardeur iemand iets anders as die betaling van 'n skuld deur 'n derde waarborg;

c die vrywaringskontrak is 'n ooreenkoms waardeur iemand hom as hoofskuldenaar verbind ten opsigte van 'n verbintenis van homself of van 'n derde.

In die lig van die bepalinge van die Algemene Regswysigingswet is dit soms onmoontlik om met sekerheid te

bepaal of die besondere ooreenkoms wel aan die bepalings van die wet moet voldoen ten einde 'n bindende ooreenkoms tussen die partye daar te stel. Ten einde regsekerheid te bewerkstelling word daar aan die hand gedoen dat kontrakte wat die aanspreeklikheid vir 'n skuld van 'n derde

tot gevolg het, aan soortgelyke bepalings as dié van die Algemene Regswysigingswet moet voldoen ten einde bindend tussen die partye te wees.

JT PRETORIUS

Universiteit van die Witwatersrand

ISEP STRUCTURAL ENGINEERING AND PLATING (PTY) LTD v INLAND EXPLORATION CO (PTY) LTD 1981 4 SA 1 (A)

Skadevergoeding as surrogaat van prestasie — weiering van daadwerklike nakoming — berekening van skadevergoeding

Omdat die uitspraak gesien moet word teen die agtergrond van die feite van die bepaalde geval, word die feite hier in vereenvoudigde vorm uiteengesit: A verhuur 'n perseel aan B wat dit weer onderverhuur aan C. C verander die perseel strydig met die kontrak tussen A en B en sonder A se verlot. By beëindiging van die huurkontrak tussen A en B gee B die perseel soos deur C verander aan A terug. A kry 'n aanbod om die perseel te verkoop van D, maar verkoop later die perseel saam met 'n ander perseel aan E vir die gesamentlike prys van R77 500. Daar word tussen A en E afgespreek dat A sy aksies teen B aan E sal oordra en E stel daarop aksie in teen B vir die koste van die verwydering van die veranderinge wat C aangebring het (R12 500, volgens ooreenkoms).

Na gelang van omstandighede sou 'n skuldeiser se remedies onder een van die volgende hoofde tuisgebring kon word:

- 1 'n eis vir daadwerklike nakoming;
- 2 terugtrede uit die kontrak en dit wat daarop volg (soos restituisie); en
- 3 skadevergoeding.

Omdat die teoretiese benadering binnekort ter sprake gaan kom, is

dit gerieflik om te vermeld dat daar in hierdie verband onderskei word tussen:

1 die middels gerig op vervulling, naamlik

1 1 daadwerklike nakoming plus skadevergoeding, of

1 2 skadevergoeding wat verskillende komponente kan hê, onder andere "skadevergoeding as surrogaat van prestasie," en

2 die middels na aanleiding van terugtrede uit die kontrak, naamlik

2 1 die weiering van prestasie, teruggawe van enige prestasie ontvang (indien toepaslik) en skadevergoeding, of

2 2 terugvordering van eie prestasie, teruggawe van prestasie ontvang (indien toepaslik) en skadevergoeding. Skadevergoeding kom dus in 'n verskeidenheid van situasies ter sprake en kan verskeie komponente besit. Dit word egter *altyd* bereken om die skuldeiser te plaas in die vermoëns-toestand waarin hy sou gewees het as die kontrak normaalweg nagekom is (m a w, as daar nie kontrakbreuk gepleeg is nie).

In hierdie saak gaan dit oor die versuim van 'n huurder (B) om die huursaak (die perseel) in dieselfde

toestand as wat hy dit ontvang het, normale slytasie uitgesluit, aan die verhuurder (A) terug te gee. B is dus verplig om die huursaak terug te gee en dan verder verplig om dit in 'n bepaalde toestand terug te gee. Dit blyk nêrens dat B onderneem het om die aanhegtings te verwyder nie, of dat die reg hom verplig om dit te doen nie – net dat hy verplig is om 'n sekere resultaat te bewerkstellig, naamlik dat A die huursaak in die juiste toestand bekom. B is dus nie verbind om 'n bepaalde handeling ten aansien van die huursaak te verrig nie, maar om die saak in 'n bepaalde toestand aan die verhuurder terug te besorg.

Die eiser eis nie daadwerklike nakoming in die sin of dat die verweerder die huursaak in die vereiste toestand moet lewer of dat hy die betrokke aanhegtings moet verwyder nie. Daar word nie gevorder dat die verweerder enigiets besonders moet doen nie. Die eiser volstaan met 'n eis om skadevergoeding. Dit kan ook betwyfel word of die eiser in werklikheid enige ander eis kon instel. Aangesien die verhuurder die huursaak self reeds terugontvang het, sou 'n eis vir die lewering van die saak ontoepaslik wees. Daar sou ook nie gevorder kon word dat die verweerder self die veranderings moet verwyder nie. Die geval kan vergelyk word met die geval waar 'n verkoper waarborg dat 'n bepaalde huis van gebrande bakstene gebou is. As die huis nie aan die waarborg voldoen nie, kan die koper nie vorder dat hy die huis oorbou en wel met gebrande bakstene nie. Die normale remedie van die kontraktereg waar die skuldenaar 'n saak lewer wat nie aan die vereistes van die kontrak voldoen nie, is skadevergoeding.

Gevolglik is dit dan die eis vir skadevergoeding wat ter sprake is. Die eiser het sy skadevergoeding op 'n bepaalde basis gevorder en die vraag is of hy geregtig is om dit so te bereken. Appèlregter Jansen verklaar

dat die koste wat nodig is om die saak te verander sodat dit aan die vereistes van die kontrak (soos aangevul deur die reëlende reg) voldoen, getipeer kan word as die “objective value of the performance in lieu of the performance itself” en dat dit eintlik op 'n eis vir daadwerklike nakoming neerkom (6H). Regter Jansen is egter van mening dat skadevergoeding volgens 'n erkende algemene formule bereken moet word en dat die gemelde manier om skadevergoeding te bereken nie aangewend kan word nie omdat dit strydig is met die erkende algemene formule (8G–H, 9C–D). In hierdie opsig weerspieël die regter se uitspraak die aanvaarde beskouings van die Suid-Afrikaanse reg.

Waarnemende appèlregter Hoexter met wie appèlregter Viljoen saamstem) voel hom geroepe om die standpunt van regter Jansen soos volg saam te vat:

“... our law does not recognise a claim for the objective value of the performance as an alternative to specific performance” (17B–C).

Waarnemende appèlregter Van Winsen, weer, meen dat 'n eis soos hier vermeld wel ontvanklik is en dat, as die skuldeiser die kontrak in stand hou, hy as alternatief nakoming en skadevergoeding as surrogaat van prestasie aldus bereken kan vorder (13E–F). (Die regter wys die eis op ander gronde van die hand.)

As aanvaar word dat die uitspraak van regter Jansen in hierdie opsig die reg korrek weergee, kan daar gevra word waarom daar tog sodanige meningsverskille kan bestaan. Ek meen dat dit toe te skryf is aan verwarring oor die manier waarop skadevergoeding as surrogaat van prestasie bereken moet word. Ek meen dat die punt die beste geïllustreer kan word met die voorbeeld van die verkoper wat 'n saak kragtens 'n koopkontrak moet lewer. As hy glad nie die koopsaak lewer nie, verloor die skuldeiser 'n bate met 'n bepaalde waarde en

kan hy dan as 'n bepaalde item van skade hierdie waarde as surrogaat van prestasie eis. (Hy kan nie die koste om die saak te maak verhaal nie, tensy dit die waarde daarvan bepaal.) As die verkoper die saak lewer terwyl dit in die een of ander opsig aan die kontrak te kort skiet, ly die koper skade in die opsig dat hy op lewering van 'n saak met 'n bepaalde waarde geregtig is en 'n saak met 'n ander waarde ontvang, met die gevolg dat sy skadevergoeding bereken moet word, wat hierdie aspek betref, as die verskil tussen die waarde van dit waarop hy geregtig is en dit wat hy ontvang het. By die berekening van die verskil tussen die twee waardes word daar dikwels gebruik gemaak van die aanname dat die man wat 'n ongeskonde saak wil verkry en 'n geskonde saak aangebied word, die waarde van die ongeskonde saak minus die koste om die geskonde saak te herstel daarvoor sal aanbied, en dat die koste van herstel dus die verskil tussen die twee waardes uitmaak. Dit sal egter nie in alle gevalle van toepassing wees nie, omdat die koste wat nodig is om 'n saak in 'n bepaalde toestand te kry nie noodwendig die waarde van 'n saak met 'n gelyke bedrag verhoog nie. Wat die antwoord ook al is, die skuldeiser vorder in so 'n soort geval nie skadevergoeding as surrogaat van prestasie nie, maar "aanvullende" skadevergoeding. Die skadevergoeding is hoogstens die surrogaat van dit wat ontbreek en, waar niks ontbreek nie, die "surrogaat" van die ontbrekende waarde.

Hierdie uitspraak moet daarom nie verstaan word as sou 'n eis om skadevergoeding as surrogaat van prestasie self onbestaanbaar wees nie, dog slegs dat die herstelkoste om 'n saak in 'n bepaalde toestand te plaas nie by wyse van "skadevergoeding as surrogaat van prestasie" verhaal kan word nie. Die eiser moet in die betrokke soort geval die verskil tussen die waarde van dit waarop hy geregtig

is en die waarde van dit wat hy ontvang het eis. As hy glad geen lewering ontvang nie, kan hy die waarde van dit waarop hy geregtig is eis as synde "skadevergoeding as surrogaat van prestasie."

Regter Van Winsen maak verder die interessante opmerking dat skadevergoeding as surrogaat van prestasie neerkom op 'n eis vir daadwerklike nakoming (16C-D). Daar moet sekerlik aanvaar word dat 'n eis vir die betaling van 'n geldsom wat kragtens 'n belofte in die kontrak verskuldig is, 'n eis om die daadwerklike nakoming van die kontrak uitmaak. In die betrokke saak gaan dit oor 'n verpligting om 'n saak in 'n bepaalde toestand te lewer en 'n eis vir die lewering van die saak sou dan as 'n eis vir daadwerklike nakoming kwalifiseer. 'n Eis vir skadevergoeding om die waarde van dit wat ontvang is aan te vul, is wel 'n eis gerig op die nakoming of afdwinging van die kontrak, maar verteenwoordig nie 'n eis vir die daadwerklike nakoming van 'n belofte in die kontrak ('n eis vir vervulling *in forma specifica*) nie. Ek meen dat die regter die eis in hierdie opsig verkeerd getipeer het.

As dit inderdaad korrek sou wees dat die eis vir skadevergoeding as surrogaat van prestasie 'n eis vir daadwerklike nakoming van die kontrak is, sou die vraag ontstaan of die houe 'n diskresie het om sulke eise te vermy. Dit is welbekend dat die houe 'n diskresie het om eise vir die daadwerklike nakoming van 'n belofte om 'n saak of dienste of 'n arbeidsresultaat te lewer te weier en dan skadevergoeding (inderdaad as surrogaat van die prestasie) toe te ken. Daar kan met vrymoedigheid geredeneer word dat die houe geen diskresie besit om eise vir die betaling van 'n geldsom ingevolge 'n kontrak (byvoorbeeld vir die betaling van die prys of van die huurgeld) te weier nie, omdat die geldwaarde daarvan inderdaad die beloofde bedrag is. Net soseer sou die hof geen diskresie besit om

terugbetaling van geleende geld te weier nie. Insgelyks behoort die hof geen diskresie te besit om skadevergoeding op die basis van die afdwinging van die kontrak te weier en die ander party te verplig om terug te tree nie. Terugtrede sou hier ook onvanpas wees, omdat die huurkontrak reeds uitgevoer is en die verhuurder sy huursaak terugontvang het. Die eis gaan oor die nakoming van die plig om dit in 'n bepaalde toestand terug te gee.

As die hof inderdaad 'n diskresie sou besit, sou die vraag gestel kon word of die hof sy diskresie so sou kon uitoefen dat hy die betaling van skadevergoeding as surrogaat van prestasie kon weier. Hierdie punt is nie ondersoek nie, maar regter Jansen behandel tog die diskresie van die hof om sulke bevele te weier. Hy keur dit blykbaar goed dat nakoming geweier word waar nakoming self onbillik teenoor die skuldenaar sou wees, of die kontrak (belofte) self onbillik is. Hy spreek egter sy bedenkinge uit teen die weiering van daadwerklike nakoming "where it would be difficult for the court to enforce its decree" as synde strydig met die beginsels van ons reg (5). Hierdie verklarings sal seker deur die meeste regsgeleerdes verwelkom word.

Regter Jansen laat hom ook uit oor die berekening van die eiser se skadevergoeding. In die bepaalde saak is daar geen sprake van 'n vermindering in gebruikswaarde van 'n saak nie (omdat die verhuurder A nie die saak verder wou gebruik of verhuur nie en omdat hierdie soort skade nie gepleit of bewys is nie). Daar is slegs sprake van skade in die sin dat 'n saak met 'n mindere waarde as dit die kontrak die eiser waarop geregtig maak, gelewer is. Die vraag is dan of daar inderdaad in hierdie opsig skade gely is. Was die saak vir A minder werd as gevolg van die veranderings? Sou dit vir hom meer werd gewees het as B die aanhegtings verwyder

het? Kortweg: sou A dit vir meer kon verkoop na die aanhegtings verwyder is as daarvoor? Regter Jansen meen dat daar nie bewys is dat A die saak vir meer sou kon verkoop as die aanhegtings verwyder was nie (6A). Dit is egter seker dat die saak wel vir E meer werd was na die verwydering van die aanhegtings as wat dit was in die toestand waarin hy dit ontvang het. Die vraag was dus in werklikheid of E meer vir die saak sou betaal het en, indien wel, hoeveel. Op die eerste deel van die vraag was die antwoord bevestigend en op die tweede deel van die vraag is die antwoord dat dit nie bewys is hoeveel E meer sou betaal het nie, omdat die saak op die verkeerde manier aangevoer is.

Die skade wat hier ondersoek is, is die skade wat A gely het en nie die skade wat E gely het nie. Skadevergoeding word dus bereken met verwysing na die verlies van 'n bepaalde persoon. Regter Jansen wys daarop dat die rol van die huursaak in die eiser se vermoënskompleks (naamlik of dit 'n gebruiksfunksie, benewens 'n waardefunksie, het) in aanmerking geneem moet word. Skadevergoeding vir die verlies van die gebruik van die saak kan alleen gevorder word as daar inderdaad 'n verlies van die gebruiksfunksie deur die betrokke skuldeiser ervaar is (8H-9A). Regter Jansen verwys daarom na A se bedoelings insake die eiendom en konkludeer dat daar geen gebruiksfunksie ter sprake kom nie (9E). Dit gaan alleen oor die waardefunksie van die betrokke saak. Ten aansien hiervan is die bevinding dat daar geen skade bewys is nie.

DJ JOUBERT
Universiteit van Pretoria

LOUREIRO v THE MASTER 1981 4 SA 248 (N)

Herlewing van 'n herroepe testament

In 'n bespreking van die saak *Moses v Abinader* 1951 4 SA 537 (A) in die 1951 *Annual Survey of South African Law* verklaar Murray op 108:

"It is unfortunate that the effect of the Appellate Division decision is to leave the law as to the doctrine of revival in a state of uncertainty."

In gemelde saak het appèlregters Schreiner en Van den Heever naamlik direk teenoorgestelde standpunte ingeneem. Die vraag was of 'n latere geldige testament 'n vroeëre geldige testament (wat later herroep is) kon laat herleef deur blote verwysing daarna en vermelding in die latere testament dat gemelde herroepe testament nou weer die testament van die testateur is. Appèlregter Schreiner voer aan (544):

"In my opinion, therefore, where an earlier will has been revoked by a later one the former can be revived by a third testamentary instrument, whether it be in form a will or a codicil, provided that it is duly executed."

Appèlregter Van den Heever se standpunt was egter soos volg (552):

"The only way, it appears to me, in which a revoked will can lawfully be revived is by re-execution – which does not necessarily require rewriting – with observance of the statutory requirements."

Klaarblyklik het die aplikant in die *Loureiro*-saak sterk opposisie van die respondent verweg en daarom die hof genader met 'n senior advokaat (tans 'n regter van die Natalse provinsiale afdeling) bygestaan deur sy junior (in hierdie geval 'n baie ervare advokaat.) Groot moes die verbasing gewees het toe daar geen verskyning namens die respondent was nie en regter Kriek die aansoek toegestaan het sonder om enige redes vir sy bevel te verstrek. Daar kan met Sonnekus 1981 *TSAR* 287 saangestem word dat dit te betreur is dat regter Kriek dit

nie nodig geag het om sy redes volledig uiteen te sit nie. Die waarde wat hierdie saak in die toekoms as 'n presedent sal hê, het hierdeur grootliks afgeneem.

Ná *Moses v Abinader* het die meeste skrywers (vgl Joubert 1953 *THRHR* 259-263; Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 3e uitg 187-191; Corbett *et al The Law of Succession in South Africa* 100) die standpunt van appèlregter Schreiner aanvaar dat 'n latere testament wel 'n vroeëre testament kan laat herleef bloot deur verwysing. Al vereiste is dat albei testamente geldig moet wees en aan al die formaliteite moet voldoen. Die vraag wat beantwoord moet word, is eintlik baie eenvoudig: Hoe dood is 'n herroepe testament?

Hierop het regter-president Wessels reeds in *Re Estate Marks* 1921 TPD 180 189 die volgende antwoord gegee:

"I can find no authority either in the civil law or in our law for the proposition that a will duly executed becomes so worthless by the execution of a subsequent will, which revokes it, that it is to be regarded as good for nothing."

Die algemeen aanvaarde standpunt is dus dat 'n herroepe testament (wat nog fisies bestaan) nie so dood is dat dit nie weer opgewek kan word nie. Die feit dat die meeste testateurs hulle vroeëre testamente vernietig na verlyding van 'n latere een, is waarskynlik die rede waarom sake oor die herlewing van herroepe testamente nie dikwels voorkom nie.

Die uitspraak van regter Kriek moet verwelkom word aangesien dit getuig van 'n wegbeweeg van onbuigsame formalisme na 'n benadering waarvolgens die inhoudelike beklemtoon word.

NJ WIECHERS
Universiteit van Suid-Afrika

MABASO v FELIX 1981 3 SA 865 (A)*Aanranding — noodweer — bewyslas by*

In hierdie saak het die eiser vergoeding van die verweerder gevorder weens beweerde aanranding. Uit die pleitstukke en nadere besonderhede blyk dit dat die verweerder die eiser met 'n vuurwapen verwond het deur hom in beide bene te skiet. Die verweerder het in sy pleit beweer dat hy nie teenoor die eiser aanspreeklik is nie omdat hy in redelike en geregverdigde noodweer gehandel het. Die getuienis by die verhoor het nie veel helderheid oor die ware feite gebring nie en die ligging van die bewyslas ten aansien van die beweerde noodweer sou 'n beslissende faktor wees. In die hof *a quo* is bevind dat die bewyslas om aan te toon dat die verweerder nie in noodweer gehandel het nie (dus onregmatig opgetree het) op die eiser gerus het. Aangesien hy hom nie van hierdie las kon kwyt nie, is sy eis van die hand gewys.

Die eiser het hierop appèl aange-teken na die appèlafdeling en in 'n gesamentlike uitspraak behandel die hof *ad quem* (arr Wessels en Diemont en w ar Trollip) die kwessie van bewyslas by noodweer in die deliktereg. Die appèlhof wys op die teenstrydige beslissings van die provinsiale afdelings in hierdie verband (872) en meen dat verwarring veroorsaak word deur die foutiewe toepassing van die bewyslasposisie ten aansien van noodweer in die strafreg op die deliktereg. Die hof meen dat die oorwegings van regsbeleid wat vereis dat die staat by 'n strafregtelike vervolging 'n beskuldigde se verweer van noodweer moet weerlê, nie in die deliktereg relevant is nie (872G).

Alhoewel die appèlhof gelyk het ten aansien van die verskille in regsbeleid ten opsigte van strafregtelike en deliktuele aanspreeklikheid, dui hierdie verskille nie noodwendig daarop dat dit in die geheel billiker is om

'n verweerder (en nie die eiser nie) met 'n bewyslas ten aansien van noodweer op te saal nie. Myns insiens is "billikheid" ("fairness") 'n vaag omlynde begrip wat kwalik 'n voldoende kriterium bied om die ligging van die bewyslas by noodweer te bepaal. Die argument in hierdie verband is gewoonlik dat die verweerder wat aanvoer dat hy die eiser in noodweer benadeel het, *ex confesso* as aggressor opgetree het en dat dit "billik" is dat hy die regmatigheid van sy optrede moet bewys. Ek meen dat billikheid in 'n noodweer-situasie vereis dat die verweerder ten minste *prima facie* getuienis behoort aan te voer van die feite waarop die beweerde noodweer berus. Dit is nie duidelik waarom dit nou juis billik sou wees om die verweerder met 'n volle bewyslas op te saal nie.

Die appèlhof wys *in casu* ook daarop dat die feite waarop noodweer berus in besonder binne die kennis van die verweerder val en dat hy dit om hierdie rede moet bewys (873F). Myns insiens bied hierdie oorweging eerder steun vir my standpunt dat die verweerder bloot 'n plig het om getuienis van die beweerde noodweer aan te voer ten einde 'n feitelike vermoede van onregmatigheid te weerlê (sien die minderheidsuitspraak van ar Jansen in *Ramsay v Minister van Polisie* 1981 4 SA 802 (A) 807E-H).

Die appèlregters wat uitspraak lewer, maak ook van 'n verdere argument in hierdie verband gebruik. Daar word naamlik gesê dat 'n bewyslas net ten aansien van feitelike kwessies bestaan en nie ten aansien van regsrae nie (874G). Aangesien, volgens die hof, die onregmatigheid van 'n verweerder se optrede 'n regskwessie is, kan daar nie ten aansien daarvan 'n bewyslas op 'n eiser wat aanvoer dat hy aangerand is, rus

nie. Die hof verwys dan na reël 18(4) van die hooggeregshofreëls (wat vereis dat wesenlike feite van 'n eis uiteengesit word) en gee 'n voorbeeld van tipiese pleitstukke (besonderhede van vordering en 'n pleit) in 'n eis op grond van beweerde aanranding (875A-D). Uit die voorbeelde blyk dit dat 'n eiser net hoef te beweer dat sy liggaamlike integriteit opsetlik aangetas is en dat hy eers in sy regs-konklusie hoef aan te voer dat hy *onregmatig* aangerand is en op regshulp aanspraak kan maak (875G).

Myns insiens gaan hierdie hele betoeg nie op nie. 'n Eiser wat 'n aksie instel op grond van aanranding moet feite in verband met die voorval beweer wat *prima facie* aandui dat die verweerder wederregtelik en opsetlik geweld teen die eiser se liggaam gebruik het. Die feit dat 'n eiser moet beweer dat daar wederregtelik teenoor hom opgetree is, beteken nie dat regskwessies in die besonderhede van vordering opgeneem word nie. Al wat die eiser in so 'n geval doen, is om een van die elemente van sy eis te boekstaaf. Skuld (in die vorm van opset) is net soseer 'n regskwessie as onregmatigheid en tog vereis die appèlhof in die voorbeelde van pleitstukke wat gegee word (875B) dat 'n eiser wel opset moet beweer, maar nie dat 'n bewering van onregmatigheid gemaak hoef te word nie. Hierdie is vir my 'n onverklaarbare teenstrydigheid.

Reël 20(2) van die hooggeregshofreëls lui soos volg:

“Die deklarasie [waarin die eiser se eis uiteengesit word] moet die aard van die eis bevat, die regs-konklusie wat die eiser geregtig sal wees om af te lei van die feite daarin vermeld, en 'n bede om die verlangde regshulp.”

Hieruit kan 'n mens nie aflei dat by aanranding daar nie 'n bewering van onregmatigheid in die besonderhede van vordering (deklarasie) hoef voor te kom nie. 'n Eiser wat nie beweer dat hy wederregtelik en opsetlik fisiese leed aangedoen is nie (met feite om

dit *prima facie* te steun), is tog nie geregtig om die regs-konklusie te maak dat die verweerder hom aangerand het nie.

Waar 'n verweerder hom in sy pleit op noodweer beroep, bring hy nie “regsreëls in die pleitstukke” te berde nie aangesien hy net feite waarvolgens *prima facie* 'n afleiding van noodweer gemaak word, beweer. Die bewyslas by noodweer het ook niks te doen met 'n bewyslas ten aansien van regsreëls nie – dit gaan net oor die bewys van die feite wat die verweerder beweer en waaruit 'n afleiding van noodweer (regmatigheid) gemaak kan word.

Die appèlhof bespreek ook die beslissings (875H-876H) waarin die bewyslas by aanranding op die eiser geplaas is om die afwesigheid van 'n regverdigingsgrond te bewys. Die hof verwerp dan sekere van hierdie sake (bv *Sizani v Minister of Police* 1980 3 SA 1205 (E); *Wessels v Pretorius* 1974 3 SA 299 (NK)) en anderskei ander beslissings (bv *Hiltonian Society v Crofton* 1952 3 SA 130 (A)). Die beginsel word dan gestel (876F) dat die bewyslas om die aanwesigheid van redelike noodweer by 'n eis op grond van aanranding te bewys, in die algemeen op die verweerder rus. Daar moet nou aanvaar word dat die positiewe reg in hierdie verband deur hierdie beslissing weerspieël word. Soos ek vroeër gemeld het, sou dit myns insiens meer aanvaarbaar gewees het om die volle bewyslas steeds in die algemeen op die eiser te plaas en die verweerder net met 'n weerleggingslas en 'n plig om getuienis van sy beweerde noodweer aan te voer, te beswaar. 'n Liggaams-aantasting is *prima facie* onregmatig en daarom hoef 'n eiser nie aanvanklik die afwesigheid van regverdigingsgronde te beweer nie. Slegs indien die verweerder die onregmatigheid van die liggaamsaantasting in geskil plaas (en voldoende feite in hierdie verband beweer), hoef 'n eiser myns insiens hierdie verweer te weerlê volgens 'n oorwig van waarskynlikheid. Terwyl die feite van die beweerde noodweer

normaalweg in besonder binne die kennis van die verweerder val, moet laasgenoemde die eiser deur middel van sy pleit en nadere besonderhede inlig oor die aard van sy verweer. Dit verhoed dat die eiser in die duister gelaat word oor die omstandighede van die beweerde noodweer.

Alhoewel die appèlhof *in casu* die

deur oopgehou het vir gevalle waar die volle bewyslas op die eiser sal rus (874B), meen ek dat die gestelde algemene reël dat die bewyslas by noodweer op die verweerder rus, mettertyd heroerweg moet word.

PJ VISSER

Universiteit van Suid-Afrika

**MAKGAE v SENTRABOER (KOÖPERATIEF) BPK 1981 4
SA 239 (T)**

Dependant's action in delict by the widow of a customary union

In *Makgae's* case, above, the plaintiff widow instituted action in her personal capacity and as mother and natural guardian of her five minor children against the insurer of the vehicle involved in the accident in which her husband was killed: 240A-B. The court (Ackermann J, held that the widow was bound to produce the certificate referred to in section 31 of the Black Laws Amendment Act 76 of 1963 before summons was issued: 247B-C.

With respect, two omissions in the opinion strike a reader. First, nothing is said about the children's claim, one which was not affected by the provisions of section 31. Who their guardian is is not clear from the report. (On the origins of section 31 and on guardianship see 1956 *SALJ* 402; 1960 *SALJ* 279; 1965 *SALJ* 487; 1973 *SALJ* 4; 1979 *THRHR* 112.) Whoever the children's guardian may be, it seems to be clear that despite the fact that the court found that paragraph 5 of defendant's plea raised a good defence, they still have their claim, one which does not prescribe while they are minors.

Second, no consideration seems to have been given to the question to the

effect which possible delays in obtaining the certificate may have on prescription, particularly when short period prescription is involved. One thing seemed to be clear to those who noted the introduction of the amendment giving widows of customary unions the right to sue, namely that the legislature's intention was that such widows are to be placed in a position similar to that occupied by widows of marriages. If parliament did not make itself clear – the language of the statute is not without difficulty and there are conflicting decisions – should weight not be given to the consideration that if courts interpret section 31(2) in such a way as to require the production of the certificate before summons is issued, and if the delay in the commissioner's office should take the period beyond the period of prescription (something which is quite possible and beyond the powers to the widow to prevent), the widow may be denied the right which it is the purpose of section 31 to give her?

AJ KERR

Rhodes University

MAYER v WILLIAMS 1981 3 SA 348 (A)

Evidence — seduction and paternity — corroboration not necessary — but cautionary rules to be applied

Seduction and paternity are often the consequences of *double baiting*. The woman displays her beauty and body and the man projects his charm and attention. This romantic game, often, leads to a bitter end; when maternity becomes a fact and paternity an allegation, which is rarely admitted and, too, often denied. For well over a century our courts persistently maintained that in matters of seduction and paternity the female complainant's uncorroborated testimony should not prevail against the man's denial of intercourse with her (*Gleeson v Durrheim* 1868 Buch 244; *Mackay v Ballot* 1921 TPD 430; *Wiehman v Simon* 1938 AD 447, now overruled in the case under discussion (351H)). This was a rare remnant of Roman-Dutch procedure in our contemporary law of evidence (*vide Hoffmann South African Law of Evidence* 2nd ed 396). The degree of corroboration required was

“... some evidence... in addition to the woman's which in some degree, is consistent with her story and inconsistent with the innocence of the defendant” (*per Stratford J in Mackay v Ballot supra* 432).

To the feminist the rule seemed unfairly loaded against the female complainant, who sought maintenance for her child from the alleged father. On the other hand, no man wished to father a child for whose conception he was not responsible. But there is a nagging feeling that, perhaps, many a Casanova may have escaped the responsibility of maintaining a child simply because the unfortunate woman's evidence could not be corroborated to prove seduction and paternity. This issue invariably arose in many maintenance enquiries. The stringency of the rule was incompatible with the current *mores* of society that the possible father should

be responsible for the maintenance of the child rather than burdening the community at large (*vide Hosten et al Introduction to South African Law and Legal Theory* (1977) n 66 at 286).

On several occasions, our highest court criticised the rule (*Davel v Swanepoel* 1954 1 SA 383 (A) 388G; *S v Snyman* 1968 2 SA 582 (A) 589) and suggested the re-examination and restatement of the rule (*R v W* 1949 3 SA 772 (A) 779). Recently the appellate division seized the opportunity in *Mayer v Williams* 1981 3 SA 348 (A) to restate the law of evidence on this particular issue. The plaintiff in a maintenance enquiry alleged that the defendant, with whom she was “associating on terms of familiarity and affection” (352H) was the father of her child. The defendant denied the allegation of paternity. The appellate division found that the magistrate correctly concluded that the defendant was the father of the complainant's child (352H). Trengove JA, delivering the unanimous judgment, held that the courts should not require the corroboration of the woman's evidence in cases where seduction and paternity are in issue (351H), but required the application of the cautionary rules of evidence (352A–B) formulated in *S v Snyman supra* 582, namely:

- “(a) the recognition... of the inherent danger... of relying upon the testimony of a complainant in sexual cases; and
- (b) the existence of some safeguard reducing the risk of wrong conviction, such as corroboration of the complainant... implicating the accused, or the absence of gainsaying evidence from him, or his mendacity as a witness.”

Thus, by introducing the cautionary rules the appellate division has now placed the seduction and paternity

issue in the law of evidence on the same level as other sexual cases.

The appellate division in the present case based the restatement of the law upon four considerations: *First*, the former rule was based upon a misunderstanding of the Roman-Dutch procedure of proof (351F). The old procedure of proof was by reference to the oath of the parties, whereas the current practice of proof is by the testimony of witnesses given under oath or affirmation. *Secondly*, it was anomalous to require a higher standard of proof in a civil action than in a criminal proceeding (351G). *Thirdly*, the ancient rule was incompatible with the prevailing system of civil procedure (351H), which is more akin to the English system than the Roman-Dutch system of civil procedure. *Finally*, Trengove JA rightly maintained that the old rule was excluded by section 16 of the Civil Proceedings Act 25 of 1965, which allows for a judgment to be given in a civil action "on the evidence of any single competent and credible witness" (351H) which would, indeed, suffice in a maintenance enquiry where seduction and paternity are in issue (351A).

Though the restatement of the rule in *Mayer's* case has neatly tidied up the law of evidence on the issue of seduction and paternity, it raises a pertinent question whether it has become easier to prove seduction and paternity. However, it would make no difference in those cases where the defendant admits having had

intercourse with the complainant on any occasion, because it will raise the rebuttable presumption that the defendant is the father of the woman's child. If he desires to rebut the presumption, then the *onus* is upon him to prove that he could not have been the father of her child (*Holloway-Stander* 1969 3 SA 291 (A)). The restatement will invariably apply where the defendant denies having had intercourse with the female complainant. Then she has the burden of proof to show on a balance of probabilities that the defendant is the father of her child. Once she establishes a *prima facie* case the evidential burden *shifts* onto the defendant to establish the contrary upon a preponderance of probability (*vide* Hoffman and Zeffertt *South African Law of Evidence* 3rd ed 385 *et seq*). At the end of the day the trial court when approaching the evidence of the complainant must take cognisance of the "inherent danger of acting upon her testimony" (353B). The uncorroborated evidence of the complainant must be received with circumspection because, as Trengove JA said (352A),

"... there is often a strong temptation either to conceal the identity of the real father or to impose liability upon the person who is best able to bear it."

Thus, the cautionary rules of practice are of importance in assessing the credibility of the female complainant's evidence.

ESSOP M PATEL
Ferreirastown

NEUHOFF v YORK TIMBERS LTD 1981 4 SA 666 (T)

Does a claim for rectification depend upon a mistake having been made and or upon the requirements of the exceptio doli generalis being met?

In their reply to Rufinus in C 4 22 1 the emperors Valerianus and Gallienus said nothing about mistake. Nor did

they say anything about the *exceptio doli*. What they did say was (the translation is that in *Weinerlein* :

Goch Buildings Ltd 1925 AD 282 289 per De Villiers JA):

"In contracts regard must be had rather to the truth of the matter (*rei veritas*) than to what has been written."

This is put forward in *Weinerlein's* case and in *Benjamin v Gurewitz* 1973 1 SA 418 (A) 426C-D as one of the main Roman law texts which grounds rectification in modern law. Nevertheless in *Neuhoff v York Timbers Ltd* 1981 4 SA 666 (T) 674F-675D Ackermann J, with whom Human and Le Grange JJ concurred, indicated that the rejection in *Von Ziegler v Superior Furniture Manufacturers (Pty) Ltd* 1962 3 SA 399 (T) of the argument that *Mouton v Hanekom* 1959 3 SA 35 (A) is authority for the proposition that rectification can be claimed when there is no mistake, is to be followed and that it must be shown that a mistake was made. Whether one accepts this argument or not depends upon what one understands by the word "mistake." "Mistake" in the ordinary sense, that is, failure to put into writing what the parties intended to put into writing, is the most common ground for claims for rectification. See the authorities in the present writer's *The Principles of the Law of Contract* 3rd ed (1980) 89f. (This work is referred to hereinafter as *Contract*.) In *Mouton's* case the parties put into writing what they intended to put into writing and left out what they intended to leave out: 39H-40A. What they mistook was the legal effect of what they did. They thought the *pactum de retrovendo* could take effect although it was not in writing whereas in law it was necessary for it to be written into the contract. The appellate division allowed rectification. Provided that *Mouton's* case is followed, that is, provided a party is allowed to claim that the writing be made to conform to what can be shown to have been the common intention of the parties, one would not criticize this part of the decision in *Neuhoff's* case, above, except to say that it

seems unnecessary to require "mistake" in such a wide sense to be proved: the essential requirement seems to be to show

a that the parties' common intention was x , and

b the writing says y (see *Contract* 90 n 384 and 91 n 398).

A similar comment may be made about references, as in *Neuhoff's* case, above, to the *exceptio doli* in this context. It is clear that the reason why the writing in a particular case does not conform to the parties' common intention may be due to fraud (in the ordinary sense) on the part of one of them (*Contract* 93 n 418); but there are other grounds for rectification. (The meaning of the word "fraud" when it is used in relation to the *exceptio doli generalis* of course is wider than the ordinary meaning.) The question then is: does a claim for rectification depend upon the requirements for the *exceptio doli generalis* being shown to be present? It is suggested that it does not.

In *Neuhoff's* case, above, at 672H Ackermann J quoted with approval the passage in *Paddock Motors (Pty) Ltd v Igesund* 1976 3 SA 16 (A) 28E-F where Jansen JA said:

"We have been referred to no authority indicating that the *exceptio [doli generalis]* could be employed to alter the terms of the true agreement validly entered into between the parties. It may be that the *exceptio* may preclude reliance upon that agreement by a party, but then it could only be as a result of his subsequent conduct, or, perhaps, supervening circumstances."

Accepting that the courts do not have a general power to change contracts, a question that needs to be asked in each case is: what are the terms of "the true agreement validly entered into between the parties:" those in the written document(s) or those they agreed to, which, after rectification, will appear in the writing? The answer seems to be clear: the latter.

The parties' agreement normally covers at least two aspects:

a the obligations undertaken, and
 b the sphere of operation and/or the time of operation of the contract. What the present writer said in 1981 *SALJ* 158-162 appears to be relevant to the decision in *Neuhoff's* case, above, with the proviso that the decision in *Rand Bank Ltd v Rubenstein* 1981 2 SA 207 (W) can be distinguished on the facts. In *Neuhoff's* case it seems to be clear that the court did not accept that the intention of both parties had been to limit the sphere, or time, of operation in the way the appellant claimed: 676E-F, 676H, 678E-H, 681H, 682H.

The facts of *Neuhoff's* case raise a question of policy. The appellant bound himself as surety for the payment

"of any sum and/or all sums of money and for the due performance... of all obligations which Transvaal Home Builders (Pty) Ltd... may now or at any time hereafter owe to... the creditors... for goods sold hitherto or to be sold thereafter (*sic*)... or from any other cause of any other nature whatsoever, whether now existent or which may come into being in the future" (675F-G).

Further, there was a clause reading:

"This suretyship shall remain in full force as a continuing security... until the creditor/s shall have agreed in writing to cancel this suretyship" (676A).

Ackermann J commented at 676E that

"plaintiff is entitled to hold the first defendant liable on the suretyship for a continuous and unlimited period of time at the will of the plaintiff."

This means that a ninety-five year old pensioner can be sued as surety for obligations of a firm contracted thirty or so years after he has retired from its service; obligations contracted by persons he has not met, in circumstances he has not envisaged, in a line of business in which he has not been involved. In other countries the modern trend is to introduce legislation to allow relief against unfair or unduly onerous terms of this kind: see the relevant literature on English and American law, and Hahlo "Unfair Contract Terms in Civil Law Systems" 1981 *SALJ* 70. It is suggested that our law commission should be asked to consider the introduction of legislation on the point in South Africa.

AJ KERR
Rhodes University

PUBLIKASIEFONDS HUGO DE GROOT

Uit hierdie fonds word finansiële hulp vir die publikasie van regsproefskrifte en ander verdienstelike manuskripte verleen.

Aansoek om sodanige hulp moet gerig word aan:

Prof D J Joubert
 Sameroeper Publikasiefondskomitee
 Vereniging Hugo de Groot
 Posbus 1263
 PRETORIA
 0001

Boeke

STAATSREG

by VERLOREN VAN THEMAAT
third edition by MARINUS WIECHERS

*Butterworth, Durban 1981; xiii and 597 p; price R57,50 (hard cover)
R49,95 (soft cover)*

In recent years the process of deliberate, as opposed to organic, constitution-making has featured prominently on the South African political agenda. Intimately involved in this process, and therefore with a first-hand experience and knowledge of the constitutional politics of the country, has been Marinus Wiechers, making him one of a rare species in South Africa, a practising constitutional lawyer (in an un-American sense of the term). Adding to this his intellectual acumen and proven academic ability makes of him the self-evident authority for a standard work on South African constitutional law. And the third edition of *Staatsreg*, which bears Wiechers's stamp more noticeably than the second, is a book which, within its scope and objectives, is undoubtedly of outstanding quality. It constitutes a comprehensive, up-to-date and critical treatise on most matters of constitutional importance in this country.

This edition has been structurally re-organised to good advantage; it benefits from a small reduction in overall length and a sensible and logical rationalisation of chapters which are reduced in number from twenty-six to twelve. The history and fate of the entrenched sections of the constitution, for example, are dealt

with in a concise and lucid manner in the section on the legislature, a great improvement on the ill-structured, repetitive and partisan final chapter in the second edition. The chapter on the civil liability of the state has been sensibly omitted although the matter is not wholly ignored (see 340-341). And a new internal arrangement of several chapters allows more emphasis to be given to such topically important issues as judicial independence and control of the executive and less to institutional trivia. But the overall breadth of the book is little affected by these innovations. The introductory chapters deal with general constitutional concepts and structures and the historical sources of South African constitutional law, and there follows an analysis of the origins of parliamentarianism and the constitutional development of the British Empire and Commonwealth (chapters 3 and 4 by Carpenter). The greater part of the book comprises a comprehensive and critical description of the South African constitution, including the question of citizenship (chapter 9 by Olivier). The concluding chapters deal with constitutional structures for coloured persons, asians and blacks, and the "onafhanklike gebiede" of South West Africa / Namibia and Transkei, Bophuthatswana and Venda.

The main organisational weakness of *Staatsreg*, however, is the way in which it deals with the constitutional position of blacks, asians and coloureds. While there is a noticeable improvement on the previous edition, which made no reference to these matters save for a brief section on the Transkei, it is disappointing that Wiechers handles them in a separate chapter entitled "Staatsregtelike instellings vir die verskillende bevolkingsgroepe." The inevitable impression given by this arrangement is that alongside the main body of constitutional law there are other incidental and juridically exceptional matters requiring separate editorial treatment. (The chapter on citizenship has a section headed "*Besondere reëlings ten opsigte van swartes*" (my italics)). It is of course trite that the main political institutions in South Africa are reserved for whites and that there are separate institutions, requiring individual description and analysis, for blacks, asians and coloureds, but this should not be done at the cost of presenting a misleading overall constitutional picture. There is no obvious alternative scheme for giving more integrated treatment to these integral features of the South African constitution without at the same time exaggerating their constitutional and political significance. But a conceptual scheme could be envisaged for dealing with institutions in terms of whether they are supreme or subordinate, elective or nominated, whether they perform predominantly legislative, or advisory functions, or whether they operate at the national, regional or local levels of government. Within such a framework it would be possible to provide a more balanced picture of the mainly ethnically-exclusive institutions which make up the South African constitution and at the same time describe their judicial status, political significance and institutional inter-relationships. The fact that non-whites are not represented in parliament, the cabinet or the judiciary

while being subject to their authority is also of significance for many of the basic principles of constitutional government. It is again true that this authoritative relationship has been predominantly institutionalised in an administrative system (435) but that system is an important part of the single, integrated "living constitution," and not an exceptional adjunct. And the "internal decolonisation" analogy can only have limited application in the South African context. (See on this matter Bekker "Rewriting the Textbooks: A Re-evaluation of some Traditional South African Constitutional Law Assumptions" 1979 *CILSA* 272 285-287, which is referred to in *Staatsreg* 12.)

A second, but closely related, problem with the author's arrangement is the misleading conclusion which might be drawn about the English constitutional tradition's influence on our own system. It is of course correct that our parliamentary institutions fairly faithfully reflect the Westminster prototypes and that we have imported Westminster principles, such as legislative supremacy and parliamentary government, into our constitution. But the Westminster system (which Wiechers describes at 70-71 and 220) has two essential features which are not part of the South African constitution - an unrestricted franchise and the rule of law. The franchise restrictions in South Africa (mentioned at 300) go to the heart of the whole constitutional system and do not constitute an inconsequential variation on Westminster, and, while they endure, English constitutional theory and practice can only be seen as the foundation of a part of our constitution and not, as the structure unintentionally conveys, the bulk of it. The English connection is also implicit in the author's discussion of the rule of law and fundamental freedoms in a section on the "grondslae" of the South African constitution (on this point

the second edition (119–150) was more satisfactory) and his other juxtapositions of English and South African constitutional features (e.g. representation and the party system at 187 and 299 respectively). These aspects in fact reveal some ambivalence since the author generally exposes the shortcomings of our constitutional system from a democratic-constitutional point of view. A book's structure and progression convey a nuance which can affect its intended meaning and it is submitted that appropriate re-organisation would convey a more balanced view of the South African constitution.

The subject-matter of *Staatsreg* is dealt with in an incisive style and in a historical and at times comparative context. It could be argued that at a time of constitutional flux the latter dimension should have been more prominent with discussions, where appropriate, of alternative electoral regimes, federalism and presidentialism, third-world constitutionalism including one-party systems, and concepts of traditional African public law, although some of these topics do receive brief reference. But the book should rather be evaluated on the very substantial material which it does contain and which amounts to a critical description of the constitutional tradition as reflected predominantly in the legal order. Wiechers assumes a pluralist model of the state and society, and his approach to constitutionalism is based on the normative values of liberal constitutionalism – more markedly so than in the previous edition (cf the author's views on *SA Associated Newspapers Ltd v Estate Pelser* 1975 4 SA 797 (A) (at 247) and *S v Sparks* 1980 (3) SA 592 (T) (at 253)).

During the fourteen years which have elapsed since the second edition of *Staatsreg* the continued emergence of the administrative state and the rise of corporatism have involved numerous challenges to traditional constitutional theory. In this process

many of the deities of English constitutional law, including the supremacy of parliament, ministerial responsibility, the two-party system and some of the conventions have been dethroned or at least desanctified. By and large cognisance is given to these changes, although one feels at times that the centre of gravity should be shifted more from the historical background to some of the more topical developments in English constitutional politics as revealed, inter alia, by Walkland, Sedgemore, Johnson, Harrison, Griffiths and Butler; for example in the description of the English party system (101–103) no account is given of the important twentieth century developments in this field. Another matter which would have benefited from more extensive treatment in the light of contemporary thinking is the separation of powers doctrine. The conventional wisdom, which is followed in *Staatsreg* (48–51), is that Montesquieu based his well-known contribution to the doctrine on a faulty understanding of the English constitution and that Bagehot and others correctly exposed the absence of a complete separation of powers in that system. But in fact Montesquieu was not so much describing the English constitution, of which he had a good understanding, as postulating an ideal constitution of liberty; and in any case he did not propagate a “pure doctrine” of separation of powers but combined it with prevalent ideas of mixed government and checks and balances. What Bagehot “exposed” (as Vile and others demonstrate) was an extreme version of the separation of powers which had in fact never existed; for virtually its whole history the English constitution maintained a partial separation of the personnel of government and a partial separation of the functions of government and if the doctrine is understood in this limited sense it continues to play a role in English public law and is not the constitutional myth which commentators tend to regard it as. That

this is more than academic pedantry is shown by the recent English decisions in which the doctrine has been invoked to limit the judiciary's constitutional role and prevent it from intruding in the legislature's field, though there is also evidence of the doctrine's vitality in other areas (see Munro "The Separation of Powers: Not Such a Myth" 1981 *Public Law* 19-24). The irony of the doctrine's being invoked to curtail the courts' powers is that it comes at a time when such eminent writers as De Smith and Wade have pleaded for very much more judicial review in public law. Wiechers (at 156) follows this traditional liberal-constitutional approach in asserting that fundamental rights and freedoms will only be guaranteed in a new South African dispensation if the courts are empowered to police a rigid constitution and enforce a justiciable bill of rights. And it is true that in a stable and just society rights and liberties should not, as a matter of policy, be subject to political bargaining. But Griffiths's less sanguine views are perhaps more appropriate to our own circumstances which are not those of constitutional and political stability, and are not likely to be in the intermediate term: in a socio-political sense there are no overriding human rights, but only political and economic claims which can be made by groups and individuals. Decisions on these claims should be made in the legislative and executive organs by responsible and removable politicians - requiring the judiciary to make certain political decisions because they are presented as questions of law does not make them any the less political. Because a bill of rights is a statement of political beliefs it cannot be grafted onto our constitutional order until other more basic political issues, such as the franchise, have been settled. And if legal restraints on government and a system of judicial review are only introduced as the political system becomes more inclusive they will inevitably be seen

as devices for restraining representative institutions and maintaining the socio-economic *status quo*. Thus while not forgoing their long-term objective of a justiciable bill of rights, constitutionalists should perhaps consider other institutional alternatives for the promotion of human liberties - methods of achieving greater and more effective participation in government, greater responsiveness of government to public pressure, and in particular more extensive open government. Unorthodox as this approach is it can be justified in terms of the separation of powers doctrine (in France, for example, judicial review of the constitutionality of legislation is regarded as an infringement of this doctrine) and, ironically perhaps, Dicey's view that ultimate political responsibility should vest in political representatives and not the theoretically a-political but accountably remote judges.

It is the South African sections of *Staatsreg* which have been most comprehensively and attentively rewritten to incorporate the many constitutional developments since the previous edition. There is a very extensive, and remarkably up-to-date, use of the case law to illustrate the practical application of constitutional principles and judicial interpretations of relevant statutes - in fact with the proliferation of litigation in the public law field *Staatsreg* will be invaluable for practising public lawyers. There is also adequate, though slightly less satisfactory, reference to commissions of enquiry, parliamentary debates and political events, to illuminate constitutional matters. Omissions in this field include the reports of the (Erasmus) Commission of Inquiry into Alleged Irregularities in the former department of information and the report of the (Cillie) Commission of Inquiry into the Riots at Soweto and other places in the Republic: a discussion of these reports, and the

events occasioning them, is indispensable to a proper understanding of individual and collective ministerial responsibility in the South African context (the "information scandal" is briefly referred to at 228, 231 and 183 — the latter not indexed). Another report which is surprisingly neglected in relation to the national states is that of the Ciskei (Quail) Commission which is referred to only in a single footnote (442).

There are also some other matters which have been omitted, glossed over or misleadingly presented although none is of crucial concern, nor do they cumulatively detract from the standard of *Staatsreg*. The reference to the French second ballot system as proportional (188) is misleading (it is in fact a majoritarian, as opposed to our plurality, electoral system), as is the conventional notion that PR leads to weak coalition government which empirical studies have shown is far from being universally true. Contextually misleading is the first reference to the freedom of speech of subordinate legislatures (192 n 42) which gives the impression that it is the same unqualified freedom enjoyed by parliament and the provincial councils, although the drastic qualifications applying to the SAIC and former CPRC are mentioned subsequently (434). And also contextually misleading is the assertion (at 386) that act 44 of 1949 makes no distinction between "racial" groups as far as the acquisition of South African nationality is concerned, because if sections 10 and 11(a) of that act are read with section 4 of act 1 of 1937 it is clear that the acquisition of nationality through naturalisation is effectively precluded for blacks. Greater conceptual clarity could be given to the section on citizenship if the terms "burgerskap" and "nasionaaliteit" were consistently used in their generally accepted, if not juridically precise, senses (cf the inconsistency at 374 ll 16 and 17). Also not

clear is the author's meaning in the assertion (at 320) that the House of Lords played no role in the English impeachment procedure in view of the earlier acknowledgment (at 90) of that role. Among the matters not dealt with are the existing South African Indian Council and its history (but only the "Indian parliament" as envisaged in the government's 1977 constitution and for which statutory provision was first made in 1978 (434-435)), and, in the context of proportional representation (188), the single transferable vote system (as used in Eire) which preceded the national list system chronologically and, it is generally agreed, ensures proportional outcomes without the party domination inherent in the list system. Any suggestion that certain matters should receive greater attention is necessarily relative, but the following matters are in the reviewer's opinion of such a nature: the content and nature of the Bophuthatswana Bill of Rights; the important decision in *S v Dalindyebo* 1980 3 SA 1049 (Tk) (in relation to the Transkeian equivalent of s 13 of act 32 of 1961 — see n 23 at 228) in view of the extension of this protection to the more overtly political vice state president (cf also the new s 5A of the Constitution Act); in relation to the significant innovation of the Advocate-General (253), the questions of access to and public awareness of the institution, and the significance of his past reports to parliament; the history of electoral quotas and the reasons for reverting to provincial quotas in 1980 (301-302) and the consequences of the new arrangement as illustrated by the rulings of the 1980 delimitation committee; and the possible implications of the important judgment in *Ex parte Moseneke* 1979 4 SA 884 T (at 385) for such topical issues as the deportation of those denationalised by the Status Acts.

As far as its presentation is concerned *Staatsreg* has an attractive

appearance and a new clear format. The house style is generally consistent, with a few exceptions. Traditionalists will balk at such innovations as "britse reg" (but cf "Britse regering" at 337), despite the retention of, e.g., "Engelse reg." And the "house of lords" would seem to strip that institution of the last of those dignified aspects which Bagehot would have it possess. ("Warrencourt" at 546 is, fortunately, a typographical error.) The citation of English cases is unorthodox and there is no consistency in the citation of journals – e.g. "1957 SALJ" and "1957 – SALJ." (*The Modern Law Review* is singled out for particularly harsh treatment – thus "1958 *Modern Law Review*," "1952 – *Modern Law Review*," "*Modern Law Review* 29 (2)," and "1967 30 *Mod. Law Review*," and in one citation neither date nor volume, and in another no page reference.) Unfortunately there are generally too many typographical errors, a criticism also made of the second edition (1967 SALJ 376 at 378). While this may be a function of the commendable speed with which the book was produced, poor proof-reading has resulted in numerous spelling mistakes, incorrect and incomplete citations, the faulty use of italics, and the omission or duplication of words. In one instance a mistaken date has been carried over from a secondary source (Hood Phillips cited at 183 n 11), in another from the second edition (457 l 7), and on at least one occasion material has been brought forward from previous editions without appropriate structural changes (n 66 at 199). But Wiechers's style is exceptionally attractive and makes the work eminently readable; the occasional lapse (e.g. a triple negative at 305 l 22) is the exception proving the rule.

Separate and very adequate indexes are provided for cases, statutes and general contents, although the well-known *Sachs v Dönges* 1950 2 SA 265 (A) was eventually located (with

nine of its alphabetical associates) under the cases commencing with V. The Constitution Act has been omitted from the appendix, wisely, it is submitted, in view of space constraints and the act's contemporary proneness to amendment. Unfortunately the bibliography has been negligently produced, resulting in a crop of "howlers." Dean's inaugural lecture (1976 *THRHR* 266) appears as "Wither the constitution" (541) which connotes notions of Marxist legal theory unintended by the author; Hahlo is credited twice for the same article (1969 *SALJ* 419), the second time as "Harlow H.R." (544); "J.F.H." has his anonymity revealed in respect of one article (1963 *THRHR* 44) but preserved on another (1962 *THRHR* 264 on the "Ganjele (sic) case" (545)). While the omission of publishers' names and places of publication is at least consistent there seems to be no system as regards the date of publication or edition (e.g. Chrimes *English Constitutional History* is in its 4th edition (1967) but no edition is referred to in the bibliography). In some cases (May, Wade & Phillips) both early and more recent editions are referred to, but in three cases (Sawer, Wheare, Keir & Lawson) the most recent editions have not been given. Besides the miscitation of works, authors' names have been mis-spelt and initials omitted, and works without identifiable authors (e.g. commission reports) have been attributed to the most alphabetically convenient author (cf Huizinga, Rautenbach, Sornarajah and VerLoren van Themaat). As far as can be ascertained only two books cited in the text are not included in the bibliography – Montesquieu *L'Esprit des Lois* and Benyon (ed) *Constitutional Change in South Africa*. But, presentation aside, the bibliography is very comprehensive and current and is indicative of the author's scholarly and balanced approach to a complicated and contentious subject, and

while several omissions could be suggested these would be more a reflection of the reviewer's predilections than the author's neglect: suffice it to say that it would have been helpful to see additional works on American constitutional law, the disclaimer at page 50 notwithstanding, as well as some of the recent works by the English writers mentioned earlier.

Finally it seems timeous to refer to a consideration raised by *Staatsreg* and its general approach to constitutional law. To what extent should constitutional lawyers start adopting the functional methods of the social sciences to bring more accuracy to their subject and perhaps respond to the challenges of, for example, behaviourism as to the political relevance of constitutions? Wiechers generally shows an appreciation of the limitations of constitutions and their contingent nature but neither on a consistent basis nor, one feels, for any scientific reasons. For instance, in his references to the constitutional rules prescribing the tabling of delegated legislation of the state president (239) and executive (250) he assumes the efficacy of one of the central features of constitutionalism in a parliamentary system. Empirical sociological research, on the other hand, would reveal the real significance of this system and would enable the construction of a new and sounder constitutional theory. Or to look at this matter from another perspective: while the debate (172-178) on whether or not the conventions are rules of law

is of undoubted relevance, what is equally relevant is that in a functional sense many legal rules of the constitution are only situational. A topical example is section 114 of the Constitution Act which, as has tended to be overlooked in the current debate on that section, was scrupulously adhered to in 1978 (see 1978 *SALJ* 583-586). Likewise the legislative and executive response to the decision in *Theron v Hylton-Smith* 1978 2 SA 294 (N) (see act 54 of 1978, Government Notice 1350/1979 in Government Gazette 6509 of 22 June 1979, and act 99 of 1979) highlights the situational nature of section 55(d) of the Constitution Act. At a time of constitutional renewal in South Africa it seems appropriate for constitutional lawyers not only to remind themselves of the inter-relationship between their particular commodities and social and political forces, but to begin the challenging task of updating our constitutional theory.

It is in the nature of reviews to probe problematic areas and suggest improvements, and space constraints have prevented a more adequate description of the many excellent sections of this book. But despite the problems referred to it is possible to end with an unequivocal assertion: Marinus Wiechers's new edition of *Staatsreg* is very highly recommended for teachers, students, practitioners and all others interested in South Africa's constitutional affairs.

LJ BOULLE
University of Natal

NATAL AND KWAZULU CONSTITUTIONAL AND POLITICAL OPTIONS

edited by LJ BOULLE and LG BAXTER

Juta, Cape Town 1981; pp 211; price R9,77 plus GST

Politically and constitutionally Natal and Kwazulu are very much in the news. It is, moreover, believed in

certain circles that if Natal and Kwazulu can find a formula for a successful constitutional co-existence,

it may well provide the rest of South Africa with a solution to the vexed constitutional issues facing the entire country.

A workshop was held in October 1981 at the University of Natal (Durban) to consider the constitutional and political future of Natal and Kwazulu from the point of view of economists, sociologists, constitutional lawyers, politicians and administrators. The findings of the participants have been published in summarised form and will be of interest to anyone who is seriously concerned with the constitutional future of South Africa.

As explained in the preface, the participants operated on the basis of two postulates: first, that the political unity of Natal/Kwazulu must be maintained as a matter of economic necessity; second, that it is a socio-political necessity for all permanent residents of the region to enjoy full political rights. Neither of these postulates was challenged by any of the participants.

It is stressed in the papers dealing with the economic issues, that the feasibility of devolution depends, *inter alia*, on the economic viability of the area concerned. The disparity between the economic performance of Natal and Kwazulu is a major stumbling-block in the development of common economic objectives.

It is clear from the papers delivered by representatives of political organisations (e.g. Inkatha, political parties etc) that party politics, and white party politics specifically, will ultimately determine what the future of Natal/Kwazulu will be. This is not to suggest, however, that the constitutional options and views put forward by the participants are of no interest, but it must be borne in mind throughout that constitutional proposals are – at any rate, for the present – at the mercy of political ideology.

The issues facing constitutional theorists in modern times are set out

fully by LG Baxter in his contribution “Constitutionalism, Bureaucracy and Corporation.” He proffers no solutions, although he does pinpoint a major problem – the growth of the so-called “administrative state,” which makes nonsense of time-honoured constitutional theories. Professor WHB Dean’s paper, dealing with administrative law, provides a link with the previous ones and suggests that administrative law could play a constructive role in the process of constitutional change in South Africa – provided the orthodox, essentially negative approach to administrative law is abandoned in favour of an approach which would establish “the faith of the man in the street in the whole system of government” (125). Professor AS Mathews, too, puts forward suggestions for the monitoring of the administration, although he admits to a degree of idealism in his approach.

In the strictly constitutional (as opposed to administrative) sphere, Professor MP Vorster examines the form which a Natal/Kwazulu legislative assembly could take, while Professor Marinus Wiechers deals with what is probably South Africa’s thorniest political and constitutional problem – the franchise. He points out that very little serious attention has been devoted to finding alternatives to our Westminster-based electoral system. He analyses various approaches – the utilitarian, the populist and the pluralist (which provides for mechanisms such as proportional, corporate and regional representation) but does not spell out in detail any foolproof system for the South African situation.

Professor John Dugard has often expressed criticism of the conservative approach of our courts in matters of a constitutional nature. For this reason he suggests in his paper that if, as proposed in the Lombard report, a bill of rights were to be incorporated in a constitution for Natal/Kwazulu,

a special constitutional court should be created to enforce the bill of rights. He also examines the position in a number of countries and recommends the United States of America, in particular, as a worthy model for Natal/Kwazulu.

Perhaps the most interesting paper, for those interested in practical

politics rather than the more abstruse spheres of constitutional law, is that delivered by the representative of Inkatha. One way and another, there is much in this report to ponder about.

GRETCHEN CARPENTER

University of South Africa

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

deur CF FORSYTH bygestaan deur TW BENNETT

Juta, Kaapstad 1981; xxxviii en 384 bl; prys R45,00 (hardeband), R35,00 (sagteband)

Daar bestaan lank reeds 'n behoefte aan 'n handboek oor die internasionale privaatreë, nie alleen by die student nie, maar ook by die regspraktisyn. Daarom is dit soveel te meer betreuenswaardig dat die gehalte van hierdie werk soveel te wense oorlaat dat dit kwalik voldoen aan die vereistes van sowel die akademiese as die praktyk.

Reeds by die eerste deurlees van die werk is dit opvallend dat die aanbieding van die materiaal in die werk in finale instansie, in Forsyth se eie woorde waar by verwys na 'n ander poging van hom, "a rather immature investigation" (66 n 51) van die internasionale privaatreë is.

1 *Styl- en taalfoute* Die werk wemel van uitroepstekens wat vreemd vertoon in 'n werk wat voorgee om 'n sober akademiese bespreking te wees: byvoorbeeld 39 n 138, 48 n 218, 62 n 35, 68 n 64, 71 n 81, 80 n 21. Die talle ligsinnige opmerkings wat telkens opduik is ewe hinderlike en onvanpas: byvoorbeeld "I cannot claim to have read the entire *Corpus Juris* (!) . . ." (20 n 3), "Why the legislature chose not to visit the burden of s 1(2) on female South Africans remains a mystery: perhaps they found it too

painful to contemplate that a South African woman could indulge in miscegenation!" (235). Hierdie gebruik van uitroepstekens en ligsinnige opmerkings is tekenend van Forsyth se voorliefde vir klaskamerhumor, soos ook onder andere blyk uit die voorbeeld wat hy uitdink op 73.

Die werk lees soms moeilik vanweë die onelegante sinskonstruksie en taalfoute: byvoorbeeld "For the purposes of simplicity of exposition, I am treating England, Wales and Northern Ireland as England alone for the purposes of the conflict of laws" (15 n 80), "The decision in *Ex parte Cathrall* is doubtedless correct" (235). Die outeur se hantering van Latyn is verdag: byvoorbeeld "*inducium*" en "*inducia*" in plaas van "*indicium*" en "*indicia*" (duidelik nie 'n drukfout nie aangesien dit vier keer voorkom op 267), "*legitimation per subsequens matrimonio*" in plaas van "*legitimation per subsequens matrimonium*" (255). 'n Vroeë aanduiding van die ongemaklike manier waarop Forsyth die regs-geskiedenis hanteer, vind mens waar hy 'n ander skrywer probeer tereg wys waar laasgenoemde heeltemal korrek die wisselvorm "*Sassoferrato*" in die naam van Bartolus de Saxoferrato gebruik (26 n 44).

Die gebrek aan eenvormigheid in die verwysingstegniek is verstommend. Die manier waarop na dieselfde outeur verwys word, verskil soms van bladsy tot bladsy. Die twee vernaamste slagoffers is Kahn, na wie verwys word as "Kahn," "Ellison Kahn" (bv 56 n 6), "Prof Kahn (bv 65, 68, 71 n 79) en "Professor Kahn" (bv 97 n 28, 98 n 35) en Kahn-Freund, na wie ook verwys word as "Sir Otto Kahn-Freund" (bv 46, 53, 57, 59, 66) en "Sir Otto" (bv 44 n 175, 53, 57 n 13, 59 n 20, 60, 61 n 30, 63 n 42, 77 n 6). Die verwysings na sommige werke in die voetnote is verwarrend aangesien die werke nie in die lys van verwysings voorkom nie en ook nie volledig in die voetnote geïdentifiseer word nie: bv "Pollak, Introduction" (13 n 67) en "Pollak lff" (130 n 1) – laasgenoemde miskien 'n verwysing na 1934 *SALJ* 1? Die titels van artikels verskil soms van bladsy tot bladsy: byvoorbeeld "Reform of the law of domicile in Australasia with particular reference to the New Zealand Domicile Act, 1976" (97 n 28) and "Reform of the law of domicile in Australasia" (127 n 211).

Forsyth is ook nie konsekvent met die anglisering van die name van die Romeins-Hollandse skrywers nie: Ulrich Huber word "Ulric Huber" en Paulus Voet "Paul Voet," terwyl Johannes Voet in hierdie vorm behou word.

2 *Tipografiese foute* Die druk- en proefleswerk is oor die algemeen bevredigend gedoen, alhoewel daar tog foute voorkom: enkele voorbeelde is "Francker" in plaas van "Franeker" (xiv), "on" in plaas van "an" (37), "Cowan" in plaas van "Cowen" (51 n 225); op 10 n 41 is die hakies nie gesluit nie; op 10 het die outeur sy eie kursivering ingevoeg sonder om dit so aan te dui.

3 *Inhoudelike besware* Wanneer mens na die inhoudsopgawe kyk, is dit met die eerste oogopslag opvallend dat 136 bladsye in 'n werk van 368

bladsye gewy word aan 'n bespreking van onderwerpe wat streng gesproke nie deel uitmaak van die vakgebied internasionale privaatrek nie, naamlik domisilie en die jurisdiksie van die hooggeregshof van Suid-Afrika. Hoewel mens nie wil beweer dat hierdie twee onderwerpe nie van belang mag wees sover dit gedinge waarin die internasionale privaatrek ter sprake kom, betref nie, is dit tog jammer dat daar soveel ruimte aan afgestaan word terwyl daar reeds meer volledige en voldoende literatuur oor hierdie onderwerpe bestaan. Forsyth erken self dat die hoofstuk oor domisilie geen noemenswaardige bydrae kan maak tot die Suid-Afrikaanse literatuur op hierdie gebied nie (92 n 1). Hoewel mens moet toegee dat die hoofstuk oor jurisdiksie, bygedra deur Bennett, van 'n hoër gehalte is, regverdig dit nogtans nie die insluiting daarvan in 'n werk soos die onderhawige nie. Die insluiting van hierdie hoofstukke is miskien te verklaar aan die hand van Forsyth se konseptuele verwarring. Hy verklaar nie alleen dat "(t)he law of jurisdiction is widely considered to be part of private international law" (3) nie, maar ook dat domisilie een van die "areas of Roman-Dutch private international law" is (92 n 1).

Die hantering van die regsgekieende bronne en -teorie laat veel te wense oor. Die leser kry soms die nare gevoel dat Forsyth hoofsaaklik van sekondêre bronne gebruik gemaak het (sien bv 103 n 61). Hy beskryf voorts Pierre de Belleperche (26 n 50) en "Guillaume de Cun" (27 – 'n nuwe wisselvorm vir Guillaume de Cuneo naas die aanvaarde Cunh, Cugno en Cuniho?) eers korrek as ultramontani, maar verwys kort daarna losweg na hulle as post-glossatore (28).

Forsyth beskryf Huber sonder meer as 'n Romeins-Hollandse skrywer (31), maar gee eers heelwat later 'n aanduiding dat hy wel besef dat Huber nie 'n Romeins-Hollandse skrywer was nie, maar 'n Friese regsgeleerde (236

n 57). In sy behandeling van Huber se bydrae tot die teoretiese fundering van die internasionale privaatreëg verwys hy tereg na die drie aksiomata, maar laat na om te verwys na die twee praktiese reëls wat Huber uit hierdie aksiomata afgelei het. Hy siteer *De Conflictu Legum* as deel van die *Praelectiones Juris Civilis*, klaarblyklik onkundig aangaande die aanvaarde praktyk om dit te siteer as deel van die besondere band getiteld *Praelectiones Juris Romani et Hodierni*. Die werk van Paulus Voet word eweneens verkeerdlik aangehaal as *De Statutis Eorum Concursu*, in plaas van *De Statutis Eorumque Concursu* (xvi en 32 n 99). Bijnkershoek se *Quaestiones Juris Privati* word glad nie eers vermeld in die terloopse verwysing na hierdie skrywer se bydrae in 'n voetnoot nie (35 n 117). Nadat mens verneem het dat die *Corpus Juris Civilis* ". . . is innocent of any texts useful for the development of private international law . . ." (20), vind mens later skielik dat daar verwys word na drie tekste uit die *Digesta* as sou dit gesag wees op 'n sekere probleemgebied aangaande kontrakte (268 n 71).

Dit is ook opvallend dat daar glad nie verwys word na Josephus Jitta se *Internasionaal Privaatrecht* (1916), wat beskou kan word as 'n voortbouing van die siening van Savigny deurdat Jitta 'n gemeenskap van die mensheid of menslike geslag wil stel in die plek van die gemeenskap van state as basis van die internasionale privaatreëg, sodat dit nie soseer om volkereg as om mensereg gaan nie.

Die behandeling van die reëls van die internasionale privaatreëg met betrekking tot besondere regsgebiede laat veel te wense oor. Daar is byvoorbeeld geen afsonderlike behandeling van die aanwysingsreg ten aansien van personeregtelike kwessies nie en die inhoud van hierdie reëls blyk slegs toevallig uit die behandeling van ander

onderwerpe. Die hoofstuk oor familie-regtelike kwessies is basies niks meer as 'n verbeeldinglose opsomming van Kahn se behandeling van die onderwerp in Hahlo *South African Law of Husband and Wife* 4e uitg (1975) nie. Die outeur dui wel aan dat hy nie sal aarsel om aan te dui waar hy met Kahn verskil nie (228 n 1), maar dié gevalle is maar dun gesaai. Waar hy wel met Kahn verskil, is sy argumente dikwels ondeurdag, byvoorbeeld: anders as Kahn is Forsyth die mening toegedaan dat 'n vroulike Suid-Afrikaanse burger of gedomisileerde wat 'n huwelik in die buiteland sluit met die doel om artikel 1(1) van die Wet op die Verbod van Gemengde Huwelike 1949 te ontduik, nie deur die *fraus legis*-reël getref word nie. Hy redeneer soos volg:

"It is submitted that s 1(1) was not intended to have extraterritorial operation: thus s 1(1) itself was not intended to apply to any marriages solemnized outside South Africa: thus the question of *fraus legis* does not arise, as a female leaving the country to marry outside does not evade s (1): s 1(1) was not intended to apply to such cases." (238)

Dit is natuurlik so dat *geen* wetgewing buitelandse werking het nie, ook nie artikel 1(2) van gemelde wet nie. Forsyth beskou egter juis die bestaan van artikel 1(2) as gesag vir sy interpretasie van artikel 1(1), want

"what other purpose could this subsection have but to define the limited extraterritorial operation of s 1(1)?"

Dit is maklik om 'n alternatiewe doel aan te dui, naamlik om sekere huwelike wat in die buiteland gesluit is in Suid-Afrika ongeldig te maak, afgesien van die bestaan van 'n bedoeling om die wet te ontduik al dan nie. Verder het artikel 1(2) slegs die effek dat sekere huwelike in die buiteland gesluit in *Suid-Afrika* ongeldig is, sodat daar geen sprake van buitelandse werking van die wet kan wees nie. Forsyth se hele argument dui in elk geval op 'n basiese onbegrip van die wese van die *fraus legis*-reël.

In hoofstuk 8 wat handel oor die reëls van die internasionale privaatreëg met betrekking tot verbintenisse, word slegs verbintenisse voortspruitend uit kontrakte en delikte behandel. Hoewel mens natuurlik nie werklike diepgaande studie verwag in 'n algemene handboek soos die onderhawige nie, is dit ongelukkig so dat die oppervlakkige en bondige aard van hierdie hoofstuk dit kwalik van enige nut vir die praktisyn maak. As 'n mens in aanmerking neem dat daar 'n groot leemte bestaan op die gebied van die aanwysingsreg met betrekking tot delikte in die Suid-Afrikaanse reg, is dit jammer dat Forsyth nie van die geleentheid gebruik gemaak het om sekere riglyne vir toekomstige ontwikkeling in Suid-Afrika neer te lê nie, veral aan die hand van die magdom internasionale materiaal op hierdie gebied.

Hoofstuk 9 handel oor die reëls wat

van toepassing is by geskille aangaande die sake- en erfreg. In die gedeelte oor die erfreg steun Forsyth weer grotendeels op die basiese navorsing van 'n ander skrywer (304 n 129), 'n tendens waaraan die leser al teen hierdie tyd gewoon geraak het (sien bv ook 262 n 41, 278 n 130, 281 n 135). Die werk word afgesluit met 'n hoofstuk oor die erkenning en afdwinging van buitelandse vonnisse.

Die grootste nut van die werk is daarin geleë dat dit 'n bron van geselekteerde verwysings na materiaal oor die internasionale privaatreëg is. Dit is tot op hede die omvangrykste poging om die Suid-Afrikaanse internasionale privaatreëg te boekstaaf en as sodanig moet die boek verwelkom word.

CJ VISSER

DP VISSER

Universiteit van die Noorde

EIGENDOM

GREPEN UIT DE GESCHIEDENIS VAN EEN OMSTREDEN BEGRIP

deur GCJJ VAN DEN BERGH

Kluwer Deventer 1979; viii en 93 bl; prys 15 gulden

Eigendom vorm die eerste band in die reeks *Rechtshistorische Cahiers* wat onder redaksie van professor GCJJ van den Bergh van Nijmegen en professor R Feenstra van Leiden uitgegee word. Die *Rechtshistorische Cahiers* beoog om telkens 'n handleiding vir die gewysigde regsgeïstorieerplanne (met die klem op sogenaamde ideëgeskiedenis) te bied. Regsontwikkeling van bepaalde belangrike *capita selecta* word met verwysing na die filosofiese en maatskaplike onderbou behandel. Die redakteurs stel in die voorwoord hulle benadering soos volg:

“Uitgangspunt daarbij is, dat de rechtsgeschiedenis in staat moet zijn, de student iets te bieden dat hem helpt,

zich kritisch te kunnen oriënteren in de wereld van zijn toekomstige professie. De capita moeten op een overzichtelijke manier relevante thema's aan de orde stellen, liefst op zo'n wijze dat de student aan het denken wordt gezet. Dat wil zeggen dat meer aandacht zal worden besteed aan de wisselwerking van maatschappelijke ontwikkelingen en juridische denkbepelden dan aan de interne, dogmatiese ontwikkeling van het rechtssysteem in positivistiese zin.”

In die oorsig (1-39) oor die ontwikkeling van die eiendomsbegrip verwys die outeur na verskeie tekste wat (saam met ander tekste) in die oorspronklike taal met 'n vertaling in Nederlands aan die einde van die

handleiding (44-87) weergegee word. Hierdie tekste is onderwerpgewys gegroepeer en elke groep is van 'n kort inleiding voorsien.

Tekste van onder andere Lessius, Bartolus, Donellus, Pothier, Savigny, Windscheid, Thomas van Aquino, Hobbes, Hume, Blackstone, Montesquieu, Pufendorf, Adam Smith en Engels, asook toepaslike uittreksels uit die *Code Civil*, die Nederlandse *BW* en die "Verklaring van die Regte van die Mens" word aangehaal.

Die handleiding word afgesluit met 'n lys van aangehaalde literatuur en onder die hofie "Enige Ander Titels" word 'n aantal resente relevante publikasies vermeld. 'n Woordregister is ook toegevoeg.

In sy woord vooraf (vi) formuleer Van den Bergh sy uitgangspunt soos volg:

"Ik wil er graag iets toe bijdragen om het traditionele, wetenschappelijk al achterhaalde maar onder juristen nog altijd gangbare geschiedbeeld in deze af te breken."

Hoofstuk 1 (1-15) bevat inleidende opmerkinge met betrekking tot onder andere 'n begripsomskrywing. In hoofstuk 2 (" 'Romeins' versus 'Germaans' Eigendomsbegrip") word die gekykte standpunt dat die Westerse eiendomsbegrip van Romeinsregtelike oorsprong is, krities bespreek. In hoofstuk 3 ("Enkele Rechtshistorische Capita") word onder andere die invloed van die Franse revolusie en van ekonomiese faktore beskryf, waarop 'n samevatting dan volg.

Van den Bergh beklemtoon die dilemma van die regshistoriese navorser deur te wys op die feit dat laasgenoemde van kontemporêre terminologie gebruik moet maak om regsinstellings in andersoortige regstelsels te beskryf. Dit hou die wesenlike gevaar in dat ongelyksoortige dinge met mekaar vergelyk word en dat 'n waninterpretasie van die inhoud (en soms ook van die sistematiek)

van regsinstellings gemaak word. Soos sal blyk, het veral die Duitse Pandektiste (wat vandag onder Suid-Afrikaanse privaatregeleerdes soveel gesag geniet as sou hulle die Romeinse reg en sy beweerde onderliggende sistematiek korrek weergee) hulle hieraan skuldig gemaak.

In wat volg sal gepoog word om aan die hand van Van den Bergh se navorsingsresultate 'n kursoriese chronologies-sistematiese weergawe van bepaalde belangrike momente in die ontwikkelingsgeskiedenis van die eiendomsbegrip te gee.

Daar word vandag algemeen aanvaar dat die historiese eiendomsbegrip onder andere drie kenmerke besit: totaliteit, abstraktheid en absoluteheid.

Die tradisionele beskouing is dat dié kenmerke aan die Romeinse reg bekend was en dat eiendomsreg daarvolgens die volledigste saaklike reg (met die bevoegdheid om jou saak te gebruik en te misbruik) is. Kritiek teen die Westerse eiendomsbegrip kom volgens Van den Bergh nie (soos algemeen aanvaar word) slegs van Marxistiese kant (wat 'n kollektivistiese benadering bepleit) nie, maar ook (regse) adel en landhere het hulle daarteen verset. So het die nasionaal-sosialistiese regering in Duitsland die vry beskikkingsreg oor grond (soos in die *BGB* neergelê) deur die invoering van die "Erfhobrecht" (waarvolgens die erflike familiebesit van boeregrond beskerm is) aan bande gelê. Daar word ook dikwels gesê dat eiendom die hoeksteen van die Westerse vryheidsbegrip vorm (sonder om uit te maak of die individuele vryheid die staatsmag voorafgaan en of staatsmag die primêre gegewe is en individuele vryheid slegs binne die begrensinge deur die staatsmag gestel, kan bestaan). Daarteenoor meen die Franse skrywer Pierre Proudhon (1809-1865) dat eiendom en diefstal mekaar se logiese teenpole vorm: "La propriété c'est la vol."

Die Romeinse reg tot en met Justinianus het oor geen eiendomsbegrip as sodanig beskik nie. *Dominium* en *proprietas* het nie net betrekking op eiendom gehad nie, maar ook op erfpag, opstal en langdurige huur.

Volgens Van den Bergh (27) het die “Germaanse reg” (wat uit verskeie – dikwels heel verskillende – regstelsels bestaan het) geen skerp onderskeid tussen eiendomsreg, besit en saaklike reg geken nie. Bowendien het ’n hele aantal saaklike regte (wat nie aan die Romeinse reg bekend was nie) in die Germaanse reg bestaan. Meerdere saaklike regte kon ten opsigte van goedere bestaan; en elke reghebbende het oor ’n *gewere* beskik. Saaklike regte was dus relatiewe regte.

Die feodale eiendomsbegrip is ’n voortsetting van die Germaanse eiendomsbenadering, met die belangrike uitbreiding dat grondbesit aan die uitoefening van politieke (en later militêre) mag gekoppel is.

Die Middeleeuse juriste het die destyds geldende grondbesit probeer verklaar deur dit in ’n (ontoeaslike) Romeinsregtelike keurslyf in te dwing: die vasal beskik oor *dominium utile* (sogenaamde nutseiendom) en die leenheer oor *dominium directum* (opper-eiendom) waarvoor onderskeidelik ’n *actio utilis* en ’n *actio directa* (na analogie van die *actio legis Aquiliae*) aangewend kon word. ’n Derde soort eiendom, *quasi dominium*, het diegene wat van die *actio Publiciana* gebruik kon maak, toegekome. Eers tydens die natuurregfasie het hierdie onderskeid verval.

’n Ander ontwikkeling tydens die Middeleeuse romanistiek is van groot belang: die eerste definisie van eiendom soos deur Bartolus (\pm 1313–1357) geformuleer, lui: eiendom is die reg om oor ’n liggaamlike saak volkome te beskik insoverre die wet dit nie verbied nie (*dominium est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lege prohibeatur* (*ad D* 41. 2 17 1)). Hoewel hierdie teks deur latere skrywers as grondslag van die absoluutheid

gedien het, toon Van den Bergh aan dat dit uit verband geruk is.

Die standpunt dat reeds die Romeinse reg eiendomsreg as die *ius utendi et abutendi* omskryf het, is foutief. Die sestiende-eeuse Franse juris François Hotman was die skepper hiervan. *Abuti* beteken dan waarskynlik “verbruik” in plaas van “misbruik.”

Wat die Middeleeuse Christelike filosowe betref, is daar van vroeg af twee uiteenlopende gedagterigtings te bespeur: so beskou Thomas van Aquino eiendomsreg as ’n instelling wat nie van die natuurreg afkomstig is nie, maar weens sy praktiese nut deur die *ius gentium* ingevoer is en wat op die menslike wil berus. Daarteenoor staan die tradisie van Christelike kommunalisme wat by wyse van onder andere die bedelordes, sektes, boereopstande en die sogenaamde armoedeleer van Franciscus van Assisi gepoog het om privaateiendom as instelling deur ’n kommunale besitstelsel te vervang.

Thomas se standpunt is verder deur die Spaanse laat-skolastici uitgebou en De Groot het op sy beurt weer sterk op hulle gesteun. Volgens die Natuurregtelike eiendomsbegrip is eiendom die hoogste subjektiewe (saaklike) reg. Die wortels van die leer van subjektiewe reg is weliswaar in die middeleeue geleë, maar eers die natuurreggeleerdes het dié leer uitgewerk. So toon Feenstra *Ius in Re* (1979) aan dat die onderskeid *ius in re propria* en *ius in re aliena* eers van ná die Middeleeue afkomstig is. Volgens die Natuurreg is privaateiendom die privaatregtelike uitdrukking van individuele burgerlike vryheid.

Anders as wat dikwels gemeen word, het die Franse revolusie politieke liberalisme en die benadrukking van persoonlike vryheid tot gevolg gehad. Die omskrywing in artikel 17 van die “Verklaring van die Regte van die Mens” (1789) van eiendomsreg as *un droit inviolable et sacré* het slegs betrekking gehad op die willekeurige

inmenging van owerheidsweë, en was as sodanig 'n afspieëling van die regstaatbeginsel. Die Franse revolusie het die liberaal-burgerlike staatsgedagte (en nie ekonomiese liberalisme nie) uitgedra. Die band tussen privaateiendom op grond van politieke mag is dan ook deur die revolusie deurgesny.

Ekonomiese liberalisme vloei voort uit die vroeë liberalisme tydens die eerste helfte van die neëntiende eeu. Van den Bergh (38) stel dit dat die opkoms van die moderne eiendomsbegrip parallel met die opkoms van die burgerlik-kapitalistiese orde loop. Hy voer oortuigende bewys aan dat filosofe soos Locke en Adam Smith die onderbou verskaf het vir dit wat vandag as die eiendomsbegrip bekend staan. In die neëntiende eeu word eiendom van al sy sosiale en familiebeperkings bevry.

Die Pandektiste het voortgeduur op die agtiende eeuse rasionalistiese natuurreg en het bepaalde interpretasies en sistematiek in die Romeinse reg gaan inlees wat nooit daarin teenwoordig was nie. Van den Bergh (23) stel dit soos volg:

“Het absolute, individualistiese, uniforme, eiendomsbegrip is deur die Pandektisten, die met die ogen van hun tijd de teksten lazen, bovendien veel meer in de tekst gelezen dan dat er in stond.”

Hierdie “vertekende” werkswyse beskryf hy as die “weginterpretieren van teksten.” Tweedens het die Pandektiste glad en geheel nie die meer “publiekregtelike” beperkings op die Romeinse eiendom in berekening gebring nie. Soos Van Zyl *Geskiedenis en Beginsels van die Romeinse Privaatreg* (1977) 128 aantoon, was die volgende groepbeperkings aan die Romeinse reg bekend: sakrale en publiekregtelike beperkings; beginsels van moraliteit en goeie sedes (soos deur die *censores* neergelê); vrywillige afstanddoening en privaatregtelike (veral bureregtelike) beperkings.

Die standpunt word soms gehuldig dat die begrip “regsmisbruik” vir die eerste keer deur die Hof van Colmar op 2 Mei 1855 gebruik is.

Van den Bergh (31–32) toon aan dat dit vanaf die Middeleeue tot en met die agtiende eeu algemeen aanvaar was dat aan regsuitoefening bepaalde morele grense gestel is: so is regtens veroorloofde handelinge ter regsontduiking (*in fraudem legis*) of ter verhinding van 'n derde (*ad aemulationem*) as ongeoorloof beskou. Die meer absolutistiese neëntiende-euse eiendomsbegrip het hierdie algemene uitgangspunt tydelik opgeskort, maar in die uitspraak van die Hof van Colmar het dit weer herleef.

Marxistiese kritiek op die eiendomsbegrip is ontleen aan die evolusionistiese teorieë van die Amerikaanse etnoloog LH Morgan (1818–1881) wat die biologiese evolusieteorie op sosiale toestande van toepassing gemaak het. Vanuit 'n sisteem van kollektiewe besit sou die laaste fase van ontwikkeling die samehang van die ontstaan van privaateiendom, die monogame (Westerse) huwelik en van die staat dan ontstaan het. Dié standpunt is oorgeneem deur Friedrich Engels wat betoog het dat die hebsug tot privaateiendom die sogenaamde oorspronklike klaslose maatskappy tot 'n val gebring het en dat die dichotomie ryk: arm deur die staatsgesag (wat in die hande van die kapitaliste sou wees) gehandhaaf is. Dieselfde tema word deur L Felix in sy *Entwicklungsgeschichte des Eigentums* (1883–1903) uitgedra. Van den Bergh (13–14) toon aan dat die evolusionistiese teorieë op grond van historiese en regsantropologiese ondersoeke wetenskaplik onhoudbaar is en bloot as projeksies vanuit die eietydse ervaring beskou moet word. Die strydpunt tussen sosialisme en kapitalisme, daarenteen, gaan nie meer om die bestaan van privaateiendom nie, maar om die privaateiendom van en mag oor die produksiemiddele.

Artikel 544 van die *Code Civil* en artikel 625 van die *Burgerlijk Wetboek* slaan terug op die reeds vermelde Bartolus-definisie. In navolging van die Pandektistiese totaliteitsgedagte verklaar a 5 1 1 lid 1 van die *Nieuw BW*:

“Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben.”

Daarteenoor staan die Engelse en Amerikaanse reg wat van die sogenaamde “bundle of powers”-benadering uitgaan.

Van den Bergh bespreek ook die relativering en vermaatskapliking van eiendom wat sedert die begin van hierdie eeu op grond van verouderde gemeenskapsopvattinge (by wyse van wetgewing en ander privaatregtelike belange) ’n al hoe groter rol begin speel.

Juriste hou egter nog steeds aan die “tradisionele” siening van eiendomsreg vas sonder om die funksieverandering(s) van dié regsinstelling enigins te akkommodeer.

Hierdie eerste *Rechtshistorische Cahier* is ’n prikkelende boek wat nie alle vrae beantwoord nie en ook self heelwat vrae aan die orde stel. Van den Bergh slaag daarin om heelwat algemeen aanvaarde beskouinge rondom die eiendomsbegrip af te breek en om die tot nog toe miskende invloed van sosiale faktore en filosofiese strominge in die regte perspektief te plaas. Die redakteurs van die *Rechtshistorische Cahiers* moet met hierdie uitgawe gelukkigewens word. Dit is ’n werk wat vir elke privaatregeleerde sterk aanbeveel word en wat tot prinsipiële gesprekvoering aanleiding sal gee. Deur hierdie boek aan studente in Romeinse reg- en privaatregekursusse met die nodige leiding voor te skryf, sal dosente aan hulle ’n uitmuntende voorbeeld van die geskiedenis van (en die mites rondom) ’n belangrike regsinstelling en die (tot nou toe miskende) noue verbondenheid met die sosiale en filosofiese onderbou daarvan bied.

NIC OLIVIER

Potchefstroomse Universiteit vir CHO

HET NOTARIAAT IN HET TWEETHERIG MAASTRICHT

Een Rechtshistorische Schets van de Inrichting en Practijk van het Maastrichtse Notariaat vanaf zijn Opkomst tot aan het einde van de Tweeherigheid over de Stad (1292–1794)

deur A FL GEHLEN

Van Gorkum, Assen 1981; xxiv en 330 bl – ISBN 90 232 1848 5; prys F1 70 (hardeband) F1 60 (sagteband)

Die notariaat is ’n afdeling van die reg waaroor nou nie juis oorvloedig geskryf word nie. In Suid-Afrika word hoofsaaklik Elliott en Banwell se *The South African Notary* (4e uitg in 1969 deur Elliott hersien), gebruik. Dan is daar nog die twee verouderde werke van Van Zyl *The Notarial Practice* (1909) en van Tenant *The Notary’s Manual* (1902). Dit is dus ’n aangename verrassing om die boek onder

bespreking teen te kom. Uiteraard behandel dit die notaris en sy praktyk in ’n ander land, maar daar is soveel historiese agtergrond en stof van ’n vergelykende aard daarin te vind – elemente wat universeel van belang is – asook so baie oor die praktyk van die notaris en hoe dit ontwikkel het, dat die boek nie slegs van plaaslike betekenis is nie. Die boek se waarde word verder verhoog omdat die notaris

in sy praktyk baie van die gangbare reg en van die sosiale omstandighede in die algemeen weerspieël.

Die skrywer behandel die notariaat en sy ontwikkeling vanaf die vroegste tyd, naamlik vanaf die middeleeue, maar die eintlike hoofgedeelte dek net die periode 1632–1794. Voor hierdie tydperk was die notariaat (altans in die gebied onder behandeling) meer 'n kerklike aangeleentheid. Daarna word dit 'n publiekregtelike instelling. Die “tweeherigheid” is 'n gevolg van die feit dat voor die stad Maastricht tot stand gekom het, die omliggende streek deur onderdane van die biskop van Luik en van die hertog van Brabant (wat later deur die keiser van die Heilige Romeinse Ryk vervang is), bewoon is. Hierdie toestand kry ten slotte erkenning in die stadsreg van Maastricht. Die skrywer behandel die reëlings betreffende bestuur en die regspraak vanaf die vroegste tye, die veranderings wat teen ongeveer die helfte van die sestiende eeu ingetree het, asook die verdere ontwikkeling tot 1794, uitvoerig. Eers in 1665 het daar 'n uitvoerige reëling deur wetgewing tot stand gekom.

Teen hierdie agtergrond moet die notariaat in oënskou geneem word. Soos bekend, het die notaris as vroeë voorvader die Romeinse *tabellio*. Na die ineenstorting van die Romeinse ryk het die *tabellio* homself in Noord-Italië (Lombardye) enigsins kon handhaaf. Daarna versprei die gebruik en funksie van sulke skrywers na Suid-Frankryk en so, deur Frankryk, na die Noord-Westelike deel van die Heilige Romeinse Ryk. By hierdie uitbreiding het die Romeinse en kanonieke reg 'n aansienlike rol gespeel. Die notaris maak dus op hierdie manier sy verskyning in die Nederlande. In die bisdom Luik word notaris aangesel en hoofsaaklik geskied dit deur die keiser (die opvolger van die hertog van Brabant), maar ook die pous. Deur sodanige aanstelling kom die *notarius publicus* te Maastricht tot stand. Dit notaris neem in aantal toe en

daar kom reëlins betreffende hulle opleiding, benoeming en toelating. Meestal het hulle ook ander funksies uitgeoefen en deur die bank was hulle geestelikes. Die skrywer gaan op die wetgewing in verband met die notarisamp in asook op die herkoms van die notaris. Daarbenewens word uitvoerig op die vorm en inhoud van die middeleeuse aktes ingegaan. Uit die aard van die saak kom daar egter veranderinge in die vorm en in die inhoud van hierdie aktes.

Soos reeds genoem, handel die belangrikste deel van die werk oor die notariaat te Maastricht in die sestiende tot die agtiende eeu. Die skrywer gaan op die wetgewing in, sowel as op die wetgewing van die Heilige Romeinse Ryk, die Nederlande as sodanig en die bisdom Luik. Ook word die literatuur uit hierdie tyd behandel. Van belang uit hierdie tyd is die bepalinge aangaande die protokol van die notaris en die bewaring daarvan. Oorspronklik berus die protokolle by die notaris self, maar geleidelik word voorsiening gemaak vir toesig en bewaring daarvan deur die owerhede. In besonder word die reëlins te Maastricht self behandel en deurgevoer tot in die moderne tyd (1955). Kenbronne, soos argiefstukke, word uitvoerig behandel. Dan word verskeie besonderhede aangaande die notaris en sy amp in hierdie periode ondersoek. Daar word gekyk na die notaris se benoeming, toelating, getalle, waar hulle vandaan kom en hulle kerklike verband, na die vorm en bewaring van protokolle, asook na die vorm, formaliteite en die praktiese waarde van die notariële aktes. Ook word op die toesig oor die notarisamp ingegaan en op ander funksies van notaris.

Daar word op die aard van die notariële aktes ingegaan en as gevolg daarvan kry 'n mens 'n interessante beeld van die sosiale omstandighede en van die reg in die praktyk van die betrokke tydperk. Die aktes handel oor 'n groot gebied van die reg: oor

die familiereg (en dit is opvallend hoe daar 'n groter frekwensie van aktes op 'n bepaalde gebied voorkom as op 'n ander), die erfreg, verbintenistregtelike, sakereg telike en ander aangeleenthede. Dit is van belang om die rol wat die reg in sosiale verhoudinge speel, op te merk. Dit blyk byvoorbeeld uit die testamente, verlowingsooreenkomste, huweliksvoorwaardekontrakte (dit is opvallend hoe wisselend die bedinge was wat notaris se in sodanige kontrakte ingevoeg het en wat die verskillende wense en belange van die partye was), aktes insake boedels, kontrakte aangaande koop en verkoop, huur en verhuur, skenking en ruil, aktes wat as skuldbewyse dien (obligasies), sessies, borgtogkontrakte, aktes van hipoteek, aanstelling van prokurasiehouers, ensovoorts. Daar word baie grondig op die aktes en hulle inhoud ingegaan en die analise daarvan is baie leersaam.

Hierdie opsomming verskaf geensins 'n volledige beeld van al die besonderhede wat in die boek behandel word nie. Die inligting wat gegee word dek 'n wye veld en die sistematiese wyse waarop dit weergegee word dui op 'n ware wetenskaplike werkwyse. Só kom daar 'n uitvoerige en duidelike beeld

van die notarisamp en sy ontwikkeling, nie net in Maastricht nie, maar in 'n baie wyer gebied, na vore. Die skrywer is 'n kenner van die vak en van die stof wat hy ondersoek het.

Die waarde van die werk word verhoog deur 'n lys van *archivalia* wat geraadpleeg is en 'n uitvoerige bibliografie. Daarbenewens is daar twintig bylaes met byvoorbeeld lyste van die notaris se en allerlei besonderhede omtrent hulle en hulle amp. Onnodig om te sê dat daar 'n onderwerpregister toegevoeg is wat die bruikbaarheid van die werk verhoog. Nog 'n noemenswaardigheid is die feit dat die boek nie slegs van een opsomming voorsien is nie, maar van twee: een in Frans en een in Duits. Dit is iets nuuts.

Die werk is 'n toonbeeld van hoe navorsing moet geskied en van wetenskaplike behandeling. Dit is duidelik dat die skrywer nie oppervlakkige werk gelewer het nie. Die versorging van die uitgawe is ook uitstekend. Dit is dus 'n belangrike en waardevolle publikasie wat nie verdien om slegs in sy gebied van herkoms geraadpleeg te word nie.

P VAN WARMELO
Universiteit van Suid-Afrika

REPERTORIUM BIBLIOGRAPHICUM INSTITUTORUM ET SODALITATUM IURIS HISTORIAE

deur R FEENSTRA

Tweede uitgawe; E.J. Brill, Leiden 1980; xxi en 248 bl; prys 84 gulden

Hierdie uitgawe van die *Repertorium* vervang die eerste bekende uitgawe van 1969, asook die 1975-supplement daartoe (beide waarvan in hierdie tydskrif geresenseer is deur P van Warmelo, nl respektiewelik in 1970 *THRHR* 114 en 1976 *THRHR* 204). Die opset van hierdie werk, waarin Frans as primêre medium gebruik

word, het basies dieselfde gebly, naamlik, ten eerste, om 'n uitputtende lys te probeer verskaf van groeperinge, verenigings, stigtings en navorsingsinstitute wat op die terrein van regshistoriese navorsing (wat bv insluit die gebiede van die Romeinse reg, ander antieke regstelsels, asook die geskiedenis van die Kanonieke

reg) werksaam is, en tweedens, om 'n publikasielys te verskaf van werke van regshistoriese belang.

Die voorrede (vii-xiii) waarin interessante gegewens oor die *Association Internationale d'histoire du droit et des institutions* – die vereniging wat as oorkoepelende orgaan van alle regshistoriese verenigings en instellings die dryfveer agter die uitgee van die *Repertorium* is – en die oogmerke met die publikasie van die werk voorkom, het fundamenteel onveranderd gebly. Daarbenewens verskyn ook nog, soos in die eerste uitgawe, 'n volledige weergawe van die statute van die reeds vermelde *Association* (xv-xvi), 'n lys van instansies wat volle (xviii-xix) en geassosieerde lede (xxi-xxiii) van die *Association* is, asook 'n lys van bestuurslede (xxiv) met hulle pos-adresse (onder laasgenoemde merk ons veral dat proff J Gaudemet van Parys en Robert Feenstra van Leiden nog steeds – sedert 1965 – die ampte van onderskeidelik president en algemene sekretaris beklee). Hierdie inleidende gedeelte van die werk word afgesluit met 'n bondige uiteensetting (xviii-xxviii) van die ontstaan, geskiedenis en oogmerke van die *Comité International des Sciences Historiques* (CISH), 'n groepering waartoe die *Association* geaffilieer is. Die statute van die CISH (xxix-xxxi) en 'n lys van sy ampsdraers (xxxii) word volledigheidshalwe geplaas. Vir die regshistoriesgeoriënteerde Suid-Afrikaanse juris wat nie die voordeel van persoonlike kontak met veral Vastelandse kollegas het nie, bied hierdie inleidende aanloop waardevolle inligting.

Wat betref die eerste afdeling van die *Repertorium* (1-78) kan volstaan word met die opmerking dat dit besonder nuttig is om 'n volledige lys te hê van groeperinge wat hul met regshistoriese navorsing bemoei – 'n lys waarin gegewens insake die adres, doelstellings, aard, agtergrond en publikasies van elke betrokke instansie voorkom. Die samesteller het die breë onderskeid tussen instellings

van internasionale (4-9) en dié van nasionale of regionale aard (13-78) behou. Binne hierdie groeperinge is alles streng alfabeties gerangskik: onder die internasionale afdeling volgens die naam van die betrokke vereniging; onder dié van nasionale of regionale aard, eerstens, ooreenkomstig die land en daaronder, volgens die stad van herkoms (met Frans as uitgangspunt verskyn Suid-Afrika – Afrique du Sud – heel eerste) en dááronder dan volgens die aanvangsletter van die afsonderlike verenigings. 'n Vergelyking met die eerste uitgawe (1969) bring onder andere aan die lig dat daar nou ook regshistoriese instellings in Kanada (34), Indië (52) en Meksiko (63) bygekom het, terwyl daar in Finland 'n merkbare agteruitgang was: die twee verenigings vermeld in die 1969-uitgawe het opgehou om te bestaan, word ons meegedeel (41).

Betreffende die tweede afdeling (79-218), bly die sub-groeperinge basies ook soos dit was: eerstens is daar 'n alfabetiese lys van monografieë wat afsonderlik of reeksgebonde verskyn het (79-202). Anders as in die eerste uitgawe vervel die ietwat arbitrêre beperking dat geen melding gemaak word van publikasiereekse waarvan geen nommers na 1945 verskyn het nie. As riglyne vir opname dien origins dat 'n serie uitsluitlik regshistories van aard moet wees en dat dit uit die titel moet blyk.

Die tweede sub-groepering onder publikasie bevat 'n verbysterend volledige lys van regshistoriese tydskrifte, met volledige besonderhede betreffende die eerste jaar van publikasie, die hoeveelheid bande wat reeds verskyn het, die redaksionele adres, die uitgewer, asook die hoeveelheid uitgawes wat per jaar verskyn en 'n weergawe van die gemiddelde hoeveelheid bladsye van elke publikasie. Addisionele inligting word soms onder die opskrif "note" verskaf. Die feit dat hierdie tydskrifte nie noodwendig verbonde is aan een van die instellings

vermeld in die eerste afdeling van die *Repertorium* nie, het die samesteller met die onbenydenswaardige taak gelaat om, in die ware sin van die woord, wêreldwyd snuffel- en speurwerk te gaan doen na die bestaan van publikasies van regshistoriese aard. Wat Suid-Afrika betref, sou 'n tydskrif soos *Acta Juridica* of *De Jure* – was dit nie vir die kwalifikasie dat die regshistoriese aard van 'n publikasie uit die titel daarvan moet blyk nie – net sowel opgeneem kon gewees het, indien 'n mens in gedagte hou dat die inslag van ons eie *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* wat wel vermeld word (215), nie meer so histories is as wat aanvanklik beoog is nie (sien 1937 *THRHR* 1: “. . . 'n tydskrif wat volle aandag skenk sowel aan die elemente waaruit die regstelsel van Suid-Afrika gegroei het . . .”).

Soos in vorige uitgawes verskyn daar ook 'n register van outeurs (219–240) vermeld in die tweede

afdeling. Ek kon slegs een vermelding van 'n Suid-Afrikaanse outeur vind te wete dié van P van Warmelo: 'n mens hoop nie dat dit 'n aanduiding is van die stand van suiwer regshistoriese navorsing in ons land nie!

Anders as die 1969-uitgawe bevat die huidige ook nog 'n verkorte alfabetiese lys (241–248) van die versamelings monografieë en bronne-uitgawes in die eerste sub-groepering van die tweede afdeling – iets wat nie noodsaaklik is nie, dog sal bydra tot die sneller opsporing van stof.

Hierdie werk bevat 'n skatkis van gegewens vir die regshistorikus. Dit sal iemand wat hom met 'n studie van die in- sowel as uitwendige regsgeeskiedenis besig hou, beslis die moeite en onkoste loon om dié puik saamgestelde en afgewerkte bronnelys byderhand te hou.

JOHAN SCOTT
Universiteit van Pretoria

Beheerde Aandeleblokskemas v Deeltitelskemas



DATUM

CG van der Merwe

PRETORIA

BA (Hons) BCL LLB

Professor in die Privaatreg aan die Universiteit van Stellenbosch

DW Butler

B Comm LLB

Senior Lektor in die Handelsreg aan die Universiteit van Stellenbosch

SUMMARY

The primary aim of the Share Blocks Control Act is to control the operation of share block schemes to prevent certain malpractices. As a result, the law applicable to a share block company now differs materially from that applicable to an ordinary company incorporated under the Companies Act. In the first part of the article, these differences are critically examined. In the second part, the relative advantages and disadvantages of the improved share block scheme with a sectional title scheme are discussed.

The first part commences with a brief analysis of the typical share block scheme. Thereafter, the provisions of the act which differ from the ordinary rules of company law are discussed in detail to examine the adequacy of the protection of the blockshareholder and with a view to identifying possible loopholes. The capacity of a share block company is much more restricted than that of an ordinary company. Furthermore, an act by the company in excess of its capacity is void, as a result of the reintroduction of the *ultra vires* doctrine of the common law. The rights and obligations of blockshareholders differ in a number of important respects from those of an ordinary shareholder. For example, the articles may provide for compulsory loans by members to the company. Although each share in a share block company must convey the same vote as every other share, the developer can still retain control by intelligent structuring of the share blocks. An offer of share blocks for sale to the public does not require a prospectus or statement in terms of section 141 of the Companies Act; instead all the relevant information must be disclosed in the prescribed deed of sale. The minority shareholders acquire the right to elect a certain number of directors and their interests are further protected by the limitation of the powers of the board of directors. As a result of these provisions, the Act in our opinion succeeds on the whole in its object of providing better protection for the blockshareholder.

In the second part of the article the various differences between controlled share block schemes and sectional title schemes are reviewed. Depending on the type of development envisaged by the developer, a share block scheme may in certain circumstances be preferable, whereas in other circumstances the developer is compelled to use a share block scheme because of certain restrictions in the Sectional Titles Act. As regards differences in the financing of the two schemes, a share block development is usually financed by a blanket mortgage over the land and building, resulting in the unavoidable financial interdependence of the blockshareholders. Under a sectional title scheme each owner can arrange sectional mortgage over his unit, thus effectively eliminating the hazard of financial interdependence. The risks of financial interdependence are

well-illustrated by the collapse of "stock co-operatives" in the United States during the great depression. Ways of minimising these risks are suggested. The procedures for the establishment of a share block scheme and a sectional title scheme are compared and the legal status of a sectional owner is contrasted with that of a blockshareholder. The sectional owner is, in principle, the owner of his section of the building. The blockshareholder, on the other hand, merely acquires a personal right to the occupation of a particular portion of the building against the share block company which conveys no protection against the bondholder and no preference on the liquidation of the company. The consequences of this fundamental difference in legal status are discussed. The alienation of a unit under a sectional title scheme in the normal course of events is compared with the disposal of a share block. The share block company can resort to more drastic measures to enforce the rules of the scheme than the measures which are possible under a sectional title development. The management and organisation of the two schemes are compared in the light of the Share Blocks Control Act and differences in the legal rules concerning the maintenance of and improvements to the buildings under the respective schemes are discussed. There are also important differences regarding the termination of the two schemes.

1 INLEIDING

Die hoofdoel van die Wet op die Beheer van Aandeleblokke¹ is om die bedryf van aandeleblokskemas op 'n gesonde grondslag te plaas.² Daarom bevat dié wet verskeie beheermaatreëls wat daarop gemik is om bepaalde tekortkominge van 'n aandeleblokskema uit te skakel ten einde dié instelling 'n lewensvatbare alternatief tot 'n deeleiendomskema ingevolge die Wet op Deeltitels te maak. In die Wet op die Beheer van Aandeleblokke word uitdruklik bepaal³ dat die Maatskappywet 61 van 1973 van toepassing is op 'n aandeleblokmaatskappy vir sover daardie bepalings nie strydig met die bepalings van die eersgenoemde wet is nie. Die doel van hierdie bespreking is om aan te toon in hoeverre die Wet op die Beheer van Aandeleblokke afwyk van die Maatskappywet en te besin of hierdie afwykings 'n aandeleblokskema 'n meer aantreklike alternatiewe vorm van deeleiendom maak. Daarna sal die verbeterde aandeleblokskema met deeleiendom ingevolge die Wet op Deeltitels vergelyk word ten einde te bepaal watter vorm van deeleiendom die mees gepaste vorm in bepaalde omstandighede is.

2 DIE WERKING VAN 'N AANDELEBLOKSKEMA IN HOOFTREKKE

Alvorens die verskille uit 'n regsoospunt tussen 'n aandeleblokmaatskappy en 'n gewone maatskappy ondersoek word, is dit wenslik om eers die werking van 'n aandeleblokskema kortliks te verduidelik.⁴ Hoewel

¹ 59 van 1980. Die datum van inwerkingtreding van hierdie wet is 1 Januarie 1981. Sien Prok R130 van Staatskoerant 7172 van 8 Augustus 1980 saamgelees met a 24 van die wet.

² Sien lang titel van die wet.

³ a 3(2).

⁴ Vir verdere besonderhede hieroor kan die artikels deur Katz "Sectional Title versus Share Block Schemes — A Means of Securing Tenure to Portions of Buildings" 1980 *Modern Business Law* 138 139-140; Cowen "Blockshareholding or Sectional Title?" 1975 *THRHR* 93 94-98 en Arthur "'Shareblock' Schemes — A Summary" 1978 *SACLF* C5 geraadpleeg word.

verskeie variasies moontlik is, sal die skema basies soos volg deurgevoer word:

1 Die grond en gebou wat deur middel van 'n aandeelblokskema bemark gaan word, word op naam van die aandeelblokmaatskappy oorgedra.⁵

2 Die aandeelblokontwikkelaar wat die skema vir eie rekening gaan bemark, verkry al die uitgereikte aandele van die aandeelblokmaatskappy.

3 Die uitgereikte aandeelkapitaal van die aandeelblokmaatskappy word in aandeelblokke onderverdeel. Gekoppel aan elke aandeelblok is die alleenreg om 'n bepaalde gedeelte van die gebou te gebruik. Hierdie gebruiksreg moet in die statute van die aandeelblokmaatskappy opgeneem word.⁶ Die grootte van die aandeelblok sal normaalweg bepaal word deur die verhouding van die grootte en waarde van die gedeelte van die gebou wat daaraan verbind is, tot die totale grootte en waarde van die ander gedeeltes.

4 Die ontwikkelaar sluit 'n gebruiksooreenkoms met die aandeelblokmaatskappy ten opsigte van elke gedeelte (bemarkbare eenheid) van die gebou, wat sy regte en verpligtinge met betrekking tot sy gebruik daarvan in besonderhede reël.⁷

5 Die "leningsverpligting" van die aandeelblokmaatskappy word gewoonlik in verhouding tot die grootte van elke aandeelblok aan die onderskeie houers daarvan toegedeel.⁸ Vervolgens onderneem die houer van elke aandeelblok (in hierdie beginstadium die ontwikkelaar) teenoor die aandeelblokmaatskappy om bepaalde bydraes te maak aan die aandeelblokmaatskappy om hom in staat te stel om sy "leningsverpligting" aan sy eie skuldeisers te vereffen. Die begrip "leningsverpligting" word besonder wyd omskryf,⁹ maar sluit meestal verbandlenings van 'n onafhanklike finansiële instelling ter finansiering van die skema in.

6 Die ontwikkelaar is nou gereed om die skema te bemark. Hy sal elke aandeelblok aan 'n koper verkoop, tesame met 'n pro rata gedeelte van sy leningsrekening, indien hy self reeds leningsfondse aan die aandeelblokmaatskappy voorgeskiet het. Sy wins word gemaak deur die aandele te verkoop teen meer as die bedrag waarvoor hy die aandele bekom het. Die aandeelblok word aan die koper oorgedra. Terselfdertyd word die ontwikkelaar se regte en verpligtinge ingevolge die gebruiksooreenkoms,

⁵ Die maatskappy hoef nie noodwendig die eenaar van die grond te wees nie, maar kan dit slegs huur. (Vgl a 7(1) van Wet 59 van 1980.)

⁶ A 7(2) van Wet 59 van 1980 vereis dat die gebruiksreg in die aandeelblokmaatskappy se statute opgeneem word. As gevolg van besware wat vroër deur die registrateur van maatskappye geopper is (sien *Rosslare (Pty) Ltd v Registrar of Companies* 1972 2 SA 524 (N) 527), het die gebruik ontstaan om die gebruiksreg uitsluitlik in die gebruiksooreenkoms te reël. (Sien vn 81 *infra* hieroor.)

⁷ 'n Gestandaardiseerde kontrak sal t o v elke gedeelte gebruik word, a g v die bepalings van a 7(5) van Wet 59 van 1980 wat die aandeelblokmaatskappy verplig om 'n afskrif daarvan by die registrateur van maatskappye in te dien. (Vgl ook reg 54 van die regulasies wat in Goewermentskenningsgewing R1608 van 8 Augustus 1980 gepubliseer is.)

⁸ a 14(2) van Wet 59 van 1980.

⁹ a 1(xvi) van Wet 59 van 1980.

asook sy verpligtinge met betrekking tot verdere bydraes aan die leningsverpligting, aan die koper oorgedra.

7 Dit kan gebeur dat die koper nie in staat is om kontant aan die ontwikkelaar te betaal of om finansiering van 'n ander bron te verkry nie en die bedrag deur middel van paaiemente moet vereffen. In sodanige omstandighede sal die aandeelblok gewoonlik aan die ontwikkelaar "verpand" word en die leningsrekening verbonde aan daardie aandeelblok aan die ontwikkelaar gesedeer word, totdat die bedrag ten volle vereffen is.

8 Daarna, tydens die duur van die skema, namate die skuld van die aandeelblokmaatskappy aan buitestaanders (byvoorbeeld 'n verbandhouer) deur middel van bydraes van die lede afbetaal word,¹⁰ sal die lede self 'n kredietleningsrekening in die boeke van die aandeelblokmaatskappy opbou. Hierdie leningsrekening sal normaalweg slegs by likwidasië van die maatskappy terugbetaal word.

3 VERSKILLE TUSSEN 'N AANDELEBLOKMAATSKAPPY EN 'N GEWONE MAATSKAPPY INGEVOLGE DIE MAATSKAPPYWET

Die Wet op die Beheer van Aandeelblokke bevat 'n aantal bepalings wat van die gewone reëls van die maatskappyereg, soos in die Maatskappywet beliggaam, afwyk. Hierdie besondere bepalings is ingevoer om groter beskerming aan die aandeelblokhouer te verskaf. 'n Aantal tekortkominge by aandeelblokskemas wat tot misbruike gelei het, is daardeur verwyder.

Daar is egter een inherente gebrek verbonde aan aandeelblokke in vergelyking met deeltitels wat nie deur wetgewing opgelos kan word nie.¹¹ Omdat die aandeelblokhouer slegs 'n persoonlike reg op die gebruik van sy eenheid het, is hy in 'n swak posisie teenoor 'n verbandhouer. Sy posisie is besonder kwesbaar omdat hy van sy mede-aandeelhouders afhanklik is om hulle bydraes ten opsigte van die verbandpaaiemente stiptelik te betaal.¹² Hierdie aangeleentheid word in besonderhede in die volgende gedeelte van hierdie artikel bespreek.¹³

Die hoofverskille tussen 'n aandeelblokmaatskappy en 'n gewone maatskappy voortvloeiend uit die Wet op die Beheer van Aandeelblokke word nou bespreek. Terselfdertyd word die praktiese toepassing van die wet en 'n aantal uitlegprobleme oorweeg. Die doel hiervan is tweeledig: Eerstens wil ons probeer vasstel in welke mate die wetgewer geslaag het om die gebreke verbonde aan aandeelblokmaatskappye te verwyder.

¹⁰ via die trustrekening ingevolge a 15 van Wet 59 van 1980.

¹¹ tensy die wetgewer sou besluit om die bedryf van 'n aandeelblokskema te verbied indien die eiendom met verband beswaar is (sien Katz a w 140).

¹² Par 6 van die 2e tussentydse verslag van die kommissie van ondersoek na die Wetsontwerp op Ontwikkelingskemas (RP 118/1978).

¹³ Sien afd 4 (sien Augustus 1982 *THRHR*).

Tweedens bestaan die gevaar dat indien die wetsbepalings omseil kan word, die “kopers” van eenhede ingevolge ’n vermoemde of aangepaste aandeelblokskema die beoogde beskerming van die wet kan verloor.

Die bespreking word gerieflikheidshalwe in vier afdelings verdeel. Eerstens word bepaalde woordomskrywings bespreek. Daarna word die vermoënsfeer van ’n aandeelblokmaatskappy in vergelyking met dié van ’n gewone maatskappy en die uitwerking daarvan op ’n *ultra vires*-handeling ondersoek. Derdens word aandag geskenk aan die posisie van die lede van aandeelblokmaatskappye en gewone maatskappye en die verkoop van aandele. Ten slotte word die posisie van direkteure in die soeklig geplaas.

3 1 Woordomskrywings

“Aandeel” word besonder wyd omskryf. ’n Aandeel is naamlik “’n aandeel soos in artikel 1(1) van die Maatskappywet met betrekking tot ’n maatskappy omskryf, en ook ’n skuldbrief . . . en ’n reg op of belang in so ’n aandeel of skuldbrief” asook ’n ander belang in ’n maatskappy met uitsluiting van ’n reg of belang in die bates van die maatskappy wat aan ’n huurkontrak ontleen is.¹⁴ Artikel 1(1) van die Maatskappywet bevat twee omskrywings van ’n aandeel, een met betrekking tot ’n maatskappy en die ander met betrekking tot ’n aanbod van aandele vir inskrywing of verkoop. Ingevolge die eerste omskrywing beteken aandeel “ ’n aandeel in die aandeelkapitaal van daardie maatskappy, en ook effekte.” Ingevolge die tweede omskrywing sluit ’n aandeel ook ’n skuldbrief in, met die gevolg dat ’n aanbod van skuldbriewe aan die publiek ook van ’n prospektus vergesel moet word. Die bewoording van die huidige omskrywing van aandeel in die Wet op die Beheer van Aandeelblokke verskil in belangrike opsigte van die omskrywings in die onderskeie wetsontwerpe wat die tweede en vierde tussentydse verslae van die kommissie van ondersoek daaroor vergesel het. Dit is dus nodig om kortliks na die verslae van die kommissie te verwys.

In die tweede verslag is aanbeveel dat ’n aandeel

“should mean a share as defined in the Companies Act, 1973 in relation to a company and in relation to any offer of shares for subscription or sale, and should include any right to or interest in the assets of a share block company but exclude any right or interest derived from a lease.”

Hierdie stelling is dubbelsinnig en beteken òf waarskynlik dat ’n aandeel in die Wet op Aandeelblokke konsekwent ’n uitgebreide betekenis dra, òf moontlik dat die uitgebreide betekenis slegs ten opsigte van ’n aanbod vir inskrywing of verkoop geld. Dit blyk egter duidelik uit die omskrywing in die gepaardgaande wetsontwerp dat ’n aandeel konsekwent die uitgebreide betekenis moet dra.¹⁵ In die vierde tussentydse verslag word opgemerk dat ’n aandeelblokmaatskappy nie noodwendig ’n aandeelkapitaal hoef te hê nie.¹⁶ Die kommissie het dus aanbeveel dat die voorgestelde omskrywing van aandeel aangepas moet word om sodanige

¹⁴ a 1(i) van Wet 59 van 1980.

¹⁵ klousule 1(viii).

¹⁶ par 9.

moontlikheid te dek. Die omskrywing is gevolglik uitgebrei om “ook die lidmaatskap van ’n maatskappy” in te sluit. Hierdie sinsnede is egter nie in die wet self opgeneem nie. Ten spyte hiervan blyk dit uit ander dele van die Wet op Aandeleblokke dat die wet ook vir ’n maatskappy beperk deur garansie (met ander woorde ’n maatskappy sonder ’n aandelekapitaal) geld.¹⁷ Die wetgewer se bedoeling is dus blykbaar dat die bepalings van die Wet op Aandeleblokke met betrekking tot aandele ook op skuldbriewe van ’n aandeleblokmaatskappy van toepassing is en dat die wet ook ten opsigte van ’n maatskappy beperk deur garansie geld. Hierdie bedoeling lei tot aansienlike probleme, veral in die lig van die bepalings van artikel 10 van die Wet op Aandeleblokke. Hiervolgens moet elke aandeel van ’n aandeleblokmaatskappy ’n reg op of ’n belang in die gebruik van die maatskappy se onroerende goed verleen en elke aandeel moet dieselfde stemreg as enige ander aandeel daarvan verleen.¹⁸ Hierdie probleme word nou ondersoek.

Die gebruik van ’n maatskappy beperk deur garansie vir die bedryf van ’n aandeleblokskema is moeilik versoenbaar met die bepalings van artikel 40(2) van die Maatskappywet. Hiervolgens is ’n bepaling in die akte of statute van ’n maatskappy beperk deur garansie “wat die onderneming van die maatskappy in aandele of belange heet te verdeel,” nietig. In die geval van ’n aandeleblokmaatskappy is dit juis die lid se belang in die maatskappy wat ingevolge artikel 10 sy gebruiksreg op die maatskappy se onroerende goed aan hom laat toekom. ’n Maatskappy beperk deur garansie wat heet om ’n aandeleblokskema te bedryf, verdeel dus wesenlik sy onderneming in belange onder sy lede, welke optrede deur die Maatskappywet verbied word. Daar word ter oorweging gegee dat die Wet op Aandeleblokke gewysig behoort te word ten einde hierdie probleem uit te skakel.¹⁹

Die uitgebreide omskrywing van aandeel om ’n skuldbrief in te sluit, veroorsaak ook probleme in die geval van ’n aandeleblokmaatskappy met ’n aandelekapitaal. Uit ’n regsogpunt is daar wesenlike verskille tussen aandele en skuldbriewe. ’n Aandelehouer, na inskrywing van sy naam in die lederegister, word ’n lid van die maatskappy en is geregtig om ledevergaderings by te woon en daarop te stem. Volgens gewone beginsels is ’n skuldbriefhouer bloot ’n besondere soort skuldeiser. Hy is dus *qua* skuldbriefhouer nie ’n lid van die maatskappy nie en het geen reg om ledevergaderings by te woon nie.²⁰ Was dit werklik die bedoeling van die wetgewer dat ’n skuldbriefhouer vir doeleindes van die Wet op Beheer van Aandeleblokke dieselfde posisie as ’n aandeelhouer en lid moet beklee?

¹⁷ Sien die verwysings na ’n maatskappy wat nie ’n aandelekapitaal het nie, in a 13(2) en a 14(2). Hierdie verwysings het nie in die wetsontwerp wat die 2e verslag van die kommissie vergesel het, verskyn nie.

¹⁸ Die bepaling m b t stemreg geld slegs t o v ’n aandeleblokskema waarmee na die inwerkingtreding van die wet begin is.

¹⁹ Dit kan gedoen word deur in a 3 van Wet 59 van 1980 te bepaal dat a 40(2) van die Maatskappywet nie op ’n aandeleblokmaatskappy van toepassing is nie.

²⁰ Cilliers, Benade en De Villiers *Maatskappyreg* 3e uitg 110; *Gower's Principles of Modern Company Law* 4e uitg 397-402.

“Lid” word nie in die wet omskryf nie. Ingevolge artikel 10 moet elke aandeel egter dieselfde stemreg as elke ander aandeel verleen en ingevolge die woordomskrywingsartikel beteken aandeel ook ’n skuldbrief. Daar kan geredeneer word dat volgens die bewoording van artikel 10, saamgelees met die omskrywing van aandeel, ’n skuldbriefhouer geregtig is om op ledevergaderings te stem asof hy ’n lid van die maatskappy is.²¹ Aan die ander kant kan daar geredeneer word dat weens die radikale wysiging van die gemenereg wat sodanige uitleg sou meebring, ’n aandeel, ten minste wat stemreg betref, in die samehang van artikel 10 nie ’n skuldbrief behoort in te sluit nie.²² Hierdie uitleg sal egter praktiese probleme by die toepassing van die Wet op Aandeleblokke veroorsaak soos deur middel van die volgende voorbeeld geïllustreer word: Gestel die aandeleblok-ontwikkelaar hou al die uitgereikte aandele van die aandeleblokmaatskappy, welke aandele slegs die gebruiksreg op een woonstel in ’n groot woonstelblok verleen. Ten aansien van die res van die gebou reik die maatskappy nou blokke van skuldbriewe aan die ontwikkelaar uit en elke blok van skuldbriewe verleen ’n gebruiksreg aan die houer op een van die woonstelle in die gebou. Die ontwikkelaar verkoop elke blok van skuldbriewe tesame met die gebruiksreg wat dit verleen teen ’n wins.²³ Indien ’n skuldbrief nie dieselfde stemreg as ’n gewone aandeel verleen nie, sal die ontwikkelaar (of die persoon aan wie hy die enigste aandeleblok verkoop) altyd beheer oor die maatskappy behou. Indien sodanige skuldbriefhouders nie as lede van die aandeleblokmaatskappy beskou gaan word nie, verbeur hulle ook die statutêre reg wat aan lede van die maatskappy, uitgesonderd die ontwikkelaar, verleen word om ’n bepaalde aantal direkteure aan te stel.²⁴ Aan die ander kant sal die ontwikkelaar blykbaar nooit die leningsverpligting van die aandeleblokmaatskappy kan verhoog nie, aangesien ’n verhoging die goedkeuring van 75% van die lede, uitgesonderd die ontwikkelaar, vereis.²⁵ Indien die wetgewer ’n skuldbriefhouer van ’n aandeleblokmaatskappy met ’n aandelekapitaal soos ’n lid wou handel, moes hy ook ’n omskrywing van lid vir doeleindes van die wet ingesluit het. Die werksyde van die wetgewer is vatbaar vir kritiek omdat dit uit die aard van die saak onwenslik is dat ’n vertolking van die begrip “lid,” wat drasties van die gewone beginsels van die maatskappyereg afwyk, van die woordomskrywing van “aandeel” en ’n artikel wat oor stemreg van aandeelhouders handel, afgelei word.

²¹ Dit het ook die gevolg dat ’n skuldbriefhouer op kennisgewing van ledevergaderings geregtig is.

²² Ingevolge a 10 moet ’n aandeel ook ’n gebruiksreg op die onroerende goed van die maatskappy verleen. Die verlening van hierdie gebruiksreg aan skuldbriefhouders wat nie aandeelhouders is nie kan ook probleme, wat *infra* bespreek word, veroorsaak.

²³ Die waarde van die gebruiksreg sal hom in staat stel om die skuldbriewe en gebruiksreg teen aansienlik meer as die nominale waarde van die skuldbriewe te verkoop.

²⁴ a 12(1) van Wet 59 van 1980 wat *infra* bespreek word. Verder, ingevolge a 22 is afstanddoening deur ’n lid van ’n aandeleblokmaatskappy van ’n reg deur die wet aan hom verleen, kragteloos. Die artikel verwys nie uitdruklik na die posisie van skuldbriefhouders of kopers van aandele (toekomstige lede) voordat die name van lg in die lederegister ingeskryf word nie.

²⁵ a 14(1) van Wet 59 van 1980 wat *infra* bespreek word.

Daar word ter oorweging gegee dat die wetgewer dieselfde resultaat met betrekking tot skuldbriewe kon bereik het, sonder om die beginselverskille tussen aandele en skuldbriewe en die regte van die onderskeie houers daarvan oorboord te gooi. Die Wet op Aandeleblokke kan naamlik soos volg bepaal: wat 'n aandeleblokmaatskappy met 'n aandelekapitaal betref, dat skuldbriewe slegs aan lede van die maatskappy in verhouding tot die aandele wat elke lid hou, uitgereik of oorgedra kan word en wat 'n maatskappy beperk deur garansie betref, dat skuldbriewe slegs aan lede uitgereik kan word en dat elke lid *qua* lid 'n reg op die gebruik van die maatskappy se onroerende goed het.

“Aandeleblokmaatskappy” word omskryf as “'n maatskappy waarvan die werksaamhede die bedryf van 'n aandeleblokskema behels of insluit.”²⁶ Dit is duidelik uit die slotgedeelte van die omskrywing dat hierdie bepaling ook vir maatskappye geld wat voor die inwerkingtreding van die wet 'n aandeleblokskema bedryf het, aangesien 'n aandeleblokmaatskappy sedertdien tot die bedryf van 'n aandeleblokskema beperk is en nie ander bedrywe daarmee mag kombineer nie.²⁷ “Maatskappy” vir doeleindes van die bogenoemde woordskrywing beteken 'n maatskappy soos in die Maatskappywet omskryf.²⁸ Dit beteken dus 'n maatskappy wat ingevolge die bepalings van daardie wet of sy voorganger ingelyf is.²⁹ Die bepalings van artikel 31 van die Maatskappywet is nog steeds van toepassing op 'n aandeleblokmaatskappy.³⁰ Volgens hierdie artikel moet 'n vereniging ingevolge die Maatskappywet geregistreer word om regs-persoonlikheid te verkry, indien die vereniging as sodanig of selfs sy individuele lede daardeur gewin beoog.³¹ As gevolg van artikel 31 sal die Wet op Aandeleblokke slegs onder hoogs uitsonderlike omstandighede omseil kan word deur 'n regspersoon ingevolge die gemenerereg, in plaas van 'n aandeleblokmaatskappy te gebruik. Die ontwikkelaar beoog ongetwyfeld gewin. Selfs al sou 'n groep persone 'n skema saam ontwikkel met die oogmerk om huisvesting vir die dag van hulle aftrede te voorsien, sou daar tog probleme wees as een van hulle sy belang wou verkoop en die geldwaarde of veral die intrinsieke waarde van sy aandele intussen gestyg het. Die moontlikheid bestaan egter dat die ontwikkelaar al die aandeleblokke aan 'n vereniging (“club”) kan verkoop, wat sy gebruiksreg ten opsigte van die eenhede ingevolge die reëls van die vereniging aan die lede daarvan

²⁶ a 1(ii) van Wet 59 van 1980. Om moontlike omseiling aan bande te lê, bepaal a 4 dat 'n maatskappy vermoed word om 'n aandeleblokskema te bedryf “indien 'n aandeel van die maatskappy 'n reg op of belang in die gebruik van vaste eiendom of 'n gedeelte van vaste eiendom verleen.” (Sien ook par 21 van die 2e tussentydse verslag van die kommissie van ondersoek.)

²⁷ a 7(1) saamgelees met a 8(1) (a) van Wet 59 van 1980 wat *infra* bespreek word.

²⁸ Sien die slotgedeelte van a 1 van Wet 59 van 1980.

²⁹ a 1(1) van Wet 61 van 1973.

³⁰ a 3(2) van Wet 59 van 1980.

³¹ a 31 handel oor “wins deur die vereniging of deur die individuele lede daarvan.” Alhoewel die ontwikkelaar beslis wins beoog, beoog die ander lede dit dikwels nie, tensy hulle met die aandeleblokke spekulêr. Die insluiting van die woord “individueel” is teen 'n beperkende uitleg van die artikel, nl dat slegs wins vir onderlinge verdeling daardeur gedek word.

besikbaar stel.³² Aangesien die vereniging nie 'n aandeelblokmaatskappy is nie, kan die bepalings van die wet met betrekking tot beheer en stemreg in soverre omseil word, dat die ontwikkelaar nog steeds die vereniging beheer.³³ Uit die woordomskrywing van 'n aandeelblokmaatskappy kan die afleiding gemaak word dat hy òf 'n publieke òf 'n private maatskappy kan wees, afhange van die maksimum ledetal wat beoog word. Indien die aandeelblokmaatskappy 'n publieke maatskappy is, sou die lede egter nie persoonlik aanspreeklik vir die maatskappy se skulde ingevolge artikel 66 van die Maatskappywet wees indien die ledetal benede die voorgeskrewe minimum van sewe daal nie.³⁴

Die omskrywing van "aandeelblokontwikkelaar" kom ter sprake by die beheer van 'n aandeelblokskema en 'n verhoging van die leningsverpligting van die aandeelblokmaatskappy. Die kommissie van ondersoek wou die omstandighede beperk waarin die ontwikkelaar van 'n aandeelblokskema onbepaald in feitlike beheer van 'n aandeelblokmaatskappy sou bly, omdat hy die meerderheid van die direksie kon aanstel.³⁵ Die wet bevat derhalwe besondere reëlings aangaande die aanstelling en afdikking van direkteure en die seggenskap van die ontwikkelaar daaroor.³⁶ Die omskrywing verwys nie uitdruklik na die persoon wat die skema daadwerklik ontwikkel en bemark het nie, maar omvat enige persoon of persone òf namens wie òf vir wie se voordeel meer as 50% van die aandele van die aandeelblokmaatskappy gehou word.³⁷ 'n Koper wat meer as 50% van die aandele bekom, soos 'n groot maatskappy of staatskorporasie wat woonstelle vir sy werknemers wil bekom, of 'n vereniging wat die aandele hou en die gebruik van die gebou deur sy lede toelaat, sou dus ook vir doeleindes van die wet as aandeelblokontwikkelaars beskou word. Die begrip "aandeelblokontwikkelaar" is volgens die omskrywing gebaseer op aandeelhouing. Feitlike beheer oor 'n maatskappy kan natuurlik op ander wyses bekom word.³⁸ Dit is waarskynlik om dié rede dat artikel 12(3)

³² Die aandeelblokmaatskappy word dan deur die vereniging beheer. Hierdie metode sou veral van nut wees as die ontwikkelaar beoog dat die gebou vir vakansiewoonstelle ingevolge 'n skema waarvolgens elke lid van die vereniging die reg verkry om 'n woonstel vir by twee weke in die jaar te bewoon, benut sal word. In die geval van 'n gebou met 75 woonstelle is daar potensieel 1950 klublede, wat 'n geweldige administratiewe probleem sou skep as elkeen 'n lid van die maatskappy, met o.a. 'n eie leningsrekening, is.

³³ Dit staan 'n vrywillige vereniging vry om stemreg op ledevergaderings en die bestuur van die vereniging d.m.v. 'n komitee na goeë dunde in sy konstitusie te reël (Bamford *The Law of Partnerships and Voluntary Associations in South Africa* 110). Die konstitusie kan bepaal dat die ontwikkelaar die meerderheid van die komitee mag aanstel, solank hy 'n lid van die vereniging bly. Die ontwikkelaar kan sodanige bepaling uit 'n bemarkingsoogpunt probeer regverdig deur aan te voer dat dit bestendigheid van bestuur verseker, totdat die skema ten volle beset is.

³⁴ a 3(1) van Wet 59 van 1980 wat ook die bepalings van a 344(d) van die Maatskappywet, waarvolgens 'n daling van die ledetal benede sewe as grond vir likwidasië deur die hof kan dien, uitsluit.

³⁵ Sien par 46 en 47 van die 2e tussentydse verslag.

³⁶ a 12 van Wet 59 van 1980 wat *infra* bespreek word.

³⁷ a 1(iii).

³⁸ Vgl. bv. die omskrywings van "beherende maatskappy" en "filiaalmaatskappy" in a 1(1) en a 1(3) van die Maatskappywet, onderskeidelik.

van die Wet op Aandeleblokke, wat die aanstelling van die meerderheid van die direksie ingevolge 'n bevoegdheid verleen ingevolge die akte, statute of 'n kontrak beperk, in die algemeen na die houer van die bevoegdheid verwys bloot as "iemand" ("any person") en nie as die aandeelblokkontwikkelaar nie. Die behoefte aan 'n bepaling soos dié van artikel 12(3) ontstaan in elk geval juis sodra die ontwikkelaar die meerderheid van die aandele verkoop het. Die oogmerk daarvan is om 'n bepaling in die statute waarvolgens die ontwikkelaar die bevoegdheid het om die meerderheid van die direksie aan te stel, totdat hy die laaste aandeel verkoop het of totdat alle eise wat hy teen die aandeelblokmaatskappy het ten volle vereffen is, kragteloos te maak.

3 2 Die vermoënsfeer van 'n aandeelblokmaatskappy

Verreweg die belangrikste verskille tussen 'n aandeelblokmaatskappy en 'n gewone maatskappy, het betrekking op die wyse waarop die vermoënsfeer van eersgenoemde bepaal word, en die gevolge wat aan 'n oorskryding daarvan geheg word. Die kommissie van ondersoek was veral besorg daaroor dat die aandeelblokmaatskappy insolvent kan raak as gevolg van die feit dat die aandeelblokmaatskappy 'n ander bedryf benewens die aandeelblokkema bedryf. Indien dié nuwe-bedryf sou misluk, sou die aandeelhouers ook hul gebruiksregte ten opsigte van die eenhede in die gebou verloor. Daarom wou die kommissie die vermoë en bevoegdhede van 'n aandeelblokmaatskappy drasties beperk.³⁹ Gevolglik bepaal artikel 7(1) van die wet dat "die hoofdoelstelling en -besigheid van 'n aandeelblokmaatskappy moet wees om 'n aandeelblokkema te bedryf ten opsigte van vaste eiendom⁴⁰ wat deur hom besit of gehuur word." Verder bepaal artikel 8(1) dat ondanks andersluidende bepalings van 'n ander wet, die vermoë van 'n aandeelblokmaatskappy deur hierdie hoofdoelstelling bepaal word en dat daarby inbegrepe is "doelstellings wat daardie hoofdoelstelling aanvul." Die bewoording van artikel 8(1) is heelwat enger as die ooreenstemmende bepaling van die Maatskappywet⁴¹ waarvolgens "onbeperkte doelstellings aanvullend tot die gemelde hoofdoelstelling" ingelees word, behalwe vir sover bepaalde aanvullende doelstellings uitdruklik in die akte uitgesluit word.

Dit is dus duidelik dat artikel 8(1) van die Wet op Aandeleblokke die bepalings van artikel 33(2) van die Maatskappywet uitsluit. Volgens laasgenoemde artikel kan die vermoënsfeer van 'n maatskappy uitgebrei word sonder om die akte te wysig deurdat die werklike hoofbedryf van die maatskappy tot hoofdoelstelling verhef word, mits genoemde hoofbedryf nog steeds deur die aanvullende doelstellings, soos deur die akte bepaal, gedek word. Die moontlikheid van 'n verandering van die vermoënsfeer van 'n aandeelblokmaatskappy sonder om die akte te wysig soos by 'n

³⁹ Sien par 33 e v van die 2e tussentydse verslag asook par 18 van die 4e tussentydse verslag en vgl Katz a w 140.

⁴⁰ Soos in a 1(xxi) van Wet 59 van 1980 omskryf.

⁴¹ a 33(1) van Wet 61 van 1973.

gewone maatskappy is dus effektief uitgesluit. Ook wat bevoegdheids⁴² betref, word die aandeelbloksmaatskappy streng aan bande gelê. Hy het “slegs die bevoegdheids wat nodig is . . . om sy hoofdoelstelling en genoemde aanvullende doelstellings te verwesenlik.”⁴³ In teenstelling hiermee beskik die gewone maatskappy oor “onbeperkte bevoegdhede insluitende die gewone bevoegdheids uiteengesit in Bylae 2” van die Maatskappywet om sy doelstellings te bereik, met uitsluiting van bevoegdhede wat in sy akte uitdruklik uitgesluit of gekwalifiseer word.⁴⁴ ’n Aandeelbloksmaatskappy het egter nie net ’n relatief beperkte vermoënsfeer nie. Ook die gevolge van ’n oorskryding daarvan verskil drasties van die posisie by ’n gewone maatskappy ten einde groter beskerming aan die aandeelhouers te verleen. As ’n gewone maatskappy ingevolge die huidige Maatskappywet ’n handeling buite sy vermoënsfeer (*’n ultra vires-handeling*)⁴⁵ verrig, is daardie handeling, wat buitestaanders betref, in alle opsigte geldig. Die ander kontraksparty kan dus ’n *ultra vires*-kontrak afdwing. Tussen die maatskappy en sy lede en direkteure onderling geld die *ultra vires*-leerstuk steeds, met die gevolg dat die lede, voordat die gewraakte handeling verrig word, die direksie deur middel van ’n interdik kan verhoed om die handeling uit te voer. Nadat die handeling verrig is, kan die maatskappy enige skade wat hy as gevolg van die handeling gely het, van die direkteure wat die handeling gemagtig het, weens troubreuk verhaal.⁴⁶

In die geval van ’n aandeelbloksmaatskappy het die wetgewer die *ultra vires*-leerstuk van die gemenerereg weer laat herleef deur enige handeling van ’n aandeelbloksmaatskappy wat sy vermoë of bevoegdhede oorskry, nietig te verklaar.⁴⁷ Om buitestaanders te waarsku dat hulle met ’n aandeelbloksmaatskappy handel, word ’n aandeelbloksmaatskappy verplig om die woorde “aandeelblok” of “share block” as deel van sy naam op te neem en word hy verbied om op enige ander naam sake te doen.⁴⁸ Om te verhoed dat die skaal te swaar teen die buitestaander ten gunste van die aandeelbloksmaatskappy en sy aandeelhouers gelaai word, word, in teenstelling met die gemenerereg, verder bepaal dat “die persoon wat daardie handeling namens die maatskappy verrig of heet te verrig het, persoonlik

⁴² Bevoegdheids is die magte waaroor ’n maatskappy beskik om sy doelstellings te kan bereik.

⁴³ a 8(1)(b) van Wet 59 van 1980. Die beperkings verhoed egter nie dat die aandeelbloksmaatskappy die nodige stappe doen vir die opening van ’n deeltitelregister m b t die eiendom nie (a 8(2)).

⁴⁴ a 34 van Wet 61 van 1973. Vgl ook par 35 van die 2e tussentydse verslag en klousule 8 van die gepaardgaande wetsontwerp.

⁴⁵ Die begrip “*ultra vires*” gaan streng gesproke oor ’n handeling deur ’n maatskappy wat buite sy vermoënsfeer lê, soos deur die doelstellings en bevoegdhede in sy akte (met inagneming van a 33 en 34 van die Maatskappywet) bepaal. Daar is ’n neiging veral in sommige hofuitsprake om ook ’n handeling deur ’n maatskappy wat teen die gemenerereg of ’n statutêre verbod indruis, as *ultra vires* te beskou. Dit is onjuis. (Cilliers, Benade en De Villiers a w 57–58). Vir doeleindes van hierdie bespreking word *ultra vires* in eng betekenis gebruik.

⁴⁶ a 36 van Wet 61 van 1973, en Cilliers, Benade en De Villiers a w 56–57.

⁴⁷ a 8(1)(d) van Wet 59 van 1980.

⁴⁸ a 9 van Wet 59 van 1980, wat egter nie op die naam van die gebou self van toepassing is nie.

aanspreeklik teenoor 'n derde [is], wat benadeel is weens die feit dat geen verpligting vir die maatskappy uit daardie handeling ontstaan het nie," mits die derde "te goeder trou en redelik" opgetree het. Sodanige verteenwoordiger geniet die beskerming van artikel 248 van die Maatskappywet en kan onder bepaalde omstandighede deur die hof van aanspreeklikheid onthef word.⁴⁹

Op die oog af lyk hierdie bepalings redelik duidelik, maar die praktiese toepassing daarvan kan probleme oplewer. By die bespreking hiervan sal drie gevalle onderskei word, omdat die vereistes en gevolge, afhangende van die omstandighede van 'n gegewe situasie, kan verskil. Die drie gevalle is naamlik:

1 'n *ultra vires*-handeling deur 'n aandeelbloksmaatskappy in die algemeen;

2 'n gepoogde vervreemding van die aandeelbloksmaatskappy se "vaste eiendom" sonder nakoming van die wetsvereistes; en

3 'n gepoogde verhoging van die aandeelbloksmaatskappy se leningsverpligting, weer eens sonder nakoming van die wetsvereistes.

Die eerste geval kan soos volg geïllustreer word: Die direkteure van 'n gevestigde aandeelbloksmaatskappy met 'n woonstelblok in Kaapstad, koop namens die maatskappy 'n plaas wat aan 'n vakansieoord langs die weskus grens. Hul oogmerk is om die plaas in stranderwe onder te verdeel en dan die erwe van die hand te sit. Weens 'n oordeelsfout van die direkteure betaal hulle heelwat meer vir die plaas as die gangbare markprys. Die koopkontrak is klaarblyklik *ultra vires* en nietig. Volgens die wet kan die verkoper skadevergoeding van die direkteure verhaal, mits hy te goeder trou en redelik was. Afhangende van hoe die howe die begrip "redelikheid" in hierdie omstandighede gaan vertolk, kan die beoogde statutêre beskerming van die derde feitlik nutteloos word.⁵⁰ Die verkoper is eerstens gewaarsku deur die naam van die aandeelbloksmaatskappy. Tweedens word ingevolge die gemeenregtelike leerstuk van toegerekende kennis,⁵¹ kennis van die aandeelbloksmaatskappy se akte, waarvolgens sy uitsluitlike doelstelling die bedryf van 'n aandeelblokskema is, aan die verkoper toegeskryf. Hy moes dus self navraag oor die inhoud van die konstitusie gedoen het, anders aanvaar hy die risiko enige tersaaklike beperkings in die konstitusie. Selfs al het hy daarna gekyk sonder om kennis te dra van die uitwerking van die beperkte vermoënsfeer van die aandeelbloksmaatskappy, in vergelyking met 'n gewone maatskappy, is sy optrede deur 'n

⁴⁹ Die 2e voorbehoudsbepaling van a 8(1)(d). Die bewoording van a 248 is nie sonder probleme nie, aangesien die hof 'n persoon van aanspreeklikheid vir *nalatigheid* kan vrystel, mits sodanige persoon o a "eerlik en redelik" gehandel het. Sien daaroor *Henocheberg on the Companies Act* 3e uitg 426-427.

⁵⁰ Dit is opvallend dat die Britse wetgewer in a 9(1) van die European Communities Act 1972, die eweknie van a 36 van ons Maatskappywet, goeie trou, maar nie redelikheid nie, aan die kant van die derde vereis.

⁵¹ aangesien a 36 van die Maatskappywet wat die aanwending van die leerstuk beperk nie op 'n aandeelbloksmaatskappy van toepassing is nie.

regsdwaling veroorsaak wat op ander gebiede van die verbintenisreg nie 'n verskoningsgrond is nie. Die derde kan dus moontlik uitvind dat hierdie statutêre regsmiddel teen die verteenwoordiger vir alle praktiese doeleindes waardeloos sal wees. Hy sal homself beter kan beskerm deur 'n kontraktuele waarborg van die aandeelblokmaatskappy se bevoegdheid en die verteenwoordiger se volmag van die verteenwoordiger te verg.

As oordrag van die grond ingevolge die nietige koopkontrak geregistreer word, word die aandeelblokmaatskappy eienaar aangesien Suid-Afrika 'n abstrakte stelsel van eiendomsorgang volg,⁵² met die gevolg dat die verkoper en die aandeelblokmaatskappy hulle op 'n verrykingsaksie moet beroep om hulle prestasies of die bedrag van hul verryking te verhaal.⁵³

In die tweede situasie poog 'n aandeelblokmaatskappy om sy "vaste eiendom"⁵⁴ te vervreem. 'n Aandeelblokmaatskappy het nie die bevoegdheid om sonder 'n *spesiale besluit* van die ledevergadering sy "vaste eiendom" te vervreem ("alienate") of sy regte daarop ingevolge 'n huurkontrak te sedeer nie.⁵⁵

Die statutêre reg van die persoon wat onroerende bates ingevolge 'n ongemagtigde transaksie koop om skadevergoeding van die verteenwoordiger te verhaal, is onderhewig aan dieselfde probleme in verband met die vereiste van redelikheid wat hierbo geopper is, met die verskil dat die aandeelblokmaatskappy nie verplig is om die statutêre beperking op vervreemding in sy akte op te neem nie. Dit is egter wenslik dat die akte uitdruklik sodanige beperking bevat. Selfs al swyg die akte daaroor, word 'n spesiale besluit vir 'n geldige vervreemding vereis, welke besluit waarskynlik as 'n publieke dokument van die aandeelblokmaatskappy beskou word.⁵⁶ Kennis van die publieke dokumente word aan die derde toegeskryf. *A contrario* word ter oorweging gegee dat hy ook kennis daarvan behoort te dra dat 'n bepaalde spesiale besluit nooit geneem is nie, te meer aangesien sodanige feit deur maklike ondersoek bepaal kan word. Indien die verontagsaming van die bestaan of nie-bestaan van publieke dokumente steeds as redelik beskou word, sal die regverdiging vir die handhawing van die leerstuk van toegerekende kennis op ander gebiede van die maatskappyereg, byvoorbeeld by die *Turquand*-reël, ondermyn word.⁵⁷

As oordrag geregistreer word, is dit moontlik dat die gevolge van hierdie registrasie van dié van die eersgenoemde geval sal verskil. Volgens die bewoording van die Wet op Aandeelblokke word die vervreemding (en nie slegs die kooporeenkoms nie) as *ultra vires* en nietig beskou. Dus

⁵² Sien Van der Merwe *Sakereg* 207 met 'n beroep op *Commissioner of Customs & Excise v Randles Brothers & Hudson Ltd* 1941 AD 369.

⁵³ Sien Cilliers, Benade en De Villiers a w 53, alhoewel die sake waarop hulle hul beroep, streng gesproke nie oor *ultra vires*-handelinge gaan nie. (Vgl vn 45 *supra*.)

⁵⁴ Volgens a 1(xxii) van Wet 59 van 1980 is vaste eiendom "grond, en ook 'n gebou wat opgerig is of opgerig gaan word."

⁵⁵ a 8(1)(c).

⁵⁶ Sien Gower a w 191.

⁵⁷ Agterdogwekkende omstandighede sluit in elk geval 'n beroep op die *Turquand*-reël uit.

kan geredeneer word dat indien oordrag van die onroerende bates op naam van die koper geregistreer word,⁵⁸ die saaklike ooreenkoms ongeldig is, met die gevolg dat die aandeelblokkmaatskappy eienaar van die grond bly.⁵⁹ Sy aangewese regsmiddel sal dus wees om met die samewerking van die ander party of desnoods kragtens 'n hofbevel, 'n verbeteringstransport te registreer eerder as om 'n verrykingsaksie in te stel.⁶⁰ Die "koper" sou enige bedrag wat hy betaal het met 'n verrykingsaksie kan terugeis.

Vergelyk hiermee die posisie van 'n gewone maatskappy wat sy enigste bate, 'n grondstuk, vervreem. Magtiging daartoe deur 'n gewone besluit van die ledevergadering word vereis, met die gevolg dat 'n koper wat te goeder trou met die direksie handel, die kontrak gewoonlik ingevolge die *Turquand*-reël sal kan afdwing.⁶¹

Die derde situasie gaan oor 'n verhoging van die aandeelblokkmaatskappy se leningsverpligting,⁶² wat weens die onderlinge finansiële afhanklikheid van blokaandeelhouders die grootse potensiele gevaar naas vreemding vir die blokaandeelhouer inhou. Artikel 14(1) van die Wet op Aandeelblokke bepaal dat 'n aandeelblokkmaatskappy nie sy leningsverpligting mag verhoog of enige van sy bates mag beswaar nie, tensy die optrede vooraf goedgekeur is deur 'n besluit van 75% in getal van die aandeelhouders (met uitsluiting van die aandeelblokkontwikkelaar)⁶³ welke aandeelhouders minstens 75% van die totale aantal stemme moet hou, sonder inagneming van die stemme van die aandeelblokkontwikkelaar.⁶⁴ Die ontwikkelaar word hierdeur verhoed om sy magposisie te misbruik om die leningsverpligting met die oog op sy eie behoeftes te verhoog. Die bepaling van die Maatskappywet met betrekking tot kennisgewing en registrasie (maar nie ten opsigte van die spesiale kworum nie) is op sodanige besluit ingevolge artikel 14(1) van toepassing, asof dit 'n spesiale besluit is.⁶⁵ Dit het die gevolg dat die besluit slegs in werking tree wanneer dit geregistreer word.

Die presiese gevolge van nie-nakoming van die vereistes is nie heeltemal duidelik nie. Neem byvoorbeeld die geval waar 'n bank geld aan 'n aandeelblokkmaatskappy voorskiet, sonder dat die nodige besluit om die lening goed te keur, geneem word. In sodanige situasie bestaan daar 'n belangrike verskil tussen die bewoording van artikel 14(1) betreffende verhogings van die leningsverpligting en die bewoording van artikel 8(1)

⁵⁸ Dit is onwaarskynlik dat sodanige oordrag geregistreer sou word. Die registrateur van aktes in die Kaap sal bv òf 'n sertifikaat deur 'n aktebesorger vereis met die strekking dat hy hom tevrede gestel het dat die oordraggewer-maatskappy en sy verteenwoordiger wel die bevoegdheid daartoe het, òf daar sal afskrifte van die tersaaklike gedeeltes van die konstitusie en die besluit ingedien moet word.

⁵⁹ Van der Merwe a w 209.

⁶⁰ *ibid.* Sien oor die algemeen oor verbeteringstransportaktes Jones *The Law and Practice of Conveyancing in South Africa* 2e uitg 488 e v.

⁶¹ a 228 van Wet 61 van 1973 en Henochsberg a w 401.

⁶² Soos in a 1(xvi) van Wet 59 van 1980 omskryf en sien vn 9 *supra*.

⁶³ Soos in a 1(iii) van Wet 59 van 1980 omskryf, wat *supra* bespreek is.

⁶⁴ Sekere verhogings of beswarings vereis nie sodanige besluit nie (a 14(6) & (7)).

⁶⁵ a 14(5). Die tersaaklike bepaling van die Maatskappywet is a 186, 199, 200, 202 en 203.

(c) betreffende 'n vervreemding van vaste eiendom. Eersgenoemde bepaling word in die vorm van 'n verbod gestel; laasgenoemde val volgens die uitdruklike woorde van die wet buite die aandeelblokmaatskappy se bevoegdheid (met ander woorde dit is *ultra vires*) tensy die nodige toestemming verkry word.

Die oortreding van artikel 8(1)(c) is egter nie 'n *ultra vires*-handeling volgens die tegniese betekenis van die begrip nie.⁶⁶ Dus het die bank waarskynlik geen statutêre skadevergoedingsaksie teen die verteenwoordiger van die aandeelblokmaatskappy nie, aangesien die aksie slegs by *ultra vires*-handelinge van toepassing is. Indien die howe die houding inneem dat nie-nakoming van die kennisgewing en registrasievereistes dieselfde uitwerking het as wanneer 'n handeling waarvoor 'n spesiale besluit vereis word sonder sodanige besluit deurgevoer word, is die lening beslis nietig.⁶⁷ Die bank sou dan 'n verrykingsaksie teen die aandeelblokmaatskappy kon instel, na analogie van die posisie by 'n egte *ultra vires*-transaksie.⁶⁸

Oortreding van 'n statutêre verbod waaraan die wetgewer slegs 'n strafregtelike sanksie koppel, kan egter ook deur die howe met nietigheid bestraf word. 'n Goeie voorbeeld hiervan is artikel 38 van die Maatskappywet wat geldelike bystand deur 'n maatskappy vir die aankoop van sy eie aandele verbied.⁶⁹ In so 'n geval het die benadeelde party (hetsy 'n buitestaander soos 'n bank of die maatskappy self) as gevolg van die *par delictum*-reël selfs nie eens 'n verrykingsaksie nie.⁷⁰ Alhoewel nie-nakoming van artikel 14(1) ook as 'n misdryf beskou word, word aan die hand gedoen dat hierdie situasie nie heeltemal analoog aan artikel 38 is nie. Laasgenoemde artikel stel 'n absolute verbod op sodanige geldelike bystand, die toestaan waarvan as sodanig *turpiter* geskied, terwyl 'n verhoging van die leningsverpligting wel geoorloof is, mits sekere vereistes nagekom word. Daar word ter oorweging gegee dat 'n oortreding van artikel 14(1) (weens nie-nakoming van die vormvereistes) nietigheid tot gevolg het, maar dat die benadeelde tog 'n verrykingsaksie teen die ander party (wat waarskynlik die aandeelblokmaatskappy sal wees) het.

Weens die taamlik drastiese gevolge van 'n oorskryding van sy vermoë deur 'n aandeelblokmaatskappy, word kortliks na die posisie van 'n maatskappy wat reeds op die datum van inwerkingtreding van die wet (naamlik 1 Januarie 1981) nie slegs 'n aandeelblokskema nie maar tesame daarmee ook nog ander bedrywighede wat nie daarmee verband hou nie,

⁶⁶ Sien vn 45 *supra*.

⁶⁷ Sien by *Ex parte Entabeni Hospital Ltd* 1980 4 SA 421 (D).

⁶⁸ Die maatskappy sou eienaar van die geld word, maar ingevolge 'n ongeldige *causa*. 'n Probleem in hierdie verband is dat die nie-nakoming van vormvereistes deur 'n regsdwaling veroorsaak kan word, wat by die *condictio indebiti* uitsluit (*Benning v Union Government* 1914 AD 420). 'n Verrykingsaksie is egter alleen in die Kaap by nie-nakoming van vormvereistes tot koopkontrakte van grond, waar die *condictio indebiti* om bg rede nie beskikbaar was nie, beskikbaar: *C D Development Co (East Rand) (Pty) Ltd v Novick* 1979 2 SA 546 (C). Om beleidsoorwegings behoort lg beslissing ook op hierdie gebied gevolg te word.

⁶⁹ *Lipschitz v U D C Bank Ltd* 1979 1 SA 789 (A).

⁷⁰ *Jacobson v Liquidator of M Bulkin & Co Ltd* 1976 3 SA 781 (W) 789E-H.

bedryf het, gekyk. Die enigste tersaaklike oorgangsbepaling is artikel 2 van die Wet op Aandeleblokke: Artikel 2(1) magtig die registrateur om 'n aandeleblokmaatskappy wat op genoemde datum reeds 'n aandeleblokskema bedryf het, van nakoming van enige bepalings van die wet vry te stel vir sodanige tydperk as wat hy goedvind. Artikel 2(2) bepaal verder dat geen registrasiefioe betaalbaar is ten opsigte van 'n wysiging van sodanige aandeleblokmaatskappy se akte en statute om aan die bepalings van die wet te voldoen nie. Dit lyk asof 'n voortsetting van die ander bedrywighede deur die bestaande aandeleblokmaatskappy na 1 Januarie 1981 *ultra vires* sou wees, met die gevolge deur die wet bepaal.⁷¹ Indien die maatskappy die aandeleblokskema wil voortsit, sou die aangewese oplossing wees om by die registrateur aansoek te doen om tydelike vrystelling van die tersaaklike wetsbepalings ten einde sy ander bedrywighede so gou as moontlik af te handel.⁷² As die voortsetting van die ander bedrywighede sonder die registrateur se toestemming tog as geldig beskou sou word, sou die oogmerk van die wetgewer om 'n aandeleblokmaatskappy se vermoë te beperk, ondermyn word.⁷³

3 3 Aandeelhouders en lede van 'n aandeleblokmaatskappy

'n Aandeel in 'n maatskappy word dikwels beskou as "n kompleks van regte en verpligtinge."⁷⁴ Met die afskaffing van gedeeltelik opbetaalde aandele, het die klem al hoe meer op die aandeelhouer of lid se regte geval en die enigste voor-die-hand-liggende verpligting wat tans deur handboekskrywers genoem word, is die plig van 'n lid om hom aan die bepalings van die statute te hou. Die statute van 'n aandeleblokmaatskappy kan daarenteen inderdaad bepaalde pligte op 'n blokaandeelhouer lê.

Eerstens kan die statute, ondanks die teenstrydige bepaling van die Maatskappywet,⁷⁵ voorsiening maak vir verpligte lenings aan die aandeleblokmaatskappy deur sy lede.⁷⁶ Vroeër is as besware teen sodanige verpligte lenings geopper dat die herroepde Maatskappywet 46 van 1926 nie daarvoor voorsiening gemaak het nie en dat verpligte lenings teen die beginsel van die beperkte aanspreeklikheid van die lede van 'n maatskappy indruis.⁷⁷ Dus, ingevolge die huidige Maatskappywet, is 'n bepaling in die statute van 'n gewone maatskappy wat voorsiening vir verpligte

⁷¹ a 7(1) en a 8(1) van Wet 59 van 1980, asook die omskrywing in a 1 van aandeleblokmaatskappy: "n maatskappy waarvan die werksaamhede die bedryf van 'n aandeleblokskema behels of insluit." Sien ook Leandy 1980 *De Rebus* 529 en Katz a w 141.

⁷² Die aandeleblokmaatskappy behoort ook sy akte aan te pas, maar die wet plaas geen sodanige verpligting op hom nie.

⁷³ Katz *loc cit.* Hy voer o i tereg aan dat die beperkings van a 7 en 8 vir 'n aandeleblokmaatskappy wat voor 1 Januarie 1981 gevestig is, geld, ongeag of die maatskappy sy naam ingevolge a 9 wysig of nie.

⁷⁴ Cilliers, Benade en De Villiers a w 83.

⁷⁵ Die voorbehoudsbepaling tot a 59(2).

⁷⁶ a 3(1)(c) van Wet 59 van 1980.

⁷⁷ Hierdie besware is in *Rosslare (Pty) Ltd v Registrar of Companies* 1972 2 SA 524 (D) 533-534 oorweeg, maar tereg deur die hof verwerp. Die beslissing is daarna deur die voorbehoudsbepaling tot a 59(2) omvergewerp. (Sien par 27 van die 2e tussentydse verslag met 'n beroep op Henochsberg a w 113.)

lenings maak, nietig.⁷⁸ Hierdie statutêre verbod word dikwels omseil deur die sluit van 'n afsonderlike ooreenkoms tussen die maatskappy en elke lid. Die kommissie van ondersoek na aandeelblokskemas het dit in die belang van die blokaandeelhouers wenslik geag dat stukke met betrekking tot sodanige verpligte lenings as publieke dokumente by die kantoor van die registrateur ter insae moet lê. In navolging van hierdie aanbeveling kan die statute van 'n aandeelblokskema dus wel voorsiening vir verpligte lenings deur die lede maak.⁷⁹ Tweedens kan 'n lid ook verplig word om gereelde bydraes aan 'n heffingsfonds te maak, waaruit onder andere instandhoudings- en administrasiekoste, asook diensfooie en belastinge aan plaaslike owerhede betaal word.⁸⁰

Benewens verpligtinge verkry die blokaandeelhouer besondere regte. Die statute moet bepaal dat die blokaandeelhouer geregtig is op die gebruik van 'n bepaalde gedeelte van die gebou wat aan die aandeelblokmaatskappy behoort, onderworpe aan die bepalings van die gebruiks-ooreenkoms.⁸¹ Om onbillike behandeling of diskriminasie teen bepaalde blokaandeelhouers teen te werk, moet 'n afskrif van die standaardgebruiksooreenkoms van die betrokke aandeelblokmaatskappy by die registrateur ingedien word en 'n afskrif van elke ondertekende gebruiks-ooreenkoms moet deur die aandeelblokmaatskappy gehou word en ter insae beskikbaar wees.⁸²

Die aandeelblokhouer geniet ook besondere beskerming met betrekking tot stemreg. Die basiese beginsel van die huidige Maatskappywet is dat elke lid die reg het om te stem ten opsigte van elke aandeel deur hom gehou.⁸³ Veral in die geval van voorkeuraandeel kan die stemreg egter, behalwe in uitsonderlike omstandighede, in die statute uitgesluit word.⁸⁴ Ook in die geval van private maatskappye kan sekere aandeelhouers beheer behou by wyse van gelaaide stemreg wat in die statute aan hulle toegeken word.⁸⁵ Hierdie regsreëls kan tot misbruike in die geval van 'n aandeelblokmaatskappy lei.⁸⁶ Om blokaandeelhouers te beskerm, bepaal artikel 3(1)

⁷⁸ Die voorbehoudsbepaling tot a 59(2).

⁷⁹ Sien par 28 van die 2e tussentydse verslag en a 3(1)(c) van Wet 59 van 1980. Die aandeelblokmaatskappy is nie verplig om die aangeleentheid in sy statute te reël nie, maar indien nie, sal dit òf in die akte òf in die gebruiksooreenkoms geskied en 'n afskrif van die maatskappy se standaardgebruiksooreenkoms moet ook by die registrateur ingedien word (a 7(5)).

⁸⁰ a 13(2) van Wet 59 van 1980.

⁸¹ a 7(2). 'n Verdere beswaar van die registrateur in die *Rosslare*-saak *supra* was dat sodanige afstanddoening van die gebruiksreg in die statute op 'n teruggawe van aandeelkapitaal neerkom, en dat die bepaling dus nie geregistreer kon word nie. Die beswaar is tereg verwerp, maar die gebruik het na 1972 ontstaan om die gebruiksreg slegs in die gebruiksooreenkoms te reël (Cowen a w 96 e v). Sodanige maatskappye sal dus òf hulle statute moet wysig, òf aansoek om vrystelling ingevolge a 2 moet doen.

⁸² a 7(3)–(5) van Wet 59 van 1980, en vgl par 31 en 32 van die 2e tussentydse verslag.

⁸³ a 193(1).

⁸⁴ a 194.

⁸⁵ a 195(2).

⁸⁶ Sien par 42 van die 2e tussentydse verslag en m b t voorkeuraandeel, vgl *Utopia Vakansie-orde Bpk v Du Plessis* 1974 4 SA 148 (A).

(b) van die Wet op Aandeleblokke dat elke aandeel (insluitende voorkeuraandeel) stemreg op 'n ledevergadering van die aandeleblokmaatskappy moet verleen en volgens artikel 10 (a) moet elke aandeel dieselfde stemreg as enige ander aandeel van die aandeleblokmaatskappy verleen. Hierdeur word die moontlikheid van gelaaide stemreg uitgeskakel. Soos Katz tereg opmerk, kan hierdie bepaling deur intelligente struktuurering van die aandeleblokke omseil word,⁸⁷ byvoorbeeld deurdat die ontwikkelaar 'n veel groter getal aandeel toewys aan gedeeltes wat hy oor die langtermyn vir eie gebruik wil behou. Volgens Katz is die gevaar dat so 'n situasie kan ontstaan egter gering, omdat die verpligting om tot die heffingsfonds en leningsverpligting by te dra, deur aandeelhouding bepaal word en die ontwikkelaar daardeur 'n buitensporige finansiële las op hom sou neem. Alhoewel die grootte van 'n aandeleblok gewoonlik van die waarde of grootte van die betrokke gedeelte van die gebou afhang, word die grootte van die aandeelhouer se bydraes tot die leningsheffing en die leningsverpligting nie noodwendig deur aandeelhouding bepaal nie, omdat dit die aandeleblokmaatskappy vrystaan om die aangeleentheid op 'n ander grondslag deur middel van sy akte, statute of 'n ooreenkoms met sy lede te reël.⁸⁸ Die gevolg is dat die ontwikkelaar tog sy stemkrag kan vergroot sonder om 'n buitensporige finansiële las op hom te neem.

'n Bepaling wat in die reëls van 'n deeltitelskema opgeneem kan word, is dat deeleienaars wat hulle eenhede koop, die bevoegdheid aan die ontwikkelaar verleen om 'n bestuurder asook 'n bepaalde getal trustees aan te stel, tot tyd en wyl die laaste eenheid deur hom aan 'n koper oorgedra word. Die vraag ontstaan of 'n ontwikkelaar van 'n aandeleblokmaatskappy nie die beperkings op stemreg en benoeming van direkteure ingevolge 'n bevoegdheid deur die konstitusie of 'n kontrak verleen,⁸⁹ kan omseil deur voornemende lede te verplig om hom as hulle gevolmagtigde ("proxy") aan te stel om op ledevergaderings na goëddunke te stem, vir solank as wat die ontwikkelaar 'n aandeelhouer bly nie. Alhoewel die bepaling van die Maatskappywet⁹⁰ sodanige praktyk nie uitdruklik verbied nie, sou sodanige gebruik beslis teenstrydig met die gees van die regsreëls aangaande gevolmagtigdes wees. 'n Lid is geregtig om 'n gevolmagtigde van sy keuse aan te stel,⁹¹ maar sodanige aanstelling verhoed hom nie om self ledevergaderings by te woon en daarop te stem nie.⁹² Bowendien kom die aanstelling van 'n gevolmagtigde neer op die aanstelling van 'n verteenwoordiger wie se volmag teruggetrek kan word,⁹³ aangesien die gewraakte leerstuk van onherroeplike volmag 'n baie beperkte aanwendingsgebied in ons reg het.⁹⁴ Ons gevolgtrekking is dus

⁸⁷ Katz a w 141.

⁸⁸ a 13(2) en 14(2) van Wet 59 van 1980. Die statute kan bv bepaal dat bydraes in verhouding tot die vloeroppervlakte van elke gedeelte bereken sal word.

⁸⁹ a 12(3) van Wet 59 van 1980, wat by die oorweging van die begrip aandeleblok-ontwikkelaar *supra* bespreek is.

⁹⁰ a 189.

⁹¹ a 189(5).

⁹² Sien bv Cilliers, Benade en De Villiers a w 216.

⁹³ Gower a w 540.

⁹⁴ Joubert *Die Suid-Afrikaanse Verteenwoordigingsreg* 140.

dat 'n blokaandeelhouer nie sy seggenskap oor die aandeelblokmaatskappy op hierdie wyse ontnem kan word nie.

Ook wat die koop van aandeelblokke betref, verskil die regsvereistes wesenlik van dié by die koop of verkryging van aandele in die algemeen. Indien 'n lid, insluitende die ontwikkelaar, 'n aandeelblok wil verkoop, moet sy aanbod vergesel word van 'n verklaring dat die voornemende koper 'n koopkontrak met die voorgeskrewe inhoud moet sluit, 'n voorbeeld waarvan gratis by 'n gegewe adres nagegaan kan word.⁹⁵ Hierdie verklaring neem die plek in van sowel 'n prospektus by 'n verkoopsaanbod deur middel van 'n uitgiftehuis of soortgelyke tussenganger as die voorgeskrewe verklaring by ander verkoopsaanbiede aan die publiek.⁹⁶ Die beperkings op die inhoud van koerantadvertensies⁹⁷ word ook opgehef, mits die bogenoemde verklaring in die advertensie vervat word.⁹⁸ Die vrystellings is gegrond op die gedagte dat al die tersaaklike inligting waaroor die voornemende koper behoort te beskik, in die koopakte self opgeneem word, met die gevolg dat die prospektus of ander verklaring oorbodig is.⁹⁹

'n Kontrak vir die verkryging ("acquisition") van 'n aandeelblok moet op skrif gestel word en deur die partye of deur hulle verteenwoordigers, handelende met hulle skriftelike volmag, onderteken word. Wesenlike nie-nakoming, onderworpe aan die hiernagenoemde uitsondering, het nietigheid tot gevolg.¹⁰⁰ Die inhoud van die kontrak word ook voorgeskryf¹⁰¹ en stem basies ooreen met die inhoudsvereistes vir 'n koopkontrak van grond (insluitende 'n deeltiteleenheid) op afbetaling.¹⁰² Dit is opvallend dat die wet na 'n *kontrak vir die verkryging* van 'n aandeelblok verwys. Dus is die vormvereistes op die oog af van toepassing al is die *causa* van die oordrag nie 'n koopkontrak nie, maar 'n ander soort kontrak soos 'n skenking of 'n ruiloooreenkoms. Nietemin word slegs 'n *verkoper* van aandele volgens die bewoording van die wet verplig om die koper met 'n afskrif van die kontrak te voorsien.¹⁰³

Dat die ooreenkoms slegs die *causa* vir die oordrag reël en nie die oordrag (selfs *inter partes*) beliggaam nie, blyk onder andere duidelik daaruit dat die aandelesertifikaat nie die kontrak hoef te vergesel nie.¹⁰⁴

⁹⁵ a 11 van Wet 59 van 1980.

⁹⁶ ingevolge a 146 en 141 van die Maatskappywet, onderskeidelik.

⁹⁷ a 157 van die Maatskappywet.

⁹⁸ a 11(1)(b) van Wet 59 van 1980. Andersins word geen beperkings gestel nie, met die gevolg dat die statutêre verklaring maklik deur die aanprysing van 'n verbeeldingryke advertensie oorskadu sal word.

⁹⁹ par 21 van die 4e tussentydse verslag van die kommissie van ondersoek.

¹⁰⁰ a 16 van Wet 59 van 1980.

¹⁰¹ a 17 van Wet 59 van 1980 en die 2e bylae.

¹⁰² Katz a w 142. Die aandeelblokmaatskappy word verplig om op versoek die nodige inligting aan 'n lid wat sy aandele wil vervreem, te verskaf (a 17(4)).

¹⁰³ a 17(3). Dit is denkbaar dat die woord "verkryging" vir doeleindes van a 17 beperkend uitgelê moet word, met die gevolg dat die bepaling slegs op koopkontrakte van toepassing is.

¹⁰⁴ par 12 van die 2e bylae.

Die afleiding dat die gewone reëls by die oordrag van aandele ook vir 'n aandeelblokskappy sal geld, is dus geregtig.

Om probleme soortgelyk aan dié wat by nie-nakoming van die vormvereistes met betrekking tot koopkontrakte van grond voorkom,¹⁰⁵ te vermy, word die gevolge van nie-nakoming van die vormvereistes deur die wet gestel ook in besonderhede gereël.¹⁰⁶ Volgens die bewoording blyk dit dat die toepaslike regsmiddels slegs by 'n vermeende kooptransaksie beskikbaar is. As albei partye ten volle geprester het, word die kontrak as *ab initio* geldig beskou, met die gevolg dat die partye hulle gewone regsmiddels met betrekking tot onder andere wanvoorstelling en verborge gebreke behou. As die partye nie ten volle geprester het nie en die kontrak nie weselik aan die wetsvereistes voldoen nie, is albei partye geregtig op teruggawe van wat hulle wel geprester het. Daarbenewens kan die koper rente vorder op die reeds betaalde gedeelte van die koopprys asook vergoeding vir noodsaaklike uitgawes en verbeterings wat die markwaarde verhoog, mits die verbeterings met toestemming van die aandeelblokskappy (*nie* die verkoper *nie*) aangebring is. Die verkoper word ook toegelaat om redelike vergoeding vir gebruik te vorder.¹⁰⁷

3 4 Direkteure

Die bestuur van 'n maatskappy setel gewoonlik in sy direksie, met ander woorde die direkteure as 'n entiteit. Die direksie kan al die bevoegdhede van die maatskappy uitoefen, behalwe dié wat uitdruklik in die statute of deur die Maatskappywet vir die ledevergadering voorbehou word.¹⁰⁸ Die ledevergadering behou egter die reg om die direksie te eniger tyd deur middel van 'n gewone besluit te ontslaan.¹⁰⁹

Om groter beskerming aan aandeelblokhouders te verleen, verskil die posisie van direkteure van 'n aandeelblokskappy in belangrike opsigte van dié van direkteure van 'n gewone maatskappy. Die verskille het betrekking op die aanstelling en afdanking van direkteure, direksievergaderings en die bevoegdhede van die direksie. Hierdie verskille word nou ondersoek.

Die lede van 'n aandeelblokskappy uitgesonderd die ontwikkelaar verkry, indien hulle tien of minder in getal is, die statutêre reg om minstens een direkteur aan te stel. As hulle meer as tien in getal is, kan hulle minstens twee direkteure aanstel. Hierdie bevoegdheid kan die lede nie in die akte of statute of deur middel van "enige ooreenkoms . . . aangaande of rakende die maatskappy of die aandeelblokskema" ontnem

¹⁰⁵ Sien *Carlis v McCusker* 1904 TS 917 en vgl daarmee die standpunt in *C D Developmen Co (East Rand) (Pty) Ltd v Novick supra* oï wat verkieslik is.

¹⁰⁶ a 18 van Wet 59 van 1980.

¹⁰⁷ Hierdie statutêre reëling is 'n verbetering op die gemeenregtelike verrykingsaksies, aangesien die koper nie op rente geregtig sou wees nie (*Balliol Investment Co (Pty) Ltd v Jacobs* 1946 TPD 269) en die verkoper geen vergoeding vir gebruik deur die koper kon vorder nie (*Pucjlowski v Johnston's Executors* 1946 WLD 1).

¹⁰⁸ Vgl par 59 van Tabel A en par 60 van Tabel B van die eerste bylae tot die Maatskappywet en De Wet en Van Wyk *Kontraktereg en Handelsreg* 4e uitg 638-639.

¹⁰⁹ a 220(1) van die Maatskappywet.

word nie.¹¹⁰ Die bewoording van die wet dek dus ook 'n afsonderlike ooreenkoms tussen die ontwikkelaar en die ander lede.¹¹¹ Die kopers van aandeelblokke kry dus seggenskap by direksievergaderings terwyl hulle nog minderheidsaandeelhouers is. Die minderheidsaandeelhouers van 'n gewone maatskappy geniet in die algemeen natuurlik geen sodanige beskerming nie.

Hierdie beskerming op sigself verhoed nie dat kopers van aandeelblokke ooit effektiewe beheer oor die aanstelling van die meerderheid van die direksie verkry, selfs nadat hulle oor die meerderheid van die stemme beskik nie. Dit sou byvoorbeeld gedoen word deur middel van 'n bepaling in die statute of 'n ooreenkoms wat die ontwikkelaar magtig om die meerderheid van die direksie aan te stel vir solank as hy 'n aandeelhouer van die maatskappy bly. Hierdie moontlikheid word egter ook uitgeskakel. Die wet bepaal dat 'n bepaling van die akte of statute of van 'n ooreenkoms wat "iemand" ("any person") die reg gee om die meerderheid van die direksie aan te stel, kragteloos sal wees, "tensy so iemand of sy verteenwoordiger inderdaad die nakoming waarborg van 'n verpligting van die maatskappy vermeld in die akte of statute of die ooreenkoms en op die voorgeskrewe wyse bekragtig deur die Registrateur."¹¹²

Die ontwikkelaar kan dus beheer oor die aanstelling van die direksie deur middel van sodanige bevoegdheid behou, mits hy byvoorbeeld die leningsverpligting van die aandeelblokmaatskappy teenoor die verbandhouer waarborg.¹¹³ Volgens die bewoording van die artikel kan die ontwikkelaar nie sodanige bevoegdheid verkry as hy self die ontwikkeling finansier nie. 'n Bepaling dat hy die meerderheid van die direksie kan aanstel totdat alle bedrae deur die aandeelblokmaatskappy aan hom verskuldig terugbetaal is, is kragteloos.¹¹⁴ Hy is dus in 'n swakker posisie wat behoud van beheer betref as iemand wat die nakoming van 'n verpligting deur die aandeelblokmaatskappy waarborg. Dit is nie mooi duidelik waarom die wetgewer 'n persoon wat 'n voorwaardelike aanspreeklikheid deur middel van 'n waarborg op hom neem, wil beskerm nie eerder as die persoon wat geld aan die maatskappy voorskiet, en wat op daardie wyse die risiko van wanbetaling deur die aandeelblokmaatskappy op hom neem. 'n Moontlike rede is die geleentheid vir misbruike. 'n Ontwikkelaar kan beheer behou deur nie 'n klein uitstaande saldo in te vorder nie. Hierteen kan die beswaar geopper word dat selfs in die geval van die waarborg van 'n verpligting, die verkryging en behoud van beheer op hierdie wyse onderworpe is aan die goedkeuring van die registrateur wat sodanige misbruike kon stopsit.¹¹² Dit lyk of die ontwikkelaar (veral indien hy 'n maatskappy is) die bepaling maklik kan omseil. Hy kan byvoorbeeld reël dat een van sy direkteure die bevoegdheid verleen

¹¹⁰ a 12(1).

¹¹¹ Vgl die enger bewoording van a 220(1) van die Maatskappywet, wat d m v 'n afsonderlike ooreenkoms tussen 'n direkteur en die lede omseil kan word.

¹¹² a 12(3) en sien reg 6 van die regulasies m b t bekragtiging deur die registrateur.

¹¹³ Katz a w 141.

¹¹⁴ Die moontlikheid van die verskansing van sy posisie deur die strukturering van die stemreg verbonde aan die aandeelblokke is hierbo bespreek.

word om die direksie van die aandeelblokmaatskappy aan te stel, deurdat daardie direkteur nakoming van die verpligting van die aandeelblokmaatskappy deur die ontwikkelaar waarborg.¹¹⁵

Die Wet op die Beheer van Aandeelblokke bevat ook 'n besondere reëling met betrekking tot die afdanking van 'n direkteur wat deur die lede, uitgesonderd die aandeelblokontwikkelaar, aangestel is. Om sodanige direkteur kragtens 'n gewone besluit van die ledevergadering ingevolge artikel 220 van die Maatskappywet te ontslaan, het die ontwikkelaar anders as gewoonlik geen stemreg nie.¹¹⁶ Hierdie is 'n verstandige reëling. Indien die direkteur doeltreffend vir die belange van die minderheid sorg, kan die ontwikkelaar nie sy stemkrag gebruik om van hom ontslae te raak nie. As die direkteur 'n blote jabroer of werktuig van die ontwikkelaar word, kan die minderheidsaandeelhouders hom vervang, en die ontwikkelaar kan hulle nie met sy stemkrag teëwerk nie.

'n Aandeelblokmaatskappy verskil van 'n gewone maatskappy ook wat die kworumvereistes by 'n direksievergadering betref. Gewoonlik staan dit die direksie vry om self die kworum te bepaal.¹¹⁷ In die geval van 'n aandeelblokmaatskappy moet die direkteur wat deur lede benewens die ontwikkelaar aangestel is, deel van die kworum wees.¹¹⁸ Die wet reël egter dat 'n vergadering verdaag en sonder sodanige direkteur voortgesit kan word, om te verhoed dat 'n boikot van vergaderings deur daardie direkteur die bestuur van die maatskappy onbepaald ontwrig.¹¹⁹

Laastens verskil die bevoegdheids van die direkteure van 'n aandeelblokmaatskappy van dié van die direkteure van 'n gewone maatskappy, of ingevolge uitdruklike bepalings, of weens die beperkings op die bevoegdheid van die aandeelblokmaatskappy self.

Die direksie van 'n gewone maatskappy kan sy onderneming of die geheel of die grootse deel van sy bates vervreem mits die bepaalde transaksie deur 'n gewone besluit van die ledevergadering goedgekeur word.¹²⁰ Die grootste deel van die bates van 'n aandeelblokmaatskappy is die onroerende bates waarmee hy die aandeelblokskema bedryf. Sy direksie sal slegs sodanige bates kan vervreem indien die vervreemding deur middel van 'n spesiale besluit goedgekeur word.¹²¹

Die leningsbevoegdheid van die direksie van 'n gewone maatskappy word deur die statute gereël. Ingevolge die modelstatute word die leningsbevoegdheid van die direksie gewoonlik tot 'n bedrag gelykstaande aan die helfte van die bedrag van die uitgereikte aandeelkapitaal plus die aandeelpremierekening beperk. Indien die direksie te eniger tyd meer as

¹¹⁵ Na aanleiding van die bewoording van reg 6(3) is dit tyfwelagtig of die registrateur die bevoegdheid het om die bekragtiging van sodanige reëling summier te weier.

¹¹⁶ a 12(2). Die bepaling is 'n aansienlike verbetering op die oorspronklike voorstel van die kommissie van ondersoek, waarvolgens a 220 glad nie op sodanige direkteure van toepassing sou wees nie. (Sien par 46 van die 2e tussentydse verslag.)

¹¹⁷ Par 77 van Tabel A en par 75 van Tabel B; Cilliers, Benade en De Villiers a w 246.

¹¹⁸ Of minstens een van sodanige direkteure, indien meer as een aangestel is.

¹¹⁹ a 12(4) en vgl par 46 van die 2e tussentydse verslag.

¹²⁰ a 228 van Wet 61 van 1973.

¹²¹ a 8(1)(c) van Wet 59 van 1980 wat *supra* bespreek is.

hierdie bedrag namens die maatskappy wil leen, moet hulle die goedkeuring van die ledevergadering deur middel van 'n gewone besluit verkry.¹²² Selfs al het die direksie nie die nodige toestemming verkry nie, sal 'n persoon wat geld aan die maatskappy voorgeskiet het, mits hy te goeder trou was, deur die *Turquand*-reël beskerm word. 'n Aandeleblokmaatskappy daarenteen kan nie sy leningsverpligting verhoog tensy die verhoging deur 'n besluit wat deur minstens 75% van sy lede, uitgesonderd die ontwikkelaar, gesteun is, goedgekeur word nie.¹²³ Hierdie beperking geld klaarblyklik ook ten opsigte van die direksie se leningsbevoegdheid. Omdat die besluit soos 'n spesiale besluit behandel word, sal die ander party by 'n ongemagtigde geldlening nie deur die *Turquand*-reël beskerm word nie.¹²⁴

Ingevolge artikel 13 van die Wet op Aandeleblokke word 'n aandeleblokmaatskappy verplig om 'n heffingsfonds in te stel, waaruit instandhoudings- en bestuurskoste en vorderings vir belastings en dienste ten opsigte van die maatskappy se onroerende bates betaal word. Die plig om te sorg dat die fonds voldoende is vir bogenoemde doeleindes word uitdruklik op die direkteure gelê. Geen soortgelyke plig bestaan in die geval van die direksie van 'n gewone maatskappy nie. Die direksie van 'n aandeleblokmaatskappy moet ook sorg dat die onroerende bates van die maatskappy "deur versekering teen skade gedek is ooreenkomstig relevante besluite deur sy lede aangeneem op algemene vergaderings van die maatskappy." Die direkteure is gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik teenoor die maatskappy of 'n lid wat skade ly weens 'n versuim om aan hierdie bepaling te voldoen.¹²⁵ Die gekursiveerde gedeelte het nie in die wetsontwerp wat die vierde tussentydse verslag van die kommissie van ondersoek vergesel het, verskyn nie. Daar word ter oorweging gegee dat die direksie nog steeds verplig is om sodanige versekering te reël, al word geen besluit deur die ledevergadering daarvoor geneem nie. Dit blyk dat die direksie van 'n gewone maatskappy gewoonlik nie verplig is om uitvoering aan gewone besluite van die ledevergadering by die uitvoering van die direksie se oorspronklike bevoegdhede te gee nie.¹²⁶ Die gevolg van die gekursiveerde gedeelte is dat die direksie van 'n aandeelblokmaatskappy wel deur enige besluit van die ledevergadering in verband met sodanige versekering van die onroerende bates gebind word.

Afgesien van enkele gebreke waarna hierbo verwys is, blyk dit dat die blokaandelehouer beslis in 'n aansienlik sterker posisie as gevolg van die Wet op die Beheer van Aandeleblokke verkeer as wat voorheen die geval was. Sy huidige posisie word hierna met dié van 'n deeltiteleienaar vergelyk.

(word vervolg)

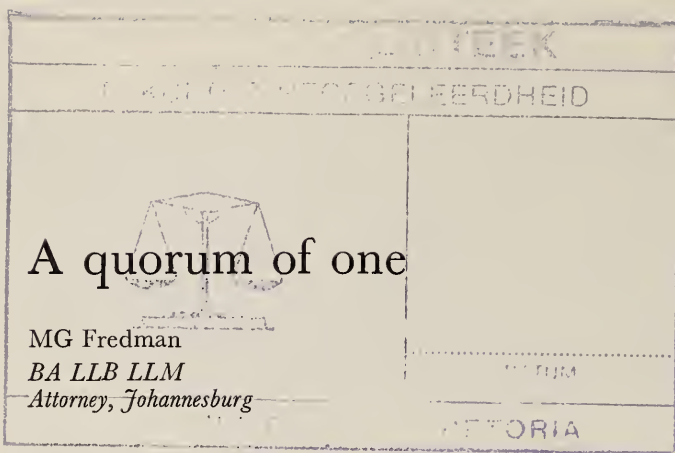
¹²² Par 60 van Tabel A en par 61 van Tabel B. Die beperking is nie van toepassing op tydelike lenings in die gewone loop van sake van die maatskappy se bankiers nie.

¹²³ a 14(1) van Wet 59 van 1980.

¹²⁴ Hierdie aangeleentheid word *supra* i v m *ultra vires*-handeling bespreek.

¹²⁵ a 19 van Wet 59 van 1980. Die Engelse teks verwys na "any relevant resolutions." (Ons kursivering.)

¹²⁶ Sien De Wet en Van Wyk a w 638, veral vn 750.



OPSOMMING

Indien dit onprakties is om 'n algemene vergadering van lede van 'n maatskappy op die voorgeskrewe manier byeen te roep of te hou, of indien die hof dit wenslik ag, kan die hof sodanige voorskrifte as wat hy goed dink, neerlê. In so 'n geval kan die hof gelas dat een of meer lede 'n kworum uitmaak.

Onder welke omstandighede sal 'n hof dié diskresie uitoefen? Die aangeleentheid word deur artikel 183 van die Maatskappywet van 1973 gereël.

Hierdie skrywe gaan die besliste sake teen die agtergrond van sommige van die vernaamste reëls van die maatskappyereg na: Die reël dat die maatskappy se konstitusie 'n kontrak uitmaak; die interne bestuursreël; die reël wat die persoonlike regte van lede beheer, en die reël dat 'n maatskappy gelikwedeer kan word op grond daarvan dat dit reg en billik sou wees.

Verder word betoog dat die howe in *Pollack* se saak in die uitoefening van hul diskresie kragtens artikel 183 te ver gegaan het maar in latere sake ietwat teruggetrek het. Voorts is die outeur van mening dat die howe hul volgens die tans geldende beslissings in die geval van 'n dooie punt op artikel 183 kan beroep, ten spyte van die feit dat dit nie in ooreenstemming met die reëls van die maatskappyereg, soos in hierdie artikel uiteengesit, is nie.

Daar word tot die slotsom geraak dat dit meer in ooreenstemming met maatskappyeregrees sal wees indien artikel 183 nie aangewend word nie indien die regshulp waarom gevra word (i) enige aandeelhouer sal benadeel; (ii) 'n aandeelhouer sy persoonlike regte sal ontnem; (iii) die meerderheid in staat sal stel om hul wense op wyses uit te druk waartoe hulle nie ooreengekom het nie; en (iv) sal dien as alternatief tot likwidasie in gevalle waar likwidasie reg en billik sou wees.

Where it is impracticable to call or conduct a general meeting of members of a company in the prescribed manner, or if for any reason it thinks it fit to do so, the court may give such directions as to that meeting as it thinks expedient.¹ In doing so, it may direct that one or more members may constitute a quorum. Under which circumstances will a court exercise this discretion? Some cardinal rules of company law form the background to the answer.

The first is that the articles have the same force as a contract between the company and each and every member as such to observe their

¹ s 183 of the Companies Act 1973 (hereinafter referred to as "the Act"), corresponding to s 62(2) of Act 46 of 1926; Cilliers, Benade and De Villiers *Company Law* 3 ed (1977) 201. (This reference will be cited as Cilliers Benade and De Villiers.)

provisions.² The sanction for this proposition is section 65 (2) of the Companies Act. The consequence is that the company constitution gives rise to a number of contractual rights and obligations between these parties, which are, in the ordinary course, enforceable at law.

The second is that the court will not interfere in the internal management of companies acting within their powers, unless there is some element of fraud present. This rule constitutes a major obstacle to the enforcement by a shareholder of his contractual rights under the constitution referred to in the first rule above. It is one aspect of the rule in *Foss v Harbottle*.³ However, the rule in *Foss v Harbottle* does not preclude the enforcement of personal rights embodied in the articles. It relates only to the right of the majority to conduct the internal management of the company as long as it acts within its powers and does not commit acts of a fraudulent nature.⁴

The third is that the individual member is given personal rights under the articles, such as the right to vote, and the right to have the affairs of the company conducted in terms of the articles.⁵ He is entitled to have meetings convened and held in terms of the articles. For example, notices must be sent out in terms thereof and, what is more important in the present context, meetings may not be held unless the requisite quorum as laid down by the articles and the Act is present.

The fourth is that a company may be wound up by the court if it appears to be just and equitable to do so.⁶ Once a company cannot function, winding-up becomes a distinct possibility, but is not inevitable. On the one hand, the mere existence of a deadlock does not *per se* entitle an applicant to a winding-up order under the "just and equitable" provision.⁷ On the other hand, in small domestic companies the deadlock principle may be invoked to obtain such an order.⁸ It is founded on the analogy of partnership and is confined to those small domestic companies in which, because of some arrangement — express, tacit or implied — there exists among the members in regard to the company's affairs a particular personal relationship of confidence and trust similar to that

² *Gohlke and Schneider v Westies Minerale (Edms) Bpk* 1970 2 SA 685 (A) 692F-G; Cilliers Benade and De Villiers 35.

³ There is no need to deal with the rule in *Foss v Harbottle* in detail or to state the other leg of the rule — namely that it is the company itself which *prima facie* brings an action to redress a wrong to itself — or the so-called exceptions to the rule which arise where the persons against whom the relief is sought are themselves in control of the company. See Cilliers, Benade and De Villiers 423.

⁴ See *Burland v Earle* 1902 AC 83 (PC); *Edwards v Halliwell* 1950 2 All ER 1064 (CA); *Yende v Orlando Coal Distributors* 1961 3 SA 314 (W).

⁵ *Bamford v Bamford* 1968 2 All ER 655 (ChD) 659-660 per Plowman J. It was his view that the articles were a contract and that each member was entitled to require of the company and of every other member that the affairs of the company be conducted according to the articles for the time being in force. The plaintiffs were therefore suing in respect of their own individual contractual rights and the rule in *Foss v Harbottle* was consequently excluded.

⁶ s 344 (h) of the Act.

⁷ *Emphy v Pacer Properties (Proprietary) Limited* 1979 3 SA 363 (D) 367A-C.

⁸ *ibid.*

existing between partners in regard to the partnership business. If, by conduct which is either wrongful, or not as contemplated by the arrangement, one or more of the members destroy that relationship, the other member or members are entitled to claim that it is just and equitable that the company should be wound up.

The result of these rules is that:

a the members are entitled to enforce the articles as contractual provisions;

b the court will not normally interfere in the conduct by the majority of the affairs of the company, provided they act within their powers and in no way in fraud of the minority;

c a member has personal rights which are enforceable as such, including the right to have the company's affairs conducted in terms of its constitution; and

d in certain circumstances a deadlock may lead to a winding-up order.

It is germane to the present enquiry to note that a deadlock may arise because it is not possible to call or conduct meetings in the manner prescribed by the articles. In the absence of a winding-up order the company would be left to its own devices.

Although the section provides that impracticality is a ground for invoking the section, this aspect has not been canvassed in our law. In an English case under another statute the loss of the members' register owing to a fire made it impractical to give notice to members.⁹ Publication of the relevant notices in the press was allowed. In such a situation an application under section 183 would probably succeed. The section also provides that it may be invoked for any other reason which the court thinks fit. Various reasons have been suggested in the cases. The danger of the company's assets falling into the hands of the enemy during war-time was one.¹⁰ The lapse of an attractive offer before a meeting could be held in terms of the articles was another.¹¹ These situations appear to present no problem.

In interpreting the section the courts have not considered themselves bound by the *eiusdem generis* rule to limit the reasons to those similar to impracticality. On the contrary, the courts have seen the deadlock situation as one such reason irrespective of impracticality. It is in this, the deadlock situation, that the results of the cases are both controversial and unclear. This situation was considered in *Pollack*¹², *Yende*¹³ and *Rothschild*.¹⁴ The result of *Pollack* was that the court allowed a meeting to take place with a quorum of one. In this case, while an action was pending

⁹ *Payne v Coe* 1947 1 All ER 841 (ChD).

¹⁰ *Ex parte X Co Ltd* 1942 EDL 74.

¹¹ *Otto v Klipolei Diamond Areas (Proprietary) Limited* 1958 2 SA 437 (T).

¹² *Pollack ex parte: In Re Pollack v Espol Investments (Proprietary) Limited* 1950 4 SA 701 (W).

¹³ *Yende v Orlando Coal Distributors supra*.

¹⁴ *Rothschild v Radiola (Proprietary) Limited* 1964 4 SA 133 (W).

to resolve a dispute between two brothers as to their respective shareholdings and interests in a private company, one of them applied for an order placing the company in liquidation. The other wished to oppose this application in the name of the company, but the applicant refused to attend a meeting of directors so that there was no quorum as required by the articles. The other then sought an order in terms of section 62(2) of the 1926 act permitting him to convene this meeting and to form the quorum alone.

It was contended by the respondent that this was a deadlock situation in which the wishes of the company would not be ascertained and nobody could act for the company which was therefore comatose and stagnant; and that the rights of voting and a quorum at directors' meetings were matters of contract and that the respondent was entitled to stay away from meetings in order to prevent the applicant from having his way. The granting of this application would, it was contended, have the effect of indirectly depriving the respondent of his contractual rights and of advantages arising therefrom. Finally, it was contended that the court should not exercise its discretion in a deadlock such as had arisen but rather in cases such as *Ex parte Exco*.¹⁵ However, De Villiers J rejected these contentions, holding that in a private company the right to call meetings and the right to compel the company to act was a right which rested with the shareholders, which they could exercise provided they did not act illegally and *contra bonos mores*. Since the majority shareholder wished the company to oppose the liquidation and would express this wish if given the opportunity to do so, he should be allowed to convene a meeting and, if necessary, one would be a quorum. The brother in question was practically the proprietor of the whole company and therefore was entitled to the relief sought.¹⁶

It is submitted, firstly that section 183 should not have been available as a remedy, since it deals only with annual general meetings or other general meetings of the company and in no way authorises the court to effect changes in the procedure at directors' meetings, nor were such changes contemplated in the order. One may assume in support of this submission that this company followed the invariable practice that the company would be managed by its directors. The decision to oppose the winding-up application would normally be a management decision to be taken solely by the directors. As Gower¹⁷ says, since *Quin & Axtens v Salmon*¹⁸ it has been clearly established that where this practice is followed the general meeting cannot interfere with the decision of directors unless the directors are acting contrary to the provisions of the act and all the articles. It must follow that a resolution of shareholders can not be a substitute for or override the proceedings of directors. All the shareholders could do was to remove the directors, or change the articles so as to enable

¹⁵ *Pollack supra* 703-704D. Reference is made therein to *Ex parte X Co supra*.

¹⁶ *ibid*.

¹⁷ *The Principles of Modern Company Law* ("Gower") 131.

¹⁸ 1909 AC 442 (HL).

the directors' meeting to be convened with a quorum of one. Strangely, this point was not taken at all.

Secondly, the judge's view that the right to call meetings rested with the shareholders is inaccurate. It would be more accurate to state that:

a the shareholders have contracted in the articles to exercise their rights, including their rights to call meetings in a particular way;¹⁹

b the majority can only express their wishes by adhering to the procedure laid down in the articles;²⁰

c the minority can insist that their personal right to have the company's affairs conducted in terms of the constitution should be honoured.²¹

Of course it is trite that the shareholders are not the proprietors of the company.²² Furthermore, the test of what the shareholders may do in the company is determined, in the first instance, not by the test of legality or public policy but by the terms of the agreement contained in the articles and by the act.

Furthermore, it is submitted that there were in this case no considerations in favour of the courts' exercising its discretion to grant the relief sought. The company was now exposed to costs; the majority shareholder could have applied to court in his personal capacity for leave to intervene in the winding-up procedure and would, it is submitted, have succeeded.

Thirdly, the court acted to the prejudice of the minority shareholder in depriving him of his personal rights under the constitution by favouring the majority shareholder unjustly, giving him more rights than he had bargained for; after all, the quorum had been agreed on in the constitution.

Fourthly, the quorum of one was in conflict with the policy of the 1926 act, regard being had to section 62(1)(d), which provided *inter alia* that in so far as the articles did not make provision for such a case, a quorum would in the case of a private company consist of two members present in person.

To-day the policy of the act is embodied in section 190 in terms of which, in the case of a private company which is not a one-man company, a quorum should be two members, unless the articles provide for a greater number. In other words, the constitution cannot provide for a quorum of fewer than two members in a private company, except in the case of a one-man company.

Fifthly, the question arises whether section 190 operates to preclude the court from exercising its discretion under section 183 to authorise a meeting with a quorum of one. It is submitted that section 190 is peremptory and is binding on the court as well as on the members and the company. If this is not so it is certainly a guide to the policy of the act which

¹⁹ *Quin and Axtens Limited v Salmon supra* 443.

²⁰ *ibid.*

²¹ *Bamford v Bamford supra* 659-660.

²² *Dadoo Limited v Krugersdorp Municipal Council* 1920 AD 530; *Macara v Northern Assurance Company Limited* 1925 AC 619 (HL).

should serve to discourage a court from ordering a quorum of fewer than two.

The decision in *Pollack* represents the furthest point to which the courts have extended the ambit of their discretion under section 183.²³ In *Yende*²⁴ the court refused to call such a meeting, reiterating the principle of non-interference and pointing out that the applicant had an alternative remedy. In delivering the judgment of the court Dowling J reiterated the important principle of company law that, in general, the policy of the courts has been not to interfere in the internal domestic affairs of the company, where the company ought to be able to adjust its affairs by appropriate resolutions of the majority of its shareholders.²⁵ Moreover, he made it clear that there was an alternative remedy, in that the applicant could attempt to secure the vote of the majority of the shareholders to effect the removal of the directors and appoint other directors. This judgment is to be welcomed as it restored some equilibrium after *Pollack* by reaffirming the basic company law rule of non-intervention in the internal management of the company and by affirming that, in deciding whether or not to exercise its discretion in favour of the relief claimed, a court will consider whether there is any alternative remedy available to the applicant as such.

In *Rothschild* the application was also dismissed on the ground that there was no equity in favour of the courts to the assistance of the applicant; this reflected the court's view that it should exercise its discretion to come to the assistance of persons placed at a disadvantage only in the case of deadlock.²⁶ In this case the three parties to the dispute were the only members of the company to be wound up and two of them were its sole directors.²⁷ They had entered into an agreement that all decisions taken by the company would be unanimous and that if unanimity could not be obtained the subject of the dispute would be referred to arbitration.²⁸ Once again the possibility of an alternative remedy weighed strongly with the court and assisted it in arriving at the view that there were no equities in favour of granting the application.²⁹ The outcome of the case was, it is submitted, in accordance with sound company law principles and it constituted a significant departure from *Pollack*.³⁰ Whether the reasoning of the court is beyond comment is another matter. Both the right to insist on a quorum's being present, and the right to have unanimity in the making of decisions, were terms of agreements, whether such agreements were contained in the articles in terms of section 65(2) of the act or concluded dehors the articles as in this case. Is it more reasonable to interfere with the quorum than with the unanimity clause? In the former

²³ *Pollack supra*.

²⁴ *Yende supra*.

²⁵ *Yende supra* 316C-D.

²⁶ *Rothschild v Radiola (Proprietary) Limited supra* 135E.

²⁷ 133 H.

²⁸ 134.

²⁹ 135E-F.

³⁰ *Pollack supra*.

one seems to be allowing the majority to express its wishes in the face of a recalcitrant minority. However, the majority obviously agreed, in the articles or elsewhere, to express its wishes in a particular way, namely at a meeting at which the requisite quorum was present at all times.³¹ It was not a term of this agreement that the minority was obliged to attend the meetings.

The court also noted (apparently with approval) the concession by respondents' counsel that a judicial discretion in terms of section 62(2) could only be exercised where the equities required that the court come to the assistance of persons who were placed at a disadvantage because of the deadlock.³² It is submitted, on the contrary, that this is the one situation where the court ought not to exercise its discretion in this way. Where there is a deadlock the courts ought to follow the principle in *Yende*, leaving the company to adjust its affairs by appropriate resolutions.³³ If this cannot be done then it may well be just and equitable for the court to order a winding-up of a company.

In *Otto*,³⁴ on somewhat different facts, it was held that section 62(2) may be invoked not only when the impracticality arose because of a deadlock or absence of shareholders or similar reasons, but where in all the circumstances it was highly desirable that a meeting should take place. On the other hand, Galgut J in making this statement restricted its ambit by stressing that the power given to the court to call such a meeting should be exercised only in exceptional cases.³⁵ It is submitted that the judgment in *Otto*, although it limits the court's exercise of its discretion, went too far in that it confirmed that a deadlock is an appropriate reason for the exercise of the court's power in favour of the relief claimed. In a deadlock the court, in granting an application under section 183, is in effect entering the arena, to the prejudice of one or other of the contesting parties, either by depriving one party of personal rights acquired by agreement under the articles or by sanctioning or ratifying a breach of these articles.

Nevertheless, it must be conceded that, on the authorities as they stand, the courts may interfere in a deadlock – but only where it is highly desirable to do so, and when there is no alternative remedy, and should only come to the assistance of persons placed at a disadvantage because of a deadlock.³⁶ Such a result is nevertheless not in accordance with other principles of company law enunciated above. Two situations in which it is submitted the section might properly be invoked without offending

³¹ For a parallel approach see *Quin and Axtens Limited v Salmon supra* 443. In terms of its constitution the company was to be run in a particular way, namely by the directors who could, however, not perform certain acts if there was objection thereto by Axten or Salmon.

³² *Rothschild supra* 135C–D.

³³ *Yende supra*.

³⁴ *Otto supra* 441H.

³⁵ *ibid.*

these principles are those in *X Co*³⁶ and in the English case of *Payne v Co*.³⁷ In *X Co* the shareholders of a private company consisted of three who were resident in South Africa where the head office was situate and where the directors resided, and six in unoccupied France. Meetings of shareholders could not be held because the South African shareholders did not form a quorum. Application was made to court under the relevant section for an order authorising the South African shareholders to act as a quorum at a meeting to attend to the routine business of an annual general meeting of the company for the duration of the war and/or until the French shareholders could be safely communicated with. The order was granted as prayed. It is submitted that there can be no criticism of the order since the holding of meetings had become impractical. The order averted a winding-up or loss at the hands of the German authorities. There was no interference in the internal management by the majority of the company's affairs nor any prejudice to the minority or a deprivation of their personal rights under the constitution. It was in the interest of all, including the company (which was perfectly solvent) and its creditors who had nothing to lose.

In *Payne* the register of members of a society registered under the Building Societies Act 1874 had been destroyed by enemy action. Permission was given to the society to give notice to members whose names were unknown by means of newspaper advertisements.

In conclusion, therefore, it would, it is submitted, be more in accordance with the principles of company law to limit the operation of section 183 to those situations in which the relief would not cause prejudice to any shareholder, nor deprive him of his personal rights, nor assist the majority in expressing its wishes in ways not agreed on, nor operate as an alternative to a winding-up where this would be just and equitable. □

Bydraes vir publikasie, boeke vir resensie, korrespondensie met die redakteur en advertensies moet gestuur word aan die redakteur, posbus 1263 Pretoria 0001. Artikels moet in die reël nie langer wees nie as 7 000 woorde (20–25 bladsye getik op A4, dubbelspasiëring). Tensy vooraf met die redakteur ooreengekom is, kan onmiddellike publikasie van bydraes nie beloof word nie.

Inskrywings op die blad moet gerig word aan die uitgewer: Butterworth, posbus 792, Durban 4000.

³⁶ *Ex parte X Co supra.*

³⁷ *Payne v Coe supra.*

Informele strafvermindering by moord

DP van der Merwe

B Juris LLB LLD

Senior Lektor in die Publieke Reg aan die Universiteit van Port Elizabeth

SUMMARY

This article deals with the problem of realising diminished culpability in sentences for murder. Historically there appears to be a progression from a fixed mandatory penalty to a discretion for the sentencing officer.

If the legislature does not provide this discretion the courts often develop it themselves by "reducing" murder to culpable homicide, using doctrines such as "specific intent" and "partial excuse." This procedure is categorised as "formal" reduction of punishment by the author, who criticizes some aspects of this procedure, notably the process of plea-bargaining.

"Informal" reduction of punishment, on the other hand, takes place when the accused is convicted on the main count, but the sentencing officer avails himself of his discretion to impose a lighter sentence for that same offence. The discretion given by section 277 of the Criminal Procedure Act 51 of 1977 upon a finding of extenuating circumstances with regard to murder falls under this heading, but, according to the author, does not go far enough.

The author suggests that the legislature may suggest certain guidelines with regard to punishment and should fix the maximum and minimum penalties. Beyond this he should leave the sentencing officer as wide a discretion as possible. This procedure combines particularly well with a normative concept of *mens rea* which would also make unnecessary the division of a trial into "legal" and "moral" stages.

'n Beskuldigde word van moord aangekla nadat die saak sorgvuldig deur die prokureur-generaal oorweeg is. Aangesien daar egter sprake van dronkenskap ten tyde van die daad by die beskuldigde was, word hy op die ou end aan strafbare manslag skuldig bevind ingevolge die leerstuk van "specific intent." Kortliks kom dit daarop neer dat die beskuldigde dan kwansuis te dronk was om die "specific intent" wat vir moord vereis word, te vorm, maar tog nog vir nalatigheid aanspreeklik gehou kan word aangesien 'n "redelike man" òf nie dronk word nie, òf selfs nie in 'n beskonke toestand sulke lelike dinge doen nie.¹

¹ Soos die titel aandui, word hierdie bespreking beperk tot die "reduksie" van moord na strafbare manslag. Na die onlangse beslissing *S v Chretien* 1981 1 SA 1097 (A) is die reduksie van gekwalifiseerde na gewone aanranding a g v die, dader se dronkenskap blykbaar nie meer moontlik nie — myns insiens 'n lofwaardige ontwikkeling.

Die dronkenskap in hierdie feitestel kan vervang word deur woede as gevolg van provokasie en blykbaar selfs deur geestelike afwykinge.² Indien die dader opgetree het in 'n situasie waarin noodweer regverdigbaar was, maar hy vanweë die besondere druk van die omstandighede die perke van noodweer oorskry en so die aanvaller gedood het, kon dieselfde prosedure vroeër³ gevolg het. Die beskuldigde is dan weer eens aan strafbare manslag in stede van moord skuldig bevind ingevolge die leerstuk van "partial excuse."

Hierdie is voorbeelde van die "reduksieleer" ofte wel formele strafvermindering.⁴ Alhoewel dit histories 'n belangrike rol gespeel het as nooduitgang om die verpligte doodstraf vir moord te omseil, is dit dogmatis onbevredigend en ontstaan die vraag of strafvermindering nie op 'n meer geordende, dog ook soepeler, wyse kan plaasvind nie.

Die grootste probleem waarvoor die vonnisbeampte staan, is skynbaar dat die doodstraf tradisioneel as die enigste straf⁵ vir moord gesien word. In al die genoemde voorbeelde voel die regspraktyk egter die behoefte vir 'n diskresie by vonnistoeemeting aan en het die praktyk self 'n prosedure ontwikkel waarvolgens so 'n diskresie moontlik is. Soms sien die wetgewer ook hierdie behoefte raak en gee dan òf aan so 'n bestaande prosedure statutêre beslag,⁶ òf maak 'n alternatiewe werkswyse moontlik.⁷

Dié probleem is blykbaar nie tot Suid-Afrika beperk nie, soos blyk uit die volgende aanhalings van Engelse skrywers:

"The outstanding defect in the law of murder is that it provides a single penalty for a crime so widely varying in culpability"⁸
en

"Homicide, the killing of a human being, was in the earliest times regarded by the common law as a deed so serious as to admit of excuse within only the narrowest of fields."⁹

In haar kommentaar op die onlangse aanbevelings van die Britse strafreghersieningskommissie insake die misdaad "homicide" verwyrt Celia Wells die kommissie dat hulle die afskaf van 'n voorgeskrewe straf by moord nie oorweeg het nie:

"The Committee's adherence to the fixed penalty precludes it from considering certain avenues of change, such as a single homicide offence."¹⁰

² Sien Verschoor "Verminderde Toerekeningsvatbaarheid by Geestesongesteldes" 1979 *TRW* 32 en die verslag van die Rumpff-kommissie par 8 12.

³ alhoewel die situasie nou na die beslissing *S v Ntuli* 1975 1 SA 429 (A) enigszins beter gereël word.

⁴ Dié uitdrukking word in vn 14 hieronder verduidelik.

⁵ dus tegelykertyd maksimum- en minimumstraf.

⁶ bv die verminderde straf op grond van verminderde toerekeningsvatbaarheid waarvoor a 78 (7) van die Strafproseswet 51 van 1977 voorsiening maak.

⁷ bv die bevinding van versagende omstandighede waarvoor a 277 van Wet 51 van 1977 voorsiening maak.

⁸ Fitzgerald *Criminal Law and Punishment* (1962) 219, waar by die "Royal Commission on Capital Punishment" aanhaal.

⁹ *Russell on Crime* (1964) 339.

¹⁰ 1980 *Modern LR* 681.

Die probleem is ook geensins nuut nie, maar spruit reeds uit die Romeinse reg. Die *Lex Cornelia de Sicariis et Veneficis* het die *capite*-straf¹¹ vir opsetlike doodslag voorgeskryf. Reeds in die Romeinse reg, maar veral in die Romeins-Hollandse strafreg, het die howe en skrywers al hoe meer voorsiening daarvoor gemaak dat 'n vonnisbeampte kon afwyk van die voorgeskrewe straf (*poena ordinaria*) en 'n ligter, "buitengewone" straf kon oplê (die *poena extraordinaria*). Sekere strafversagende faktore het daartoe gelei dat die vonnisbeampte die diskresie verkry het om 'n *poena extraordinaria* in stede van die voorgeskrewe straf op te lê.

Ook in Suid-Afrika is die doodstraf tot 1935 as verpligtend voorgeskryf vir moord en ook hier het die howe 'n werkswyse ontwikkel om die oplegging van die doodstraf in alle gevalle te vermy.

In die Suid-Afrikaanse praktyk word die weg van die sogenaamde "reduksieleer" gewoonlik gevolg om in die reeds genoemde probleem-situasies aan die voorsittende beampte 'n vonnisdiskresie te verleen. By die dronk doder lei die reduksieleer, soos reeds beskryf, tot 'n skuldigbevinding aan strafbare manslag sodat die voorsittende beampte kan afwyk van die voorgeskrewe straf vir moord. Hierdie reduksieleer kan ook aanwending vind by die persoon wat dood nadat hy sy selfbeheer as gevolg van woede of dergelike oorsake verloor het.

In 'n effens ander vorm, kragtens die leerstuk van "partial excuse," veroorsaak die reduksieleer strafvermindering in die Suid-Afrikaanse praktyk wanneer die beskuldigde dood tydens die oorskryding van die perke van geoorloofde noodweer. Alhoewel die beskuldigde opsetlik opgetree het, word hy aan strafbare manslag in stede van moord skuldig bevind. Hierdie praktyk is wel op 'n dogmaties suiwerder basis geplaas deur die beslissing *S v Ntuli*,¹² maar veral die probleme wat in verband met regsdwaling ontstaan in sulke situasies is myns insiens nog nie bevredigend opgelos nie.¹³

Die proses om 'n persoon aan strafbare manslag in stede van moord skuldig te bevind ten einde 'n diskresie met betrekking tot straftoemeting te verkry, staan ook bekend as formele¹⁴ strafvermindering. Dit kan nie ontken word dat hierdie proses 'n nuttige rol in die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse strafreg gespeel het nie. Dit bied 'n "troosprys" aan die staat en die gemeenskap wanneer daar probleme ondervind word om te bewys dat die beskuldigde *dolus* gehad het. Die beskuldigde ontvang nou wel nie sy volle straf nie, maar kom darem ook nie heeltemal met sy storie weg nie. Behalwe die tydsbesparing vir die oorvol howe, het hierdie

¹¹ wat egter nie altyd noodwendig die doodstraf beteken het nie — sien DP van der Merwe *Die Leerstuk van Verminderde Strafbaarheid* ongepubliseerde tesis UNISA (1980) 12-13.

¹² 1975 1 SA 429 (A).

¹³ Van der Merwe a w 310-311.

¹⁴ so genoem op grond van 'n onderskeid gemaak deur Hart in sy *Punishment and Responsibility* (1968) 15 (en sien Van der Merwe a w 20). Informele strafvermindering vind plaas wanneer 'n skuldigbevinding op die hoofklag volg, maar die vonnisbeampte sy diskresie gebruik om 'n beskuldigde se laer verwythbaarheid in die vonnis vir daardie selfde misdaad uit te druk.

proses ook die voordeel dat die stigma van “moordenaar” nie aan die doder kleef nie.

Nogtans kleef daar baie nadele, ook vir die beskuldigde, aan formele strafvermindering. Die versoeking is groot vir ’n staatsadvokaat om nie die risiko aan te gaan dat sy bewysmateriaal met betrekking tot die beskuldigde se *mens rea* te kort gaan skiet nie, en om ook baie tyd te bespaar, deur ’n pleit van skuldig aan strafbare manslag op ’n klag van moord te aanvaar — die sogenaamde proses van “plea-bargaining.”¹⁵ Oor hierdie prosedure word daar tans veel in die Verenigde State van Amerika gepubliseer, maar dit kom ook in Engeland¹⁶ en in Suid-Afrika¹⁷ voor — die Amerikaners is miskien maar net eerlik genoeg om te erken dat hierdie prosedure wel in hulle regstelsel bestaan! Die advokaat vir die verdediging mag net so gretig wees om tyd te bespaar en dus ook druk op sy kliënt plaas om die veiliger weg van “’n pleit” te volg. Uit vrees vir die doodvonnis mag selfs ’n onskuldige aangeklaagde besluit om liever die goue middeveg as die “alles of niks”-beginsel te volg.

Benewens hierdie beswaar lei formele strafvermindering tot ’n vertroebelde siening van die misdaad strafbare manslag. In stede van doodslag wat deur nalatigheid van moord onderskei word, skep formele strafvermindering nou ’n soort tweederangse moord wat met “general intent,” “partial excuse” en dergelike leerstukke gepaardgaan. In stede daarvan om ’n positiewe onderskeidende kenmerk by strafbare manslag te soek, word die negatiewe definisie van die Engelse reg nagevolg: “Manslaughter is an unlawful homicide without malice aforethought.”¹⁸ Hieruit volg ook ’n vervaging van die grense tussen die misdade moord en strafbare manslag in die Suid-Afrikaanse reg.¹⁹

Hierdie prosedure vertroebel ook straftoemeting aangesien dieselfde faktore nou twee keer in aanmerking geneem kan word. In beslissings soos *R v Shange*²⁰ en *S v De Jager*²¹ is geargumenteer dat die dader se dronkenskap eerstens in ag geneem moet word om die misdaad van moord na strafbare manslag te “verminder” en dat dit daarna weer in aanmerking moet kom as ’n versagende omstandigheid by die straftoemeting

¹⁵ Vir ’n kritiese beskouing van hierdie praktyk sien Van der Merwe a w 185 e v.

¹⁶ Baldwin en McConville *Negotiated Justice* (1977).

¹⁷ volgens die skrywer se eie ervaring as staatsadvokaat in die hooggeregshof. Die nuwe pleitprosedure bring spesifiek by moord nie veel tydbesparing mee nie — a 121 (5)(b) van die Strafproseswet 51 van 1977 bepaal dat die doodvonnis nie opgelê word nie, tensy die skuld van die beskuldigde bewys is asof hy onskuldig gepleit het. Die versoeking bly dus steeds daar om ’n pleit van skuldig aan strafbare manslag aan te bied en te aanvaar. Aangesien die moontlikheid van die doodvonnis dan uitgesluit word, kan die beskuldigde skuldig bevind word sonder dat die hof getuënis aanhoor.

¹⁸ Smith en Hogan *Criminal Law* 4e uitg (1978) 267.

¹⁹ Sien bv *S v September* 1972 3 SA 389 (K). N a v hierdie beslissing was daar ’n lang debat onder akademici of *dolus* en *culpa* tegelykertyd m b t dieselfde feit kan bestaan. Logieserwys kan dit natuurlik nie, maar in die praktyk kan *dolus* wat in werklikheid bestaan m b t die dood nie altyd bo redelike twyfel bewys word nie en die staat maak dan altyd gebruik van die makliker bewysbare *culpa* om by strafbare manslag uit te kom.

²⁰ 1957 1 PH H108 (N) 171.

²¹ 1973 1 PH H28 56(A).

vir strafbare manslag. Op grond van dieselfde faktor moet daar met ander woorde dus eers formele en daarna informele strafvermindering plaasvind. Die hof het egter in beide gevalle hierdie argument verwerp. In *S v Chretien*²² het regter Friedman ook geweier om die dronkenskap weer eens by strafbare manslag as strafversagting in aanmerking te neem:

“In the present case, the fact that the accused had clearly inbibed far too much alcohol was a factor which we took into account in weighing up whether or not the accused had an intention to kill, and the fact that he was in an inebriated state was a factor which influenced us in concluding that the accused should be convicted not of murder but of the lesser crime of culpable homicide. When however one has regard to the conduct of the accused in relation to the offence of which he has been convicted, the presence of the alcohol consumed by him has an entirely different effect and different weight has to be attached to it . . . to the extent that the presence of alcohol falls to be taken into account for sentence purposes, it is if anything in the present case an aggravating feature” (878A-E).

In 1935 het die wetgewer deur die moontlikheid van ’n bevinding van versagtinge omstandighede by moord (wat dan aan die regter ’n diskresie gee om af te wyk van die voorgeskrewe doodstraf) skynbaar die alternatief van informele strafvermindering²³ daargestel. Nogtans geskied selfs strafvermindering deur middel van versagtinge omstandighede nog taamlik formeel in die praktyk. Die hof bevind die beskuldigde aan ’n misdad “met versagtinge omstandighede” skuldig,²⁴ by welke oordeel egter slegs sekere versagtinge omstandighede in aanmerking geneem mag word, byvoorbeeld net faktore wat betrekking het op die gemoed of die geestesvermoëns van die beskuldigde toe die daad gepleeg is.²⁵ Faktore wat nie direk met die persoon van die dader in verband staan nie, soos die hoeveelheid skade aangerig, vorige veroordelings of ’n gebrek daaraan, word glad nie op hierdie stadium in ag geneem nie²⁶ en kom eers ter sprake by die vonnisstadium wat op hierdie skuldigbevinding volg. Indien die beskuldigde egter aan “moord sonder versagtinge omstandighede” skuldig bevind word, ontvang die beskuldigde die doodstraf sonder dat die tweede kategorie van faktore hierbo genoem ooit enige invloed op die voorgeskrewe straf kan hê. Weens die onnodige skerp skeiding tussen hierdie twee misdade ontstaan daar ook allerlei prosessuele probleme waarop in hierdie artikel nie volledig ingegaan word nie.²⁷

Daar sal volstaan word met ’n verwysing na die strydpunt of die bevinding van versagtinge omstandighede deel van die moordverhoor is, aldan nie. In ’n sekere sin word dit as ’n aparte, tweede, stadium gesien.²⁸ Dit bring die voordeel mee dat die *onus* met betrekking tot hierdie fase na die beskuldigde geskuif kan word, asook dat hy nou getuienis kan aanbied

²² 1979 4 SA 871 (D).

²³ Sien vn 14 hierbo.

²⁴ Sien *S v Mavhangu* 1981 1 SA 56 (A).

²⁵ Sien bv *S v Babada* 1964 1 SA 26 (A) en *S v Petrus* 1969 4 SA 85 (A).

²⁶ Van der Merwe a w 296.

²⁷ Sien hieroor Van der Merwe a w 297 e v.

²⁸ *S v Shabalala* 1966 2 SA 297 (A) en Hiemstra *Suid-Afrikaanse Straffproses* 3e uitg (1981) 596.

wat in stryd is met sy getuienis tydens die stadium voor die skuldigbevinding aan moord.²⁹

In 'n ander sin word dit weer beklemtoon dat die twee fases tog een prosedure is, sodat assessore nog aan die bepaling van versagtende omstandighede kan deelneem sonder dat hulle deelneem aan die na-verhoor straftoemetingstadium wat eintlik die regter se verantwoordelikheid is,³⁰ en sodat ook getuienis gelewer in verband met versagtende omstandighede deel van die notule in appèl moet vorm en dat die appèlhof kennis kan neem van sulke getuienis om te bepaal aan welke misdaad die appellant hom in werklikheid skuldig gemaak het.³¹

Myns insiens behoort moord nie so formeel behandel te word dat sekere feite eers tot die hof se aandag kom indien 'n voorgeskrewe aantal preliminêre stadia afgehandel is nie. Eerstens moet die hof (regter en assessore) naamlik besluit of die beskuldigde aan moord skuldig bevind moet word; tweedens moet die hof besluit of dit "moord met versagtende omstandighede" was en, indien wel, moet die regter, derdens, sy eie diskresie uitoefen of die doodstraf nie in elk geval nog opgelê moet word nie. Die oordeel by die tweede stadium (in verband met versagtende omstandighede) word ook dikwels deur die howe as 'n "morele" oordeel bestempel,³² wat hierdie stadium dan sou onderskei van die "juridiese" bevinding van moord in die eerste stadium. Hierdie los-en-vas werkswyse lei myns insiens daartoe dat die regter nooit sy diskresie kan uitoefen met 'n geheelblik oor al die relevante feite nie.

Die kern van hierdie ietwat onbevredigende oplossing is myns insiens dat die regter se diskresie by straftoemeting te veel aan bande gelê word, veral by 'n misdaad soos moord met sy voorgeskrewe verpligte straf. In die meeste strafregsteme is daar blykbaar 'n ontwikkelingsgang met 'n starre voorgeskrewe straf vir elke misdaad as beginpunt. Hiervan mag die regter nooit, of selde, afwyk nie. So verklaar Kadish:³³

"As for sentencing discretion, it is plain that the alternative to the existence of discretion is an unacceptable reversion to the strict classical view of a fixed statutory penalty for designated offenders."

Indien die wetgewer nie vir 'n dergelike diskresie voorsiening maak nie, ontwikkel die howe dit eenvoudig mettertyd self, soos die prosedure van formele strafvermindering by moord aantoon. Dit sou myns insiens die regsekerheid beter dien vir die wetgewer om die vonnisdiskresie van die regter af te baken en vir hom leiding te gee in verband met die doel wat die wetgewer nastreef, as om iets absoluut voor te skryf met die gevolg dat dit in die praktyk gewoonlik omseil word. Dit is vanselfsprekend dat 'n

²⁹ wat op hierdie stadium dus nog nie as met, of sonder, versagtende omstandighede gekategoriseer kan word nie.

³⁰ *S v Sparks* 1972 3 SA 396 (A) 404E.

³¹ *S v Mavhungu* hierbo.

³² sien by *R v Biyana* 1938 EDL 310, *S v Petrus* 1969 4 SA 85 (A) en *S v Letsolo* 1970 3 SA 476 (A).

³³ 1962 *Harvard LR* 929.

regter selde 'n onbeperkte diskresie ten opsigte van straftoemeting kan hê. Dworkin³⁴ stel dit soos volg:

"Discretion, like the hole in the doughnut, does not exist except as an area left open by a surrounding belt of restriction."

Soos blyk uit die voorgaande, is die afbakening van diskresie met betrekking tot straftoemeting tussen wetgewer en regter nog nie duidelik genoeg in die huidige Suid-Afrikaanse reg nie. Daar word aan die hand gedoen dat die wetgewer moet voorskryf welke strafsoort(e) by elke misdad moontlik is en dat hy ook 'n maksimum ten opsigte van gevangenisstraf en boetes moet vaslê. Verder moet hy aan die regter leiding gee met betrekking tot die faktore wat strafverhoging of -vermindering kan regverdig (maar behoort hy dit nie dwingend voor te skryf nie) en moet hy ook leiding gee in verband met 'n sistematiese werkswyse waarop die diskresie uitgeoefen moet word.³⁵

Onderworpe aan bogenoemde beperkinge behoort die vonnisbeampte 'n vrye diskresie te hê wat betref die seleksie van versagtende en verswarende omstandighede en van die gewig wat aan elk toegeken moet word. Die oorweging van sekere relevante faktore behoort veral nie afhanklik gemaak te word van 'n bevinding van "moord met versagtende omstandighede" nie en dit behoort ook nooit nodig te wees om moord om te tower na strafbare manslag om strafversagting te bewerkstellig nie.³⁶

So 'n sisteem van informele straftoemeting funksioneer ten beste saam met 'n normatiewe, in stede van 'n psigologiese, skuldbegrip. Die psigologiese skuldbegrip beheers tans nog die toneel in Suid-Afrika by misdade waar *dolus* 'n vereiste is vir aanspreeklikheid. Sekere empiries vasstelbare psigiese aktiwiteite soos bewustheid van 'n sekere feit of toestand en die wilsbesluit om verkeerd te handel word as inhoud van die skuldelement gesien. Hiermee kan vergelyk word die gemengde skuldbegrip wat daarmee aanverwant is, maar reeds die klem op normatiewe aspekte soos die verwytbaarheid van die dader se wilsbesluit begin plaas.³⁷

'n Interessante nuwe siening van skuld wat sterk herinner aan die suiwer normatiewe skuldbegrip van die huidige Duitse reg is dié van NJ van der Merwe in sy artikel "Die Verband tussen Mens Rea en Skuld."³⁸ Hy toon dat *culpa* in graad kan fluktueer soos blyk uit die gemeenregtelike begrippe *culpa lata* en *culpa levissima*. 'n Psigologiese gesindheid kan nie so fluktueer nie en daarom moet skuld liewer gesien word as 'n verwyt wat 'n persoon van regsweë tref.³⁹ Daar moet aan voorvereistes soos handeling, onregmatigheid, toerekeningsvatbaarheid en kousaliteit voldoen word

³⁴ soos aangehaal deur Lund in 1979 *SASK* 203.

³⁵ Vir 'n uitvoerige voorstel in hierdie verband sien Van der Merwe a w 348 e v.

³⁶ Sien in hierdie verband Wessels *Moord en Strafwaaardige Manslag in die Suid-Afrikaanse Strafrege* Magisterverhandeling Universiteit van Pretoria (1956) 61 (m b t "partial excuse") en 116 (m b t provokasie).

³⁷ 'n Voorbeeld van lg is miskien te vind in De Wet en Swanepoel *Strafrege* 3e uitg (1975) 99 waar skuld gedefinieer word as "die laakbare (normatief) gesindheid (psigologies) waarmee die persoon handel" (my invoegings tussen hakies).

³⁸ 1976 *SALJ* 287.

³⁹ Dit is dan ook waarop die normatiewe skuldbegrip van Duitsland basies neerkom. Sien in hierdie verband Snyman 1979 *ICLQ* 211.

alvorens dié verwyt die dader kan tref. Aangesien hierdie verwyt kan fluktureer van oortreder tot oortreder is skuld dus gradeerbaar.

Indien van so 'n gradeerbare skuldbegrip gebruik gemaak word, hoef daar nie na die gebied van die etiek of moraal gegryp te word om versagtende omstandighede te bevind nie:

“Die ondersoek na versagtende omstandighede behels dus nie die toepassing van ongedefinieerde morele maatstawwe van verwytbaarheid nie, maar die gradering van juridiese skuld met verwysing na toerekeningsvatbaarheid en opset as elemente van of voorvereistes vir sodanige skuld.”⁴⁰

Loubser wys ook daarop dat die diskresie met betrekking tot die doodstraf nie van die versagtende omstandighede⁴¹ alleen behoort af te hang nie, maar van alle relevante omstandighede, byvoorbeeld “vorige veroordelings, die moontlikheid van rehabilitasie, beleidsoorwegings en berouvolle gedrag na die daad.”⁴²

Oostenryk is 'n voorbeeld van 'n land waar 'n normatiewe skuldbegrip gekoppel word aan 'n wye vonnisdiskresie vir die vonnisbeampte, sodat laasgenoemde die skuldverwyt jeens die beskuldigde presies kan kwantifiseer. Artikel 34 van die Oostenrykse Strafkode het geen vaste voorskrifte in verband met die presiese metode en quantum van strafvermindering nie, maar noem 'n aantal “Milderungsgrunde” soos verminderde toerekeningsvatbaarheid, jeugdige leeftyd, swak opvoeding, 'n skoon lewenswandel, 'n edele motief, beïnvloeding deur 'n ander persoon en heftige gemoedsbewegings.⁴³

Myns insiens sou die strafverminderingprobleme aan die begin van hierdie artikel uiteengesit, beter deur so 'n informele strafvermindering-prosedure opgelos kan word. Alhoewel dié probleme veral by 'n misdad soos moord met 'n voorgeskrewe doodstraf akuut is, heers dit ook by alle misdade waar tans van formele strafvermindering gebruik gemaak word⁴⁴ en die aanbevole benadering behoort *mutatis mutandis* ook daar gevolg te word. Die oënskynlike afskaffing van die reduksieleer met betrekking tot aanranding in *S v Chretien*⁴⁵ is dus myns insiens 'n stap in die regte rigting. Hierdie beslissing is egter tot aanrandings beperk en gesien die belangrike rol wat die reduksieleer met betrekking tot toerekeningsvatbaarheid⁴⁶ en met betrekking tot bewysprobleme speel, sou 'n afskaffing van dié leer ook 'n ingrypende herstrukturering van die toerekeningsvatbaarheids-element (en moontlik 'n verskuiwing van die *onus* in verband daarmee) impliseer.

□

⁴⁰ Loubser “Versagtende Omstandighede by Moord: die Gradering van Skuld” 1977 *THRHR* 331 340.

⁴¹ in die tegniese sin waarin die howe dit by moord gebruik.

⁴² Loubser 341.

⁴³ Sien DP van der Merwe a w 39.

⁴⁴ Hier word veral aan die rits aanrandings “with intent to do greivous bodily harm, to murder, to rape, etc” gedink. Dié is in elk geval vreemd aan die Romeins-Hollandse reg – sien *Jan Cook v De Staat* 1886 OR 189.

⁴⁵ hierbo.

⁴⁶ weens die howe se vermenging van toerekeningsvatbaarheid en skuld – sien Burchell en Hunt *SA Criminal Law and Procedure* (1970) bd 1 210 en die bronne daar aangehaal.

Hendrik Cloete, recorder of Natal: as revealed in his judgments*

PR Spiller

BA LLB LLB

Senior Lecturer in Law in the University of Natal, Durban

OPSOMMING

Hendrik Cloete (1792–1870) was van 1846 tot 1855 die enigste regter in Natal. Sowat sestig van sy talryke beslissings en toesprake het in die koerante en Natalse argiewe behoue gebly. Hieruit blyk Cloete se gebondenheid aan die Romeins-Hollandse reg. Hy het groot waarde aan die Hollandse leerstukke en wette en in 'n sekere mate ook die wyse van toepassing daarvan in die Kaapkolonie geheg. Insgelyks het Engelse regsreëls en -instellings ook deel gevorm van Cloete se regspraak. Dit is deels deur wetgewing vereis (byvoorbeeld bewysreg), maar selfs waar dit nie vereis is nie, het Cloete die Engelse reg gebruik om die Romeins-Hollandse reg te onderskraag en te verduidelik.

Cloete het die jurisdiksie van die distrikshof ywerig beskerm. Dit blyk uit sy kragtige reaksie teen verskeie aanvalle op die hof se jurisdiksie, veral deur Theophilus Shepstone, oor die aanvaarding van beheer oor die Swart stamme van Natal en ook deur andere oor die hof se hersieningsbevoegdheid oor landdroshofverrigtinge.

'n Sterk pedagogiese inslag is in sy uitsprake te bespeur. In menige daarvan is hy die leermeester, en 'n uitstekende een daarby: weldeurdag, georden, skolasties en terselfdertyd prakties, asook deeglik. Cloete wou graag sy regskennis meedeel – aan litigante, advokate en amptenare (soos dit blyk uit sy begeerte dat al sy beslissing gepubliseer word).

Cloete was ook nie traag om sy besliste morele oortuigings van die regsbank af te verkondig nie. Hy was oortuig dat regstoepassing sonder aansien van stand of ras moet geskied.

Cloete kom voor as 'n trotse persoon, gevul met die erns van sy hof en die Romeins-Hollandse reg. Hierdie trots het gepaard gegaan met 'n ywerige geesdrif en 'n neiging tot vurige uitlatings. Veral waar hy 'n aanval op hom vermoed het, het uitlatings gevolg wat noodwendig skerp reaksie teen hom uitgelok het. Hierdeur het Cloete die gramskap van verskeie persone op die hals gehaal, insluitende die luitenant-goeweneur van Natal, wat tot sy tydelike skorsing gelei het.

Desondanks hierdie foute word 'n mens by die lees van sy uitsprake vervul met bewondering vir Cloete. Sy bekwaamheid, kennis, ideale, begeerte om op te voed en goed te bereg, sy liefde vir die reg en pligsbesef skitter helder in die andersins grys agtergrond van die Natalse regspleging van die middel van die negentiende eeu.

* Based on a paper delivered before the Legal History Group of the Society of University Teachers of Law at Pietermaritzburg on 30 June 1981.

1 INTRODUCTION

Hendrik Cloete (1792–1870), LL.D., formerly pupil of DG van der Kessel, student at Lincoln's Inn and advocate of the Cape supreme court,¹ was appointed the sole judge (recorder) for the district court of Natal in October 1845.² The formal opening of the district court took place on 15 January 1846,³ and Cloete presided as recorder until his suspension by the Lieutenant-Governor of Natal on 12 April 1853.⁴ Following his successful appeal against his removal, he returned to office in July 1854,⁵ where he remained until his transfer to the Cape supreme court in October 1855.⁶ Thus, Cloete was effectively recorder in the district court of Natal for 8½ years.

Of the numerous court pronouncements which Cloete made during this period, some sixty judgments and addresses have been preserved, mainly in newspapers, and to a limited extent in the Natal Archives. These present a vivid picture of Cloete's performance as a judge in Natal, as will now be seen from a consideration of the law applied and the jurisdiction claimed in his judgments, as well as the mode of their presentation.

2 THE LAW APPLIED BY CLOETE

2 1 Commitment to Roman-Dutch law

Ordinance 12 of 1845, section 1, enacted that

“the Roman-Dutch law, as the same has been and is accepted and administered by the legal tribunals of the Colony of the Cape of Good Hope, shall be, and the same is hereby established as the law for the time being of the District of Natal.”⁷

Cloete saw this ordinance as imposing upon him a clear duty to apply Roman-Dutch law in Natal. In his address at the formal opening of the district court, he noted that

“the Roman-Dutch laws had ‘been declared the basis of all [the] Civil Rights and Obligations . . . [of the inhabitants, and so he gave his assurance that his] . . . efforts will be directed to apply those laws to the protection of those rights.’”⁸

And so, Cloete had no hesitation in attaching primary importance to the Roman-Dutch texts and statutes. In *Joubert v Archbell* 1846, concerning the rules of provisional judgment, he stressed that

“[t]o guide the Court in laying down such principles, the standard works of the Dutch Law Courts must be relied upon.”⁹

¹ *Dictionary of South African Biography* vol I 171–2.

² 1934 *SALJ* 7.

³ *The Natalian* 1846–01–16.

⁴ CSO 2298/681 (Natal Archives).

⁵ *op cit* n 1.

⁶ 1855 *Natal Blue Book*.

⁷ Dunbar Moodie *Ordinances, Proclamations relating to the Colony of Natal* (1856) I 2.

⁸ *The Natalian* 1846–01–23.

⁹ *The Natalian* 1846–01–30.

The authority most often referred to was Johannes Voet's *Commentarius ad Pandectas*, as seen in *Q v Walker* 1854:

"These principles of the present law of Holland are so clearly laid down by Professor Voet in his valuable Commentary on the Digest, that I shall content myself with giving you the following translation . . ."¹⁰

Other jurists referred to included Van der Linden, Van der Keessel and Merula, and, to a lesser extent, Grotius, Van Leeuwen, Bort, Heinecius, Matthaeus, Loenius, Molloy and Pothier.

Furthermore, Cloete was not averse to declaring the paramountcy of Roman-Dutch law over English law. In *Ex parte Byrne* 1851, on the question of litigation, he said that

"it will be quite unnecessary to go into a laborious search as to precedents [in the Courts of Queen's Bench and Chancery], when the Court finds that, by the Roman-Dutch Law, which it is bound and called upon to administer, certain clear rules and principles are laid down, which it has only to refer to, to guide its decision in this matter."¹¹

And in *Q v Walker* 1854, where the English-trained counsel for the prosecution brought the charge of "compounding a felony,"¹² Cloete noted:

"Mr Cope has exhausted all the English law on the subject, but I am not here to advocate any particular code of laws, but having taken an oath to carry out one law, it is my bounden duty to follow no other . . ."¹³

2 2 Reference to Cape law

Besides referring to the Roman-Dutch texts and statutes, Cloete had recourse to the Cape legal system and the precedents established there.

One factor accounting for such recourse was the statute law which governed Natal. As seen above, Ordinance 12 of 1845 had introduced Roman-Dutch law as "accepted and administered" in the Cape Colony, as the law of Natal.¹⁴ Then, Ordinance 14 of 1845, sections 30 and 34, had established appeal in civil cases from the district court to the Cape supreme court and allowed the district court to remit any case to the supreme court where it appeared to the district court that the suit might be "more conveniently heard or determined" in the Cape.¹⁵ In *Meller v Buchanan* 1852, where Cloete was defending his reference of the case to the Cape supreme court, he stated the following:

"[T]he District Court, here, partakes of the character of a Circuit Court in the Cape colony, and is vested with precisely the same powers and authority as the single judge exercises on circuit throughout the Cape colony; it is, in that respect, ancillary to the Supreme Court, to whom it may refer any cases, precisely as the Judge on circuit; . . . Both Courts are subject to the same system of laws – they belong to

¹⁰ *Natal Witness* 1854–06–19.

¹¹ *Natal Witness* 1851–08–22.

¹² The offence in English law where a victim sought private compensation from his wrongdoer (Baker *An Introduction to English Legal History* 2 ed (1979) 413–414).

¹³ *Natal Mercury* 1854–09–27.

¹⁴ Moodie *op cit* 2.

¹⁵ Moodie *op cit* 13–14.

the same Supreme Government, and their mutual co-operation and assistance is essential to the well-being of, and to a proper administration of justice throughout Southern Africa."¹⁶

Another reason explaining Cloete's recourse to Cape law was that the Cape courts had been Cloete's legal home for some thirty years prior to his arrival in Natal. And so, on a number of occasions, he drew upon his knowledge of Cape practice and referred to cases in which he had appeared. In *Ex parte Byrne* 1851, he admitted that the district court's rules governing pleadings were "almost copied from those of the Supreme Court."¹⁷ In *Visagie v Harding* 1852, he gave judgment as follows:

"The Court has however held that the averments of a Declaration should be set forth with that precision and strictness as the Counsel for the Government might require or should observe in drawing a Criminal Indictment, but even in such a case it has been held over and over again, that any averment if not supported by evidence, and even if contradicted by that evidence, if it be not absolutely material to the proof of the guilt of the offender, would not be fatal; and to establish this principle the Court would only refer to a remarkable trial before the Supreme Court at Cape Town, 'the Queen vs Thomson', in which the prisoner being charged with fraud and embezzlement, and the averments in the Indictment having alleged that the sums embezzled amounted to £10 000, whilst upon the very specific counts of the Indictment the sums set out amounted to only £5 000, I endeavoured, but unsuccessfully, to contend both in arrest of judgment and on the trial, that this was a fatal variance, as the amount of embezzlement might materially affect the verdict of the Jury and the sentence of the Court, but the Court held unanimously that this averment was not material, that the Indictment could be supported *aliunde*, and thus overruled the objection."¹⁸

But, while Cloete referred to Cape precedents, he emphasized that his ultimate allegiance lay to the Roman-Dutch law, and that he would not follow Cape rulings if they departed from this law. In *Zietsman v Benningfield* 1849, he declared:

"[A]ssuming that the Supreme Court, or a majority of that Court, may have given provisional judgment in a case precisely similar to the present, this Court is still bound to declare that the principles and authorities upon which the law is to be administered, must be held more sacred by this Court, than the dictum of the Supreme Court, or a majority of that Court, in any cases: and that where the legal authorities appear conclusive and pertinent, the Court is bound, and must conscientiously follow THEIR direction, leaving it to the party aggrieved to obtain the reversal of its judgment, by a formal appeal, for which the Court needs hardly add it will ever be willing to afford the greatest facility."¹⁹

2 3 Acceptance of elements of English law

Notwithstanding Cloete's devotion to Roman-Dutch law, and, to a lesser extent, the mode of its administration in the Cape Colony, English legal rules and institutions were a definite part of the law applied in Natal by Cloete.

To a certain extent this was imposed upon Cloete by statute. As examples, Ordinance 14 of 1845 had established trial by jury in criminal

¹⁶ *Natal Witness* 1852-07-23.

¹⁷ *op cit* n 11.

¹⁸ *SC* 1/5/31: case 309 (Natal Archives).

¹⁹ *Natal Witness* 1849-01-19.

cases;²⁰ Ordinance 19 of 1845 had introduced Cape Ordinance 72 of 1830, which had assimilated much of the law of evidence to that of England;²¹ and Ordinance 7 of 1852 was passed, introducing trial by jury in civil cases.²² But Cloete's judgments contain no hint of criticism of these measures. In fact, in his address to the jury at the first criminal session in February 1846 Cloete praised trial by jury in exalted fashion:

"The exercise of a Trial by Jury, (by which persons indifferently called in, are to decide upon the lives, liberties and characters of their fellow countrymen) is one of the noblest rights and greatest privileges which can be enjoyed by any free people; no country can be said to be essentially free, where this right is not exercised by the people."²³

In *Hogarth v Clerk of the Peace Durban* 1853, in dealing with the evidence of witnesses of questionable competence, he mentioned his efforts to make "himself more fully acquainted . . . with the practice of the English courts in similar cases, as set forth in the standard work of Phillips on Evidence."²⁴ And, in *Fosbrooke v Irons* 1852, he said that, if the Ordinance for introducing the trial by jury in civil cases had already passed, then

"the Court would have willingly thrown upon such a jury to relieve itself of the responsibility and odium which too often is entailed upon dissecting such conflicting evidence, and deciding upon the credibility of their testimony . . ."²⁵

At the same time Cloete freely used English law to support and illustrate Roman-Dutch law in areas where the common law was untouched by statutory intervention. In *Re Byrne Estate* 1851, he advised the bar as follows:

"[T]he Court would more willingly have the bar, when giving it the benefit of their lucubrations, in the first instance bring before it those authorities by which it was necessarily bound, and afterwards those which might serve more for illustration and support of the points advanced, and yield a supplemental defence to the provisions of the Roman Dutch law."²⁶

And, in many of his judgments, Cloete used English law in the same way. For instance, in *Re Buchanan* 1848, he noted that contempt of court was a crime punishable by the Roman-Dutch law, and then went on to say:

"These principles are perfectly consistent with those of the law of England, by which such libels upon, and even words spoken of a judge are styled 'scandalum magnatum' . . . (vide Blackstone. Comm. vol. 3, chap. 8)."²⁷

The only recorded criticism of English law made by Cloete in a judgment, concerned documentation produced in court. In *Gibbons v Wray* 1851, a review of the Master's taxation of a bill of costs, he examined the items produced by the applicant's lawyer (an English solicitor) and

²⁰ Moodie *op cit* 9.

²¹ Moodie *op cit* 50.

²² Moodie *op cit* 357.

²³ *The Natalian* 1846-02-27.

²⁴ *Natal Witness* 1853-03-18.

²⁵ *Natal Witness* 1852-05-07.

²⁶ *Natal Witness* 1851-10-03.

²⁷ *Natal Witness* 1848-03-24.

observed that "many of the documents were unnecessarily prolix, according to the tautological, diffuse, and objectionable practice of Westminster."²⁸

2 4 Application of statute law

Alongside Cloete's overall commitment to the Roman-Dutch common law existed a careful application of the statutory provisions, government decrees and rules of court in force in Natal. Cloete's attitude here is reflected in the statement he made in *Hogarth v Clerk of The Peace Durban* 1853:

"Where any special enactment makes an express exception to this general rule of law, then, undoubtedly, it is the business of the Courts to carry out these laws, as being among those legislative provisions they are bound to see administered, without any remarks on their wisdom or expediency."²⁹

Cloete's patient analysis and application of government proclamations and notices was evident in *Chiappini v Boshof* 1851, where he examined a string of government decrees issued between 1843 and 1848.³⁰ And he was particularly careful in upholding formal rules in reviewing the proceedings of lower courts, especially where the disregard of such rules led to a miscarriage of justice. In *Klaas v Chester* 1851, the resident magistrate of Durban had sentenced plaintiff to two months' imprisonment and hard labour, and £50 surety for good behaviour, for having loaded a gun and threatened to shoot defendant. It appeared that plaintiff had been placed in prison without a warrant and on the following day tried without a summons, with the resident magistrate acting as both prosecutor and judge. Cloete concluded that "the judgment should be reviewed, as not being founded upon those forms and rules which are laid down for the trial of such alleged offences."³¹

2 5 Certain reliance on own views and precedents

In general, Cloete grounded his judgments firmly on Roman-Dutch authorities, Cape precedents, supplementary English sources or statutes.

But on occasions he ventured to give his own views on the law. In *Joubert v Archbell* 1846, a provisional case, there was an objection by plaintiff against the hearing of evidence which defendant produced in support of his defence against the provision. Cloete noted that no clear guidance could be obtained from the Cape supreme court, as there were differences of opinion in the dicta of the Cape judges on this matter.

²⁸ *Natal Witness* 1851-11-28. Cloete's criticism was almost certainly justified. The first half of the nineteenth century in England was the period of Mr Serjeant Stephen's revival of special pleading. This gave rise to such problems that the British parliament, with judicial help, intervened. The Common Law Procedure Act of 1852 and the Trinity Rules of 1853 enacted that pleadings were to omit all immaterial statements, fictions and legal or formal phrases (Baker *op cit* 78-79).

²⁹ *op cit* 24.

³⁰ *Natal Witness* 1851-02-07.

³¹ *Natal Witness* 1851-11-07.

And, he also noted, Roman-Dutch law was of limited assistance, as (unlike the district court) the Dutch courts did not allow witnesses to be examined in court before the judge. Cloete went on to express himself as follows:

“To those who have once had the experience of the Viva Voce examinations of witnesses in open Court, it must be self-evident that such is the only satisfactory mode of eliciting truth; I wish therefore now to lay down as a General Rule for the observance of the Bar, that the Court is not only competent, but desirous to have before it, in provisional cases, as well as in other ordinary actions, the *best* evidence either party may be able to procure, . . . [and] that the Court will always desire, when practicable, to have witnesses produced and examined in Court whenever their evidence may be required by the Defendant, in support of the fact alleged by him in answer to any provisional claims.”

Furthermore, Cloete came to refer to certain of his own decisions as precedents, in subsequent cases. For example, in *Visagie v Harding* 1852, in fixing the amount of compensation for dispossession, he said that here “the Court is bound to adhere to the principle and mode of ascertaining the value of that farm, as fixed by the judgment in *re Chiappini v The Local Government*.”³³

3 THE JURISDICTION CLAIMED BY CLOETE

Ordinance 14 of 1845, section 20, enacted:

“The District Court of the District of Natal shall have cognizance of all pleas, and jurisdiction in all causes, whether civil, criminal, or mixed, arising within the said District of Natal, with jurisdiction over Her Majesty’s subjects, and all other persons whomsoever residing and being within the said District of Natal, in as full and ample a manner, and to all intents and purposes, as the Supreme Court of the Colony of the Cape of Good Hope now hath . . .”³⁴

Cloete took the words of this section to heart and proved to be a jealous preserver of the jurisdiction of the district court. This was revealed in his reactions to a series of challenges to the court’s jurisdiction.

A major issue arose in the 1840s with the assumption, by Theophilus Shepstone, the Diplomatic Agent, of *de facto* jurisdiction over the African tribes of Natal. Shepstone’s control, supported by the Lieutenant-Governor, meant that many cases concerning Africans never reached the district court, despite the court’s jurisdiction over persons in Natal. The matter came to a head in 1849, when Cloete discovered that a murder had been committed in the Klip River area, and the murderer summarily punished by Shepstone by a fine of 100 coins. On 20 June 1849, in an address to the jury in *Q v McKee*, Cloete condemned this intervention as a:

“usurpation of the supreme judicial and legislative powers lawfully invested with the same, [which tended] to the entire subversion of the whole system of laws . . . It should be our duty and boast to point out to [the Kafirs], on every occasion, the excellence of our laws and usages and to expose *their* laws and usages to the abhorrence and disgust which they merit.”³⁵

³² *op cit* n 9.

³³ *op cit* n 18.

³⁴ Moodie *op cit* 8–9.

³⁵ EC 15 (Natal Archives).

Cloete's attack, however, only served to goad the local government into legalising Shepstone's jurisdiction over the African tribes of Natal, with certain restrictions.³⁶ As a result the jurisdiction of the district court was, for the most part, removed from the overwhelming majority of the people of Natal.

With the jurisdiction of the court so drastically shrunk regarding persons in Natal, Cloete was confronted with challenges regarding the causes which his court could claim to adjudicate. In *Pretorius v Registrar of Deeds* 1850, he had to consider the effect of a Proclamation of Sir Harry Smith of 1848, confiscating the property of Andries Pretorius. Cloete concluded:

"To dispossess any party of their rights, a legal declaration of 'confiscation' or 'publication' of such lands must be decreed by the supreme judicial power, and no such decree having been passed by the Court or . . . by the Supreme Court of the Cape . . . the outlawed Pretorius is still entitled to dispose of this Erf as his own."³⁷

Cloete was also faced with the establishment of magistrates' courts in Natal and, in due course, with the extension of jurisdiction of the resident magistracy of Durban in 1852.³⁸ Cloete did not appear, from his judgments, to have been against the creation of such courts of minor jurisdiction. In *Berry v Martens* 1846, which concerned a claim for £3 15, he expressed the hope "that the Court and the public would be relieved from the necessity of bringing action of so trifling a nature for such expensive adjudication."³⁹ And in his opening address at the first circuit court in the division of Durban, he noted that

"there is an intention on the part of the Executive Government to extend the jurisdiction of the Magistrates' Court . . . By the concurrence of these two courts [District Court on Circuit and Magistrates' Court] I trust the public will receive and appreciate the readiness thus evinced by the authorities to give the inhabitants of this division every facility for the recovery of their debts, of asserting their rights when in any way affected, and thus to afford them the first and most essential advantages of a free and civilised country."⁴⁰

But Cloete was very emphatic in his assertion of the right of review over the proceedings of the magistrates' courts. In *Klaas v Chester* 1851, counsel for respondent denied the district court's right of review in the case. Cloete's strength of feeling on the subject is evident from his judgment:

"A more erroneous notion [that there is no review] in principle, and one more pernicious in its consequences, does not exist . . . The introduction of [the clause granting review] was not deemed necessary when the Ordinance No. 14, 1845 (constituting the District Court) was drawn up, as the previous section had already expressly declared that this district possessed and exercised all and every power and authority held by the Supreme Court."⁴¹

Again, Cloete asserted the jurisdiction of his court in civil matters arising outside the district of Natal, where the parties involved arrived in

³⁶ Ordinance 3 1849 (Moodie *op cit* 279–283).

³⁷ *Natal Witness* 1850–07–12.

³⁸ Ordinance 8 1852 (Moodie *op cit* 359–363).

³⁹ *Natal Witness* 1846–07–24.

⁴⁰ *Natal Witness* 1851–03–14.

⁴¹ *op cit* n 31.

Natal. In *Christy v Scott* 1852, defendant applied for a discharge from arrest served at the suit of plaintiff; the arrest had been made for defendant to answer an action for damages arising from an alleged assault on and false imprisonment of plaintiff on the high seas. Cloete stated:

"Every civil obligation or liability concomitate a person wherever he goes; . . . [The Court] considers it not improper here to give from the 'Original Provisional Charter of Justice', granted to the first Court of Justice of the Cape Colony, a translation of the very words in which the Commissioner General, De Mist, under the authority of the Batavian Republic, conferred its powers to that Court in the year 1802 . . . 'In civil cases the Court shall take cognizance and adjudicate . . . in all disputes, actions, or claims, arising between any of the inhabitants on the zone part, and strangers, masters of vessels, seamen, or passengers, on board of any ships arriving in Table Bay, or in any of the ports of the colony . . .'"⁴²

4 THE PRESENTATION OF CLOETE'S JUDGMENTS

4 1 Cloete the learned teacher

A strong pedagogic strain pervades the judgments of Cloete. Many of them are presented as lessons, and excellent lessons at that: lucid, orderly, at once learned and down to earth, and thorough. Cloete appeared to have a strong desire to communicate his knowledge of the law – to suitors, advocates and officials – and this is reflected in his wish to see his judgments published. In *Howell v Walker* 1848, he remarked:

"The Court considers every judgment it passes as *public property*, it conceives the public entitled to see in print (as near as possible) the very words of the judgments passed in every case; [this] is the only means of dispelling ignorance, of crushing the most bare-faced misrepresentations of the Court's proceedings; nothing would give the Court greater satisfaction than to see every one of its judgments published . . ."⁴³

Cloete the instructor is seen in his address to the bar on 2 March 1846 where, like a good teacher, he exhorted the members of the bar to "continue by unwearied application, to the study of the law, to merit the confidence of the suitors before the Court."⁴⁴ In *Howell v Walker* 1848, he advised advocates to mark in their notebooks the dates when their responsibilities commenced and ceased in cases, and said:

"An entry like that, which hardly takes up one minute of time, will always mark the date when the responsibility of the Advocate commences, and will also show when that ceased . . . These hints will, I trust, lead to an improvement in that part of the professional practice."⁴⁵

In *Meller v Buchanan* 1852, plaintiff (resident magistrate, Durban) had remarked how little Van der Linden had said on the subject of libel. Cloete replied:

" . . . you will allow me to instruct you a little on that point. Van der Linden is called a manual for the information of learners, consequently it is a short elementary work most useful, in principles most true, but perfectly elementary."

⁴² *Natal Witness* 1852-06-11.

⁴³ *Natal Witness* 1848-04-28.

⁴⁴ *The Natalian* 1846-03-06.

⁴⁵ *Natal Witness* 1848-04-14.

⁴⁶ *Natal Times* 1852-06-11.

Cloete's judgments generally possessed an excellent order and internal logic. He would usually begin by setting out the basic nature of the case, then outlining the facts of the matter, isolating the major issues involved, and duly considering these in the light of the relevant law. In *Meller v Buchanan* 1852, he commenced as follows:

"This is an application made by HJ Meller . . . upon the following three grounds, which appear to embrace all the grounds and agreements which the applicant's counsel has, under nine different heads, submitted to the Court . . . the Court will proceed to consider them in the above order . . ."⁴⁷

In presenting his judgments in this way, Cloete made his line of thought very clear and the effect produced was of well-rounded pronouncements. In the process he often gave indications early on in the judgments, as to what the final outcome would be. In *Jung v Jargal*, where he rejected the application, he noted in the first paragraph of his judgment:

"A brief recapitulation of the facts of the case, as admitted or proved by the applicant himself, will at once shew the conclusion which the Court must necessarily come to in this case."⁴⁸

Cloete's examination of the factual issues was painstaking and careful. In his legal discussions he produced marvellously lucid statements of law and legal practice. A classic example is found in the judgment in *Zietsman v Benningfield* 1849:

"A provisional sentence, then, will be granted by this Court, whenever the plaintiff finds his claim upon a 'clear and liquid' acknowledgement of debt, by which the defendant has bound himself, under his signature, to pay a certain 'specific sum of money' in the current coin of the country, at a precise day then past. This definition will, I think, be found to be sufficiently clear and explicit to guide the practitioners as to the cases in which they can claim a provisional sentence; although it is impossible at once to test how this definition will apply to every possible case that may be brought before the Court."⁴⁹

There were also expressions of great learning. In *Sanderson v Moreland* 1851, he gave an erudite dissertation on the meaning of the word "port," referring, in the process, to the signification in English law and to the definition given by Molloy in *De Jure Maritimo*.⁵⁰ In particular, Cloete revealed himself to be a knowledgeable legal historian. In *Boniface v Walker* 1850, he alluded to the history of claims in reconvention:

"Before the Law Courts in Holland, a number of persons and corporations were entitled to certain '*privilegia fori*' and could not be sued before some Courts at all; and even in others, were entitled to a preliminary process of '*venia agendi*' before any summons could issue against them; to remedy the inconveniences resulting from these privileges, the practice of the Courts allowed these actions 'in reconvention', by which the plaintiff having once elected his 'forum' could not plead any such dilatory pleas, and was obliged at once to enter upon the cross claim of the defendant."⁵¹

⁴⁷ *Natal Witness* 1852-07-23.

⁴⁸ *Natal Independent* 1851-03-06.

⁴⁹ *op cit* n 19.

⁵⁰ *Natal Witness* 1851-06-06.

⁵¹ *Natal Independent* 1850-01-17.

And, in *Re Byrne Estate* 1851, Cloete affirmed that under Roman-Dutch law, promulgation of laws was necessary to bind the subject, and commented:

"This [promulgation of laws] was one of the first principles of the civil law, and more completely so of the Dutch law; for, by the Union of Utrecht, while the individual provinces, for their mutual protection, entered into a bond of union, they reserved to themselves all the personal and municipal privileges belonging to a state of perfect independence; and therefore, in cases of general laws, enacted by the States General for the whole of the seven provinces, they would only submit to them provided they were published in each province separately; and without such publication or promulgation all such laws were *de facto* void. Thus the judges of the petty state of Utrecht, for instance, did not acknowledge any laws of the States General, though transmitted to their towns in an indefinite proclamation, unless the heralds went to the proper places established for making proclamation, and there published the law, which then became binding."⁵²

At the same time Cloete would, on occasions, support his reasoning by recourse to practical considerations, consonant with common sense. For example, in *Schmidt v Buchanan* 1847, where defendant had published a claim for sale against plaintiff, Cloete said:

"What would be the state of society, if every person having a claim for £1 or £100 against another, instead of seeking redress and payment by the ordinary channels of legal process, were at once to blazen forth such claims for public sale."⁵³

Adding colour and life to his judgments were occasional metaphors, biblical references and humour. In *Re Buchanan* 1848, in outlining the actions of the accused, he remarked:

"He [Buchanan] began his course by recklessly tilting his lance, against every person or thing that appeared in the least to stand in his way . . . This produced a natural retort, . . . and the seeds of 'envy, malice, and hatred and all uncharitableness' thus sown throughout our society soon produced the rank weeds of insults, threats of violence, and libels . . ."⁵⁴

In the same case he spoke of the efforts of the accused to defend his hopeless position:

"He stood in that predicament in which a counsel is frequently placed, when having to go through the different points of a desperate case, however much his ingenuity may overcome many of the minor points, that when he must at length grapple with those that battle all ingenuity, he is driven to the necessity of appearing either to overlook those 'damning' spots in toto, or to handle them with 'the gentlest touch'. "⁵⁵

4 2 Cloete the moralist

Cloete had definite moral convictions, which he was not afraid to express from the bench. In particular, he believed that the law should be administered without regard to class or race. In an address to the all-white jury at the first criminal session (in which a white, Maritz, was charged with the assault of a Hottentot), he declared:

"The far more responsible duty of examining the evidence when laid before you, of believing the whole or any part of the evidence, rests entirely with yourselves,

⁵² *op cit* n 26.

⁵³ *The Patriot* 1847-12-03.

⁵⁴ *Natal Witness* 1848-03-17-31.

⁵⁵ *ibid.*

and in discharging this part of your duty, every serious obligation rests upon you, and that consists in bringing to the consideration of that evidence, mind, entirely freed from all passion, favour, resentment or prejudice, against any individuals or class of persons. Let me entreat of you, to divest yourselves entirely of such feelings of favour towards any one individual or class of persons . . .”⁵⁶

After the jury had returned a verdict of guilty in this case, Cloete stated his “determination . . . to abolish, in so far as the administration of justice is concerned, the hateful aristocracy of skin.”⁵⁷ Again, in *Klaas v Chester* 1851, Cloete condemned the judgment of the resident magistrate of Durban upon a young Hottentot as “cruel and unsupported by evidence” and declared:

“The Court cannot but apprehend that, in the decision the Magistrate has come to, the description or class of persons to which the applicant [a White] belonged must have had some influence; . . .” [Cloete then noted] “what was emphatically declared and proclaimed by express command of her Majesty upon the establishment of a settled Government within this district – ‘that there shall not lie, in the eye of the law, any distinction or disqualification whatever, founded on mere distinctions of colour, origin, language, or creed; but that the protection of the law, in letter and in substance, shall be extended impartially to all alike’.”⁵⁸

Another indication of Cloete’s moralist approach was that, in criminal trials, he was wont to address criminals, after they had been convicted, on the effect of the crime they had committed. In *Q v Novunhla* 1846, he in fact “invited all the [Africans] about the Court house to enter and attend . . . [and] laboured to convey to [their] minds . . . a correct idea of the principles of justice now established among them.”⁵⁹ In *Re Buchanan* 1848, he claimed the following:

“So extraordinary a reduction in the crimes committed upon [the Blacks] and in other serious offences, – has been effected not only by the mere passing of the sentence, but, I have reason to know, is mainly owing to the manner in which the consequences of their offences have been impressed upon every offender by the Court.”⁶⁰

Then, Cloete did not refrain from condemning irresponsible conduct harmful to others. In *Schmidt v Buchanan* 1847, he reprimanded a libellous editor as follows:

“The Defendant and the Editors of Newspapers in general cannot too impressively be told, that there is no notion so mischievous and to them so fatal as to conceive for a moment, that the possession of a printing Press invests them with the power of traducing the character or assailing the private conduct of every member of the community. The public conduct of public men is the legitimate object of their strictures and remarks, and so long as they confine themselves to the exercise of that power, they will be encouraged or supported, according to the views which their readers or the public take of such questions; but the instant an Editor attacks the *private* acts or conduct of any person, he renders himself at once liable to the consequences of an action for Libel, in which nothing short of a full and complete proof of the allegation of such Libel can be looked to as rather excusing than justifying such Libel. In this the Court need not impress upon the Bar and the

⁵⁶ *The Natalian* 1846–02–27.

⁵⁷ *Natal Witness* 1846–03–20.

⁵⁸ *op cit* n 31.

⁵⁹ *Natal Witness* 1846–06–26.

⁶⁰ *op cit* n 54.

public, that possessing and enjoying, as we do, every privilege of a free country, the liberty of the press is not affected; its licentiousness only requires to be watched, curbed, restricted, and if need be, punished, in order to render it a blessing and not a scourge to the community in general."⁶¹

4 3 Cloete the controversialist

Cloete appears to have been a proud man who took himself, his district court and the Roman-Dutch legal system very seriously. This is revealed in his address at the opening of the district court, where he declared:

"Having devoted the last thirty years of my life to the practice and exercise of [the Roman-Dutch law], it will not appear presumptuous on my part to give the public the assurance, that my efforts will be directed to apply those laws . . . Let [the inhabitants] unite heart and soul in supporting a Government, and a Tribunal, which are only ready and willing to afford them every protection, and a just and equal distribution of their rights; and they will soon find, that this favoured spot is equal, if not superior, to any of Her Majesty's other colonies, in value and importance and one of the brightest gems in Her Majesty's diadem."⁶²

Cloete's untiring defence of the jurisdiction of the district court and of the Roman-Dutch law has been considered above. His enunciation of his own worth was equally clear. In *Howell v Walker* 1848, he noted, in giving instruction to the bar, that

"after a lapse of 30 years and upwards, there is not one case, out of many thousands in which the Judge who now sits here was engaged, respecting which he cannot by an inspection of his books, find an entry in his own handwriting, as to the very day when he was first retained in any case . . ."⁶³

In *Zietsman v Benningfield* 1849, he pointed to the part he had played in the development of the law of provisional judgment in the Cape:

"A number of cases were brought before the Supreme Court, during the first years after its establishment, in most of which I was personally engaged as a Counsel, and in which I will not hesitate to admit that in the efforts made by counsel for the interests of his client, many principles were advanced, and authorities partially quoted, which may in some measure account for the different opinions occasionally expressed by some of the judges then on the bench . . ."⁶⁴

And in *Re Byrne Estate* 1851, he noted his role in the compilation of an important work:

According to the valuable *Commentary* of Judge Burton, on the Insolvent Law (which condensed much important information as to the settlement of bankrupt estates, and which combined the results of all the most important authorities, as he well knew, having had some hand in the preparation of it along with the Judge) . . ."⁶⁵

Cloete's pride in himself and in the institutions he valued was linked with a zealous spirit and a tendency to vigorous expression. In *Re Estate*

⁶¹ *op cit* n 53.

⁶² *op cit* n 8.

⁶³ *op cit* n 45.

⁶⁴ *op cit* n 19.

⁶⁵ *op cit* n 26.

Feilden 1853, he confessed to the “zeal for his client’s interests” that almost led to dire consequences for him:

“[H]aving about thirty years ago . . . entered what was called the death house of JF Phail, and given notice to the parties there present that the powers of the executors would be contested, he was called to account for this before the Supreme Court, and but for the explanation and apology which he was then led to give, it would have led to his suspension from office as attorney, at any rate for some period of time.”⁶⁶

In *Ex parte Meller* 1854, he admitted that he had, in condemning a query raised against the validity of his notes in a trial, “perhaps used too strong remarks – in the flow of words it is difficult always to select the best.”⁶⁷

In the light of these character traits it is not surprising that when Cloete encountered unworthy conduct, he expressed forthright criticism thereof in his judgments. In *Moll v Van Aardt* 1848, he condemned the “disreputable manner” in which a witness, P Booyesen, had given evidence.⁶⁸ In *Ex parte Byrne* 1851, he spoke of the insults which the applicant had offered to members of the bar, which had been “‘hooked’ in for no other purpose than to launch forth his bile.”⁶⁹

And, when Cloete was confronted with (what he saw to be) a challenge to his authority and the status of his court and the Roman-Dutch law by certain English lawyers (notably Messrs Meller and Cope), he lashed out with stinging criticism of those concerned. In *Harris v Thelani* 1852, where he was confronted once again with the argument that the proceedings of the resident magistrate of Durban could not be reviewed by the district court, he declared that “a more monstrous and ridiculous notion cannot possibly prevail.”⁷⁰ In *Meller v Buchanan* 1852, where Cloete had to face the affidavit of Meller who swore that he (Meller) had not used the words in the previous trial that Cloete had imputed to him, Cloete stated:

“With regard, however, to the position and solemn declaration on oath of the applicant himself, there is no escape for the relative position in which the Recorder of this Court, or HJ Meller, barrister at law, and Resident Magistrate at D’Urban, is placed. That the former has wilfully, for some unexplained motive or object, falsified the note of proceedings held before him, or that the latter has been guilty of wilful and corrupt perjury – either the one or the other ought, therefore, to be held up to the everlasting execration of every lover of honor, truth, and justice . . .”⁷¹

Statements such as these could only produce strong reactions against him and, through this, Cloete came to have arrayed against him a number of enemies – not the least of whom was Lieutenant-Governor Pine, who effected his suspension, partly for his conduct in *Meller v Buchanan* 1852.⁷²

⁶⁶ *Natal Witness* 1853–04–22.

⁶⁷ *Natal Mercury* 1854–08–09.

⁶⁸ *Natal Witness* 1848–09–22.

⁶⁹ *op cit* n 11.

⁷⁰ *Natal Times* 1952–05–07.

⁷¹ *op cit* n 47.

⁷² *CSO* 2298/681 12 April 1853 (Natal Archives).

5 CONCLUSION

Despite the flaws which emerge, one cannot leave a reading of Cloete's judgments without a deep feeling of admiration for him. His talent, learning, high ideals, desire to educate and adjudicate well, his love of the law and devotion to duty shine as splendid lights in the otherwise grey setting of the Natal legal system of the mid-nineteenth century.

Cloete was to take these talents to the Cape bench, where he served with distinction from 1855 to 1866.⁷³ While there, a contemporary wrote the following sketch of him, which reflects many of the impressions gained from his Natal judgments:

"On the bench [Mr Cloete] is distinguished, not alone for his deep research and his extensive knowledge of the law he administers, but also for the readiness with which he brings his learning to bear on the case before him. As soon as the gentlemen of the Bar see him opening one of his ponderous volumes of Voet, they know that he will be ready with some quotations from the great commentator, exactly meeting the point under argument. His memory, indeed, is remarkable. It would, perhaps, be impossible for an advocate to misquote, even by a couple of words, any sentence from Johannes Voet or Hugo Grotius, without the error being instantly detected and corrected by Mr. Cloete from memory alone. He is clear headed and quick; so quick in perception of the true hearings of a case that young advocates are disposed to think him hasty in showing no great inclination to listen to their harangues when they would lead him off the true scent; and suitors are occasionally vexed that he makes light of arguments which are wide of the exact point before him. But when he comes to sum up the case, those who listen dispassionately will confess that he has thoroughly understood it and will admire the acuteness with which he separates the wheat from the chaff in the arguments at the Bar, the clearness with which he expounds the law applicable to the circumstances discussed, and the felicity and copiousness of his quotations from the authorities. Indeed, an elaborate judgment of Mr Justice Cloete, on an important question, is in itself an excellent lesson in Roman-Dutch law."⁷⁴

ANNEXURE

Below is a transcript of the handwritten judgment of Cloete in the case *JS van Staaden v C Green* 1853, found in the Natal Archives (SC 1/5/33 case 327).

"This is an application made on behalf of Jacobus Fredrick Van Staaden for a Review of a Judgment of the Resident Magistrate of this Town, against Charles Green, who had obtained Judgment against the now applicant for the sum of £14-6-9 and Costs upon the following Promissory Note passed by the applicant Pietermaritzburg

May 6th 1852

Four months after date I promise to pay Mr. Chs. Green or his order the sum of Fourteen Pounds Six Shillings and Nine Pence. This for Value received.

(Signed) Jacobus Fred. Van Staaden.'

Upon the action being brought by the holder of this Promissory Note against the Debtor (now the Applicant in Review) before the Resident Magistrate of this Town, the Plea set up by the Debtor was that

⁷³ *op cit* n 1.

⁷⁴ 1859 *Cape Monthly Magazine* 245-246.

he was ready to pay the amount but that no *demand having been made* for payment, or in other words, the Note not having been presented to him for payment, he contended that he was not liable to the Costs which had been made; as he had tendered the amount before going into Court and before the Court. The Plaintiff admitted that no demand had been made but that after the Summons had been served the amount of Capital and Interest had been tendered, whereupon the Magistrate over-ruled this Plea and Condemned the Applicant to pay the amount *with costs*? This then is a Review involving merely the question of the Applicant's liability as to these Costs; but it having been urged before this Court, that this question is a very important one in principle, as tending to fix the relative obligation of the holder of such Instruments (or the Creditor) and the Debtor as to demand of payment, it will be necessary for the court to lay down such Rules from the Roman-Dutch law, as to relieve that question from any doubt.

That the holder of a Bill of Exchange, either Foreign or Inland, is bound to present such Bill to the Drawee, and even if protested for or refused acceptance, again to present it for payment, and upon such further refusal, to make demand or at least to give a due and timely Notice to the Drawer, and all parties to whom he would look for indemnification is so clearly inherent in the very Nature of such Instruments and absolutely necessary to uphold the interests of Commercial transactions, that no one has ever doubted that proposition.

In the present case however, this is not a Bill of Exchange passed by the Applicant, but a simple ordinary Promissory Note, passed in favour of the (now) Defendant or his order; in a perfectly regular and ordinary manner; and the first point for consideration with the Court will be whether there are any principles which bring these Promissory Notes under the same Rules, in this respect as to a previous demand or presentment, as Bills of Exchange, or which distinguish them from the latter.

By referring to Van der Linden's Institutes pag. 395 it will at once be seen that by the Dutch Laws (following indeed and relying upon the authority of Pothier, as well as their own text books), all Negotiable Instruments, and Promissory Notes in particular, have been brought under the same principles, as far as the nature of the Transaction and the reason or analogy of the Law allowed, as the inland Bills of Exchange. This is clearly laid down by Heineccius in his Treatise on Bills sec. 2 and Van der Keessel Theses 603. This then would make presentment or a legal demand an essential requirement to the liability of the Drawer or Maker of the Note or Bill. The same principles seem to have governed the English Law Courts since the enactment of the Statute 3 and 4 of Queen Anne ch. 9 which has placed *all* promissory notes upon the same footing of Inland Bills of Exchange in regard to negotiability, its requisites and consequences. Vide Chitty: Practical Treatise on Bills of Exchange and Promissory Notes pag. 17.

Much stress has also been laid in the argument before this Court on the authority of Judge Story's excellent Treatise on Promissory Notes,

and although such treatises are not to be rendered as conclusive authority before this Court, yet where the principles of the Law are avowedly identical, it is always satisfactory to refer to those authorities and the cases filed in English Courts which afford more full illustration of reported cases, though the Dutch authorities which are here at command, furnish this here. Now the whole of the Treatise of Judge Story, and the authorities to which he has referred, clearly point out that to carry out the negotiability of a Promissory Note, a presentment or demand is absolutely requisite, and his own dictum at pag. 276 (and the note from Chitty's Treatise on Bills) so fully confirm this proposition that it would almost appear unnecessary still further to comment upon the soundness of the principle upon which that obligation rests. The moment a debtor passes his Promissory Note to AB "or order", he thereby gives it all the negotiability which a "Bank Note" or other Instruments possesses; and can it consist with common sense that a person, having once given such a Note, shall on the day it falls due, repair with his Bag of Sovereigns or Silver to the original Payee (the only party he knows as the holder of the Note), only to be told that he is no longer the holder, and that he has passed it away to CD? Is the Debtor thereupon again to search for and report to CD, only to be told that he has again passed it to EF, and thus ad infinitum, some of the parties through whom the Note may have passed, not being even in the place of residence of the Debtor. And if DC and EF or one of the Indorsers reside away from the Debtor's residence (say at D'Urban or the Klip River), how is the Debtor to exert his diligence? Is he to remit the amount of the money then, only to be referred back to another party 20 miles off in another direction, and then make his utmost diligence to discharge his obligation, only a subject of amusement and merriment to others and of serious risk and expense to himself. But the physical impossibility if not absurdity of imposing such an obligation on the Debtor becomes still more striking when we suppose the case of the Debtor having 3, 4 or more promissory Notes falling due on the same day. Is he to set a phalanx of clerks or messengers in motion, who may all return without finding a single Note in the hands of the original Payees, while the hunting after the others would become impracticable within the day the Note falls due; and yet all this expense, trouble and diligence, would be no answer to the actual holder of the Note when he applies for payment *and costs!* It will thus be seen by every practical person, that if a law of practice really did prevail, by which the obligation of making or tendering payment by the Debtor on the day his Notes fall due, was imposed upon him, it would be necessary to apply at once to the Legislature to abolish so unjust and impracticable a law or usage.

From thus putting the consequences of the efforts which the Debtor might make to discharge his liability, the fallacy and injustice of the principle which would throw this liability upon him will at once become self-evident. And it is thus upon the authorities of the Roman-Dutch and the English and American authorities as well as upon the principles of common sense and reason, that the Court holds that in Promissory Notes drawn out as the present without designation of a special place of payment

in the body thereof, that a demand for payment must be made, to the person of the Debtor, or at his Domicile or place of business, to constitute him in mora, and liable to the subsequent costs.

As much stress has been laid in the argument, upon the view which the Resident Magistrate seemed in this and in other similar cases to have taken of the obligation of the Debtor from "*the place*" from which the Promissory Note is dated, it will be right for the Court to remark thereon that this designation of place does not in the slightest degree change the obligation of the Debtor as to payment. That designation is merely an "element" in the preparation of the Instrument by which its validity may be tested and also by which any question arising from the *Lex Loci Contractus* may have to be decided (Vide Judge Storey Comment, page 59); but they do not in any way affect the obligation as to the *place* for payment which "*must*" be inserted in the body of the promissory Note itself. This Court has therefore held in some recent cases on the provision, that where the place for payment was not stated in the body of the Note, but in a Memorandum at the foot of the Note, that no protest of presentment was necessary as against the Maker; and every one will at once perceive that in the ordinary transactions of life, promissory Notes are very generally drawn up and signed, away from the Debtor's Domicile: sometimes at the very domicile of the creditor, and yet no one ever dreamed of repairing *there*, to demand payment of a Promissory Note when due.

Upon these grounds, then, the Court has no hesitation to lay down as the Rule, that in all Promissory Notes passed in the usual regular form to AB or order, such as that now before the Court, that a presentment or demand of such Note to the Debtor personally or at his Domicile or place of business, must be made to render him liable to costs. (Vide Chitty on Bills of Exchange 6d. 8 pag. 384).

But if we should even concede that these Promissory Notes, so long as they are not endorsed over to third parties, do not savour of the character of, and are not to be governed by the same Rules applicable to, Bills of Exchange, still the question to be decided remains, whether the maker of any Promissory Note or of any acknowledgement of debt is still bound to repair to his Creditor to make payment, or on the other hand, whether the Creditor is bound to make the demand. The law authorities even on this point lay it down as a general Rule that unless a special statute or usage can be shown to exist to the contrary, that the Creditor is bound to repair to the domicile of his Debtor, and there to demand payment, before the latter is constituted legally to be "*in mora.*" Our standard authority Professor Voet in his Commentar ad Lib 46.3.12 ad tit de Solutionibus sec 12, has these remarkable words: "*Deferre tamen ad aedes vel ad locum domicilii creditoris debitor non tenetur nisi id ita convenerit, vel consuetudine receptum sit.*" And although the same author, with his usual candour, admits that a more ancient author Mattaeus was of a contrary opinion, yet no one will hesitate as to the weight of these respective authorities, more particularly when we find

that the Learned Pothier appears to concur in the principle laid down by Professor Voet. He clearly states, sec. 549, that it is a fixed principle of legal construction that where the Creditor has not stipulated a particular place for payment, that the liability should always be construed so as to be the least burdensome to the Debtor: "In creditoris enim potentate fuit legem apertius dicere"; and although at par. 238 and 239 he appears to incline to the notion that when both Creditor and Debtor live in the same town, a feeling of courtesy would imply that the Debtor should send his money to the Creditor, yet I fail to notice herein that sound logical mode of reasoning which generally distinguishes this eminent jurist, as he immediately thereupon adds, that when the parties live some distance apart, that the obligation as to payment ought not to become onerous to the Debtor, and that the Creditor should notify to the Debtor where he desires the payment to be made, at or near the Debtor's domicile, before he can place him legally in mora, and even admitting this theory, the Plaintiff in Review, residing at the Tugela, 60 miles from this place, would have required a notice or demand from the Defendant.

But as this may be a fit opportunity for considering this question anew, more fully, the Court will proceed to point out that in all Demands for payment of "any" sum of money, whether of a Liquid or Illiquid nature, that the Court holds that by the Roman Dutch Law and Practice, a previous demand either officially or privately is essential to entitle the Plaintiff to recover Costs against his Debtor. In the year 1847 or 48, the Court had occasion to lay down this dictum (which, I believe, has been very generally carried out) that before any Plaintiff should take out his summons for "any" cause of action, that a previous demand or "Insinuation" (as it is legally termed in our Practice) is essential to save the Plaintiff from the liability of paying his own costs if not those of the adverse party also. By referring to Van der Linden's Judicial Practice Vol. 1, this is strongly laid down in these words: *Fiat Lectura* . . . And this principle is not a mere direction to practitioners to protect their clients from costs, but is founded on the usages of the Dutch courts which are directed to make this a point of enquiry in adjudicating the Costs, and are borne out in condemning each party at least to pay their own costs if they are satisfied that the Plaintiff had used the "sharp practice" of suing the Defendant without a previous demand. *Voet Commentar. ad tit de Re Judicata Lib. 42.1. sec 22. Ft Lectura.*

On these several grounds, the Court holds that the holder of every "negotiable Promissory Note" *must* present the same for payment to the Debtor when or after it has fallen due, to entitle him to costs, and that in every other action whatsoever, where an action is commenced without a previous demand or notice of the nature of the claim, that the Court will consider the circumstances under which the action has been commenced, and unless in very special cases in which a *periculum in mora* or the conduct of the Debtor must appear to have warranted such immediate recourse to Law, that the Court will strictly enforce these authorities

which have been expressly and wisely enacted to prevent that "opprobrium" of the legal profession: sharp practice.

The judgment of the Court then is: that the Judgment of the Resident Magistrate of the [Division of Pietermaritzburg] be reversed in so far as the Plaintiff in Review has been condemned in the costs. The Court therefore sets aside that Judgment in so far with the costs incurred before this Court; but it is admitted that the action was brought before the Resident Magistrate in conformity with a practice which had prevailed in the Magistrate's Court, each party to bear their own costs in the Court below."



Jesus antwoord en sê vir hulle: Julle moet geloof in God hê.

Want, voorwaar Ek sê vir julle dat elkeen wat vir hierdie berg sê: Hef jou op en werp jou in die see — en nie in sy hart twyfel nie, maar glo dat wat hy sê, sal gebeur — hy sal verkry net wat hy sê.

Daarom sê Ek vir julle: Alles wat julle in die gebed vra, glo dat julle dit sal ontvang, en julle sal dit verkry.

Die Bybel Markus 11: 22-24

WERKSIBLIOTEK

FAKULTEIT REGSGELEERDHEID



DATUM

Aantekeninge

NALATIGE KRENKING VAN DIE REG OP DIE FAMA

In die onlangse saak *Suttonmere (Pty) Ltd v Hills* 1982 2 SA 74 (N) het die eiseres 'n lasteraksie teen die verweerders ingestel wat uit die volgende feite gespruit het: Die eiseres het haar maandelikse woonstelhuur (ten aansien van 'n woonstel wat aan die eerste verweerder behoort en namens hom deur die tweede verweerder verhuur word) betyds deur middel van 'n kredietoordrag betaal. Die tweede verweerder is behoorlik van die betaling in kennis gestel. Weens 'n klerklike fout in die kantoor van die tweede verweerder is gemeen dat die betrokke huurgeld agterstallig was en is 'n dagvaarding teen die eiseres uitgereik.

Die uitreiking en betekening van die dagvaarding het nie tot kennis van die eiseres gekom nie en die hof het vonnis by verstek teen haar gegee. Kort na die verkryging van die verstekvonnis het die tweede verweerder teenoor die eiseres erken dat die vonnis verkeerdlik aangevra en gegee is. Ongeveer ses maande later doen die eiseres by 'n bank om kredietgeriewe aansoek. Hierdie aansoek word van die hand gewys omdat haar naam weens die verstekvonnis op 'n lys ("Knox Court Records") van skuldenare voorkom teen wie vonnis geneem is om betaling af te dwing. Hierop stel die eiseres 'n lasteraksie teen die eerste en twee verweerders in en 'n landdroshof ken R1 500,00 as vergoeding aan haar toe. In appèl bevind regter Kriek dat die tweede verweerder hoogstens nalatig opgetree het en dat *animus iniuriandi* nie bewys is nie. Die appèl word gehandhaaf en die eiseres se aksie van die hand gewys. *De lege ferenda* maak regter Kriek die volgende opmerking (79C):

"I do want to suggest that the time has come for those concerned with law reform to give some thought to a situation of which the present case is an example. The business leviathan's organisms are machines and computers which are technological masterpieces, but they are operated by fallible human beings whose negligence can result in the business reputations of innocent individuals being destroyed. There are other fields in which the individual's right to an unsullied reputation ought to be protected against the negligence of others, but it seems to me that it is important that a person who negligently harms the reputation of another by unwarranted resort to litigation should be made to bear the consequences of his negligence."

Vervolgens ontleed ek die meriete van hierdie aanbeveling in die lig van die huidige stand van die deliktereg.

Die basiese beginsels van deliktuele aanspreeklikheid op grond van die krenking van 'n persoon se reg op *fama*, kan soos volg saamgevat word:

1 Bewys van *animus iniuriandi* is 'n vereiste vir 'n aksie om *genoegdoening* te verhaal op grond van 'n krenking van die reg op die goeie naam

(sien *Suid-Afrikaanse Uitsaaikorporasie v O'Malley* 1977 3 SA 394 (A) 407; Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1980) 237-238).

2 In die geval waar lasterlike bewerings in koerante en tydskrifte gepubliseer word, bestaan daar skuldlose aanspreeklikheid vir die betaling van vergoeding (sien Strauss, Strydom en Van der Walt *Die Suid-Afrikaanse Persreg* (1976) 257-263).

3 Waar lasterlike bewerings slegs tot vermoënskade aanleiding gee, kan skadevergoeding met die *actio legis Aquiliae* gevorder word. In so 'n geval hoef die eiser net nalatigheid aan die kant van die verweerder te bewys (sien Van der Merwe en Olivier 238 449; Joubert *Grondslae van die Persoonlikheidsreg* (1953) 144; Neethling *Persoonlikheidsreg* (1979) 78).

Die vraag wat vervolgens oorweeg moet word, is of daar binne die raamwerk van hierdie beginsels voldoende beskerming aan die reg op die goeie naam gebied word.

Volgens Van der Merwe en Olivier 245-246 moet die antwoord op hierdie vraag ontkenkend wees:

"[Die *actio iniuriarum*] kan, in die lig van die moderne regswetenskaplike differensiasie tussen privaat- en strafreg, beswaarlik nog as *vindictam spirans* aangemerkt word. Waarom, per slot van rekening, dan prinsipiël nie aan persoonlikheids-goedere dieselfde beskerming met die *actio iniuriarum* verleen as dié wat die *actio legis Aquiliae* aan vermoëns-goedere bied nie?"

Die implikasie hiervan is dat *nalatigheid* ook 'n voldoende skuldvorm vir die instel van die *actio iniuriarum* op grond van laster behoort te wees.

Dit is nietemin nie volkome duidelik hoe hierdie voorstel van die betrokke skrywers te rym is met hulle kritiek op die uitspraak in *Hassen v Post Newspapers* 1965 3 SA 562 (W) waar die hof juis beslis het dat 'n nalatige dwaling nie aanspreeklikheid vir lasterlike bewerings uitsluit nie. In die *Hassen*-saak is aanspreeklikheid op bewuste publikasie met gefingerde onregmatigheidsbewussyn gebaseer en dit beteken eenvoudig dat nalatigheid as voldoende skuldvorm beskou is. Van der Merwe en Olivier 442 voetnoot 80 *in fine* se volgende stelling in hierdie verband bring ook nie groter duidelikheid oor hulle standpunt nie:

"Met die resultaat . . . nl. die beskerming van persoonlikheidsregte met die *actio iniuriarum* teen nalatige krenking van die persoonlikheid gaan ons *de lege ferenda* akkoord. Ons meen egter dat 'n aftakeling van die opsetbegrip nie die korrekte wyse van doen is nie."

Myns insiens is 'n "aftakeling" van die opsetbegrip deur die howe juis die enigste manier om aanspreeklikheid vir lasterlike bewerings te fundeer sonder die tradisionele opsetvereiste.

Boberg 1971 *SALJ* 57 68 stel ook die standpunt dat 'n aandrang op opset in sy volledige betekenis (wilserigte optrede met onregmatigheidsbewussyn) nie 'n vereiste behoort te wees nie en dat dwaling dus nie aanspreeklikheid op grond van laster behoort te beïnvloed nie:

"In the present writer's view a compromise solution must be found in the law of delict. No less worthy a policy demands consideration here — the policy of extending adequate protection to interests of personality, more especially every man's

interest in his fair name, fame and reputation — and this policy precludes acceptance of a universal proposition that mistake excludes *dolus*. There seems no good reason at all why everyone's reputation should be perpetually vulnerable to attack with impunity by every idiot or busybody well informed as to calumny and ill versed in elementary law. Moreover, in delict, where the object of proceedings is reipersecutory instead of penal and where it can seldom be called for to inflict an *injuria* upon another without due pause for the proper ascertainment of fact and law, there is even less reason than in criminal law to give full rein to what must surely be the most highly refined form of intention ever conceived — whatever the old authorities may say."

Dit wil voorkom of die appèlhof nie te vinde is vir pogings om die tradisionele opsetvereiste by aanspreeklikheid vir laster in die algemeen af te water nie. In die *O'Malley*-saak (hierbo 407C–D) stel die hoofregter dit duidelik dat nalatigheid in ons reg geen lasteraksie kan fundeer nie. Die hoofregter voeg by dat die benadering in die *Hassen*-saak (hierbo) wel aanvaarbaar is in die lig van die skuldlose aanspreeklikheid van die pers. Die eienaardige resultaat van hierdie siening is dat aanspreeklikheid weens laster gebaseer kan word òf op *animus iniuriandi* as vereiste òf op totaal skuldlose optrede, maar dat nalatigheid as skuldvorm nie voldoende kan wees nie. In hierdie verband is die houding van Van der Merwe en Olivier 445–446 meer aanvaarbaar as dié van die appèlhof aangesien eersgenoemde se standpunt is dat die beweerde skuldlose aanspreeklikheid van die pers in der waarheid op *animus iniuriandi* in die vorm van *opset by moontlikheidsbewussyn* berus. Alhoewel hierdie verklaring wel in bepaalde gevalle as geldig beskou kan word, sou dit myns insiens meer realisties wees om die deliktuele aanspreeklikheid van die pers op grond van laster op nalatigheid te baseer.

Ten spyte van die algemene aandrang van die appèlhof op *animus iniurandi* is daar in ons regspraak enkele voorbeelde van gevalle waar persone sogenaamd *genoegdoening* op grond van laster verkry waar hulle kredietwaardigheid (as komponent van die algemene reg op die *fama*) op hoogstens nalatige wyse aangetas is. So is genoegdoening al toegestaan aan 'n persoon wie se tjek op 'n nalatige wyse deur sy bank onteer is. In *Van Aswegen v Volkskas Bpk* 1960 3 SA 81 (T) 82E–83A kom die volgende passasie voor:

"... [Wat] skadevergoeding (hiermee bedoel die regter "genoegdoening") betref, kan ek nie insien waarom die gesonde beginsels van die Romeins-Hollandse reg van *injuria* nie die basis kan vorm nie van die toekenning van skadevergoeding vir die inbreuk op enige kliënt se goeie naam en faam deur onregmatige dishonorerings van sy tjeks deur 'n bank. In so 'n geval is daar klaarblyklik 'n *injuria ad infamiam pertinens* (which) consists herein that another brings him into disrepute with others by attributing to him undeservedly something that lowers a person in the estimation of his fellow-men'."

Van der Merwe en Olivier 479 kritiseer hierdie *dictum* deur te meld dat 'n *injuria* met die *actio iniuriarum* as remedie verwar word met 'n skadevergoedingseis *ex lege Aquiliae* en dat die vereiste van *animus iniuriandi* ook totaal geignoreer word. Hierdie saak is nietemin nagevolg in *Klopper v Volkskas Bpk* 1964 2 SA 421 (T) waarin beslis word dat genoegdoening verhaalbaar is indien 'n tjek nalatig deur 'n bank onteer word. Dit sou dus nie nodig wees om te bewys dat die betrokke bank die opset gehad het om die *fama* van die benadeelde te krenk nie. (Sien verder

Van der Merwe 1964 *THRHR* 310; Boberg 1964 *Annual Survey* 165; Per 1968 *SALJ* 237.)

Alhoewel die uitsprake so pas na verwys onbevredigende argumente bevat, voorsien dit nogtans 'n belangrike vertrekpunt in die oplossing van probleme in verband met aanspreeklikheid in gevalle van die nalatige publikasie van woorde of gedrag wat die kredietwaardigheid van 'n persoon aantast (dit wil sê ook die vraagstuk waarmee regter Kriek in die *Suttonmere*-saak hierbo te doen gekry het). Die kredietwaardigheid van 'n persoon is primêr 'n vermoënsbelang wat deel vorm van die belange wat ingevolge die reg op die *fama* beskerm word (sien *D* 2 8 51; 47 10 19). Die publikasie van woorde of gedrag wat te kenne gee dat 'n persoon onkredietwaardig sou wees (sonder dat daar 'n erkende regverdigingsgrond aanwesig is), tas die betrokke persoon se reg op goeie reputasie aan. Sodanige aantasting impliseer nie noodwendig dat die benadeelde slegs op genoegdoening geregtig sou wees nie (dit wil sê die veroordeling van die verweerder tot die betaling van 'n bedrag wat die eiser se gevoel van verontregting moet bevredig nie). Of daar *skadevergoeding* betaalbaar is, sal afhang van die aard van die skade wat op die regskenking volg. In die geval van nie-vermoënskade is *genoegdoening* die aangewese vorm van vergoeding. "Nie-vermoënskade" in hierdie verband verwys na die daling van die eiser se aansien in die gemeenskap, welke daling nie sy ekonomiese posisie raak nie. Ten opsigte van vermoënskade is *skadevergoeding* die relevante remedie. "Vermoënskade" in hierdie verband beteken die vermindering van die benadeelde se boedel of die nadelige beïnvloeding van sy inkomstepotensiaal as gevolg van die aantasting van sy reg op goeie reputasie. Die verhaling van genoegdoening op grond van 'n krenking van die reg op die *fama* is onderworpe aan bewys van opset wat 'n vereiste is vir die *actio iniuriarum* terwyl 'n skadevergoedingspoging deur die vereistes van die *actio legis Aquiliae* beheers word. In die geval van laasgenoemde aksie kan die eiser òf op opset òf op nalatigheid steun.

In die *Van Aswegen*- en *Klopper*-saak hierbo het dit in werklikheid oor vermoënskade gegaan wat voortvloei uit 'n krenking van 'n reg op die *fama*. In die moderne gemeenskap waar *kredietverlening* 'n belangrike rol in die ekonomiese lewe speel, is *kredietwaardigheid* vanselfsprekend 'n ekonomiese bate vir sowel die sakeman as 'n persoon wat om ander redes van krediet afhanklik is. Die ongegronde ontering van 'n tjek of die verkeerde verkryging van vonnis teen 'n persoon kan so 'n persoon se kredietwaardigheid en ekonomiese aktiwiteite aan bande lê en sodoende vermoënskade tot gevolg hê. In die geval van 'n sakeman is dit miskien makliker om sodanige vermoënskade waar te neem as waar 'n nie-sakeman betrokke is. Die feit dat die omvang van die ekonomiese verlies in hierdie gevalle moeilik berekenbaar is, doen geen afbreuk daaraan dat dit wel vermoënskade is nie. Dit kan vergelyk word met die vermoënskade wat intree as gevolg van 'n aantasting van 'n reg op die werfkrag (sien *International Tobacco Co (SA) Ltd v United Tobacco Co (South) Ltd* (1) 1955 2 SA 1 (W)).

Daar kan nie verklaar word dat aangesien die omvang van die nadeel wat voortvloei uit die aantasting van die kredietwaardigheid van

'n persoon moeilik bepaalbaar is, vermoënskade nie aanwesig is nie maar wel nie-vermoënskade. Probleme in verband met die vasstelling van skade of die berekening van 'n vergoedingsbedrag bepaal nie die aard van die skade nie (sien bv Brusiiin *Zum Problem des immateriellen Schadens* (1966) 10-11; Stoll *Empfielt sich eine Neuregelung der verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schäden?* in *Verhandlungen des 45 Deutschen Juristentages* bd I deel 1 (1964) 130-132).

Uit beginsels hierbo bespreek, kan afgelei word dat by 'n aantasting van die reg op die *fama* wat die benadeelde se kredietwaardigheid affekteer, vermoënskade gewoonlik intree en dat skadevergoeding ooreenkomstig die algemene beginsels van die deliktereg verhaalbaar is by bewys van òf opset òf nalatigheid (sien Van der Merwe en Olivier 449; Neethling 81; Joubert 144; *Gelb v Hawkins* 1959 2 PH J20 (W)).

Daar moet dus aanvaar word dat die woorde van die hoofregter in die *O'Malley*-saak (hierbo 407D) dat "nalatigheid in ons reg geen aksie weens laster kan fundeer nie," verwys na laster as 'n *iniuria*, naamlik die opsetlike krenking van 'n persoonlikheidsreg waarvoor genoegdoening geëis kan word. Die hoofregter se *dictum* sluit nie 'n aksie uit om skadevergoeding te verhaal weens vermoënskade wat weens die nalatige aantasting van die reg op die goeie naam volg nie.

In hierdie verband kan ook verwys word na die beslissing in *Informa Confidential Reports (Pty) Ltd v Abro* 1975 2 SA 760 (T) 764. Die verweerder in hierdie saak het in 'n publikasie genaamd "Weekly Confidential Reports for Natal" verkeerdelik gerapporteer dat voorlopige vonnis teen die eiser toegestaan is. Alhoewel die verweerder die fout twee weke later reggestel het, is R450,00 (skynbaar as genoegdoening) aan die eiser toegestaan. In appèl word die argument dat daar 'n bevoorregte geleentheid was, verwerp en die hof voeg by (met 'n beroep op *Benson v Robinson & Co (Pty) Ltd* 1967 1 SA 420 (A) 426C-E) dat daar objektief getoets moet word om vas te stel of die verweerder *animo iniuriandi* opgetree het. Myns insiens was daar in hierdie saak (soos deur die advokaat vir die verweerder betoog) hoogstens sprake van nalatigheid en die objektiewe toets wat die hof aanwend om die aanwesigheid van opset te bepaal, beteken dat *animus iniuriandi* die verweerder toegedig is waar daar nie sprake van onregmatigheidsbewussyn was nie. Dit wil dus voorkom asof die hof net lippediens aan die opsetvereiste bewys ten einde die eiser se eis binne die tradisionele vereistes van aanspreeklikheid vir laster te kan bereg, maar in werklikheid vergoeding toeken waar slegs nalatigheid bewys is.

Na my mening was daar nie in hierdie saak sprake van 'n *iniuria* of nie-vermoënskade nie, maar wel van 'n nalatige aantasting van die reg op die *fama* wat tot (moeilik berekenbare) vermoënskade aanleiding gegee het. Die *actio legis Aquiliae* was gevolglik die toepaslike aksie en dit was nie vir die hof nodig om gefingerde opset te konstrueer ten einde aan die eiser 'n eisorsaak ingevolge die beginsels van die *actio iniuriarum* te bied nie.

Dit is vir regsvergelijkende doeleindes interessant om daarop te let dat paragraaf 824 van die Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch* ook aanspreeklikheid

vestig vir valse verklarings wat die krediet of verdienvermoë van 'n ander aantas:

“Wer der Wahrheit zuwider eine Tatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist den Kredit eines Anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder fortkommen herbeizuführen, hat dem Anderen den daraus entstehenden Schaden auch dann zu ersetzen, wenn er die Unwahrheit zwar nicht kennt, aber kennen muss.”

(Sien ook Nycumen Lowell “Common Law and Statutory Liability for Inaccurate Computer-based Data” 1981 *Emory Law Journal* 445.)

Nalatigheid is 'n voldoende skuldvorm en vergoeding vir vermoënskade kan verhaal word. In die lig van die voorafgaande bespreking stel ek die volgende standpunte vir oorweging:

1 In die *Suttonmere*-saak waarna ten aanvang verwys is, het dit nie primêr oor 'n opsetlike krenking van die reg op die *fama* (dus 'n *iniuria*) gegaan nie. Genoegdoening was dus nie relevant nie. Die verweerder het deur sy nalatige optrede wel veroorsaak dat die eiseres se reg op haar goeie reputasie geskend is deurdat haar kredietwaardigheid op onredelike wyse ondermyn is (soos die weiering van krediet aan haar duidelik bewys).

2 Die regs-krenking wat die eiseres te beurt geval het, het hoofsaaklik tot vermoënskade aanleiding gegee. Die feit dat die omvang van sodanige skade moeilik vasstelbaar is, doen nie afbreuk aan die feit dat hier inderdaad 'n vermoënsverlies ter sprake kom nie. Die eiseres het dus 'n eis ingevolge die beginsels onderliggend aan die *actio legis Aquiliae* gehad en moes haar pleitstukke dienooreenkomstig geformuleer het.

3 Indien die afwysing van die eisers se aksie *in casu* geskied het op grond van die verkeerde voorlegging van haar eis, is die *Suttonmere*-beslissing waarskynlik korrek. Vir sover regter Kriek egter die mening huldig (soos wat *prima facie* uit sy oproep om regshervorming blyk) dat die eiseres in die omstandighede van hierdie saak geen deliktuele remedie het nie, begaan hy 'n fout. 'n Noukeurige analise van die gesag waarna hierbo verwys is, dui daarop dat daar hoogstens 'n “leemte” in ons reg bestaan ten aansien van die verhaal van *genoegdoening* in gevalle waar die reg op die *fama* nalatig gekrenk word — *skadevergoeding* is wel in dergelike omstandighede verhaalbaar. Indien regter Kriek hierdie posisie korrek ingesien het, sou dit nie vir hom nodig gewees het om gewag te maak van 'n regsleemte ten aansien van die feite wat hy oorweeg het nie.

4 Vir sover regter Kriek voorstel dat oorweging daaraan gegee word om ook *genoegdoening* in gevalle van nalatige reputasiekrenking toe te ken, moet dit duidelik wees dat so 'n regs-wysiging waarskynlik net deur middel van wetgewing bewerkstellig kan word. Ek meen (in ooreenstemming met die sienings van sekere skrywers hierbo na verwys) dat deeglike oorweging aan so 'n moontlikheid gegee behoort te word. Die ontwikkeling van skuldlose aanspreeklikheid op grond van lasterlike bewerings in die pers, is 'n bewys dat die klassieke *actio iniuriarum* nie meer in alle gevalle voldoende beskerming bied nie. Dit sou onsinig wees om vandag nog vas te kleef aan regsvereistes in hierdie verband wat vir 'n veel minder ontwikkelde gemeenskap ontwerp is (sien die *O'Malley*-saak hierbo 407G-H;

Pauw *Persoonlikheidskrenking en Skuld in die Suid-Afrikaanse Privaatreg* Leiden (1976) 212–213). Daar behoort nie slegs na die bruikbaarheid van die *actio iniuriarum* in gevalle van laster ondersoek gedoen te word nie. Myns insiens moet die beskerming van alle persoonlikheidsregte omvattend en regsvergelykend ondersoek word. So 'n ondersoek mag toon dat daar veral ten aansien van die reg op die *fama* en die reg op privaatheid behoefte aan 'n beter stel beskermingsbeginsels bestaan.

PJ VISSER
Universiteit van Suid-Afrika

ENKELE OPMERKINGS OOR DIE VERHOUDING TUSSEN ARTIKELS 4 EN 5 VAN DIE WET OP EGSKEIDING

1 Inleiding

Artikel 3 van die Wet op Egskeiding 70 van 1979 bepaal dat 'n huwelik deur 'n egskeidingsbevel ontbind kan word òf op grond van die onherstelbare verbrokkeling van die huwelik soos in artikel 4 beoog òf op grond van die verweerder se geestesongesteldheid of voortdurende bewusteloosheid soos in artikel 5 beoog. In artikel 4(2) word verder bepaal dat onherstelbare verbrokkeling van 'n huwelik, met behulp van "enige feite of omstandighede" wat op daardie toestand dui, bewys kan word, terwyl die egskeidingsgronde wat in artikel 5(1) en (2) gestel word, die bewys van 'n aantal spesifieke vermelde elemente deur die eiser verg. Indien die eiser byvoorbeeld 'n beroep wil doen op die geestesongesteldheid van die verweerder as grond vir 'n egskeiding, sou hy die volgende moes bewys:

a die opname van die verweerder kragtens 'n opnemingsbevel in 'n bepaalde inrigting;

b dat die verweerder vir 'n ononderbroke tydperk van minstens twee jaar in die betrokke inrigting aangehou is; en

c dat die verweerder se geestesongesteldheid redelikerwys as ongeneeslik beskou kan word. Laasgenoemde feit kan slegs bewys word deur die getuïens van minstens twee psigiaters, een waarvan deur die hof aangestel is.

As 'n mens artikels 4 en 5 saamlees, dring die volgende vraag onmiddellik na vore: Indien 'n eiser hom op die geestesongesteldheid van die verweerder wil beroep, maar laasgenoemde byvoorbeeld òf nie in 'n inrigting opgeneem is nie òf nog nie twee jaar in die inrigting is nie (en daar dus nie aan die vereistes van artikel 5(1) voldoen kan word nie), kan hy nietemin op grond van artikel 4 aanvoer dat die huwelik as gevolg van die verweerder se geestesongesteldheid onherstelbaar verbrokkel het en dus ontbind moet word? 'n Bevestigende antwoord hierop sou onmiddellik na 'n verdere vraag lei, naamlik wat die sin en doel van artikel 5 dan kan wees. As 'n eiser in geval van die verweerder se geestesongesteldheid of bewusteloosheid nie via artikel 5 hoef te skei nie, loop dié artikel gevaar om 'n dooie letter op die wetboek en 'n oortolligheid te word — 'n resultaat wat die wetgewer immers nie kon beoog het nie. Aan die

ander kant, indien artikel 5 die enigste weg tot 'n egskeiding is indien huweliksverbrokkeling uit 'n eggenoot se geestesongesteldheid voortspruit, sal dit tot gevolg hê dat die ander huweliksmaat nooit sal kan skei indien eersgenoemde nie in 'n inrigting opgeneem word nie.

Hierdie kwessie het kort na die inwerkingtreding van die Wet op Egskeiding reeds die aandag van die hofe geniet, naamlik in *Dickinson v Dickinson* 1981 3 SA 856 (W), *Krige v Smit* 1981 4 SA 409 (K) en *Smit v Smit* 1982 1 SA 606 (O). In laasgenoemde uitspraak is die standpunt in die *Dickinson*-gewysde verwerp naamlik dat enige verbrokkeling, *wat ook al die rede daarvoor mag wees*, 'n egskeiding regverdig indien dit onherstelbaar is. Hierdie botsende uitsprake skep 'n ernstige probleem vir voornemende eisers en behoort die dringende aandag van die wetgewer te geniet.

2 Die regspraak

In *Dickinson v Dickinson supra* was die relevante feite en bevindinge kortliks soos volg: Die eiser en sy vrou se huwelik was gelukkig totdat sy tekens van geestesversteuring begin toon het. Sy is van tyd tot tyd in 'n inrigting behandel totdat sy uiteindelik kragtens 'n opnemingsbevel as pasiënt in die inrigting opgeneem is. Sy was ten tyde van die instel van die egskeidingsgeding steeds daar, oënskynlik reeds meer as twee jaar lank. Die eiser se egskeidingsaksie was gegrond op die onherstelbare verbrokkeling van die huwelik (ingevolge artikel 4), as alternatief op die geestesongesteldheid van die verweerder (artikel 5). By die verhoor is egter afgesien van die alternatiewe grond.

In die loop van sy uitspraak bevind regter Coetzee dat "voordat die verweerderes ongesteld geraak het, daar geen verbrokkeling hoegenaamd was nie en dat enige verbrokkeling slegs die gevolg is van hierdie onbewese geestesongesteldheid" (860D). (Die regter bestempel die geestesongesteldheid as onbewese omdat daar geen deskundige getuie is daaromtrent gelei is nie.) Ten spyte hiervan is die regter van mening dat artikel 4 wyd genoeg is om die grond waarop die eiser steun, te akkommodeer. Hy verklaar:

"Die enigste vereiste is die objektiewe feit van onherstelbare verbrokkeling wat ook al die rede daarvoor mag wees. Daar is geen skuldvereiste van enige aard nie en al wat die Hof van oortuig moet wees is dat die huweliksverhouding tussen die partye so 'n toestand van verbrokkeling bereik het dat daar geen redelike vooruitsig op die herstel van 'n normale huweliksverhouding tussen hulle bestaan nie" (860E).

Regter Coetzee stel vervolgens sy oortuiging dat die vereiste toestand van verbrokkeling bereik is, maar maak geen egskeidingsbevel nie omdat die saak weens gebrek aan betekening van die dagvaarding aan die verweerderes nie behoorlik aanhangig gemaak is nie.

Daar kan geen fout gevind word met die regter se standpunt dat die Wet op Egskeiding "geen skuldvereiste van enige aard" ten opsigte van die ontbinding van 'n huwelik stel nie. Dit is trouens die kern van die hele vernuwing wat deur die wet teweeggebring is. Gemeet aan die letter van artikel 4 is daar ook geen fout te vind met die stelling dat dit nie ter sake is

waarin die verbrokkeling sy oorsprong gevind het nie. Uit artikel 4(1) kan geen duidelike sodanige beperking afgelei word nie, terwyl artikel 4(2) dit pertinent stel dat die riglyne daarin vervat *nie* “die uitsluiting van enige feite of omstandighede wat op die onherstelbare verbrokkeling van ’n huwelik dui,” ten doel het nie. Die leemte in die uitspraak is egter dat daar glad nie besin is oor die moontlike gevolge van die ingenome standpunt nie. Die feit dat huweliksverbrokkeling weens geestesongesteldheid ook via artikel 4 tot ’n egskeiding kan lei, maak artikel 5(1) in wese oortollig, ’n gevolg wat, soos hierbo gestel, nie geredelik beskou kan word in ooreenstemming te wees met die wetgewer se bedoeling nie. Artikels 4 en 5 behoort so uitgelê te word dat daar ook sinvolle ruimte vir die toepassing van artikel 5 bestaan.

Regter Van den Heever sien egter in *Krige v Smit supra* blykbaar in dat daar ’n probleem rondom die verhouding tussen artikels 4 en 5 bestaan en poog om die doel van laasgenoemde artikel te peil. In hierdie saak het die eiseres haar man, wat reeds byna twee jaar lank in ’n semi-bewustelose toestand in ’n hospitaal was weens breinskade, vir egskeiding gedagvaar op grond van artikel 4 (onherstelbare verbrokkeling weens gemelde toestand) en as alternatief op grond van artikel 5(2) (voortdurende bewusteloosheid weens fisieke ongesteldheid). Die *curator ad litem* van die verweerder het die egskeiding teengestaan omdat, eerstens, artikel 4 syns insiens nie voorsiening maak vir die geval waar die verbrokkeling spruit uit objektiewe faktore buite die beheer van die partye nie (anders was artikel 5 totaal onnodig, word geredeneer) en, tweedens, die vereistes wat in artikel 5(1) en (2) gestel word, nie aanwesig sou wees nie.

In haar uitspraak beklemtoon regter Van den Heever dat die wetgewer met die Wet op Egskeiding heeltemal gebreek het met die gemene-reg en in die besonder die skuldvereiste by die verlening van ’n egskeiding laat vaar het (aldus ook die *Dickinson*-gewysde). Ten opsigte van artikel 4 verklaar die regter dat daarin geïmpliseer word dat dit ’n voorvereiste vir ’n egskeiding is dat minstens een van die egliede die vaste voorneme het om nie die *status quo* langer te aanvaar nie. Sy bevind verder, soos die *Dickinson*-saak, dat die wetgewer “geen eise hoegenaamd (stel) aangaande wat aanleiding gee tot so ’n besluit nie” (414D). Dit lei die regter egter daartoe om te vra wat dan die wetgewer se doel met artikel 5 kon gewees het. Sy antwoord dat dit voor die hand lê dat “waar die faktore wat daarin uitgespel word bestaan, die vraag na die herstelbaarheid van ’n verhouding of moontlikheid van versoening totaal irrelevant is” (415H). Indien ’n eiser egter via artikel 4 wil skei, moet die hof steeds ondersoek instel na die herstelbaarheid van die huweliksverhouding.

Die faktore wat in artikel 5(1) en (2) uitgespel word, was in die onderhawige geval nie aanwesig nie maar die regter staan nietemin ’n egskeiding toe omdat die onherstelbare verbrokkeling van die huwelik, soos bedoel in artikel 4, bewys is. Die bewys daarvan word egter nie slegs in die verweerder se toestand gevind nie, maar veral in die feit dat die eiseres iemand anders ontmoet het met wie sy wou trou. Die onherstelbaarheid van die verweerder se toestand is egter die grond vir die regter se oortuiging dat die eiseres nie permanent van laasgenoemde voorneme sal afsien nie en

aangesien dit nou reeds duidelik is dat die huweliksverboddeling onherstelbaar is, vind sy dit sinloos om die eiseres te verplig om die geding twee jaar uit te stel of die verweerder eers te laat opneem in 'n inrigting (416E).

Die benadering tot die uitleg van artikel 4 is in die *Krige*-gewysde basies dieselfde as in die *Dickinson*-saak en die kommentaar wat hierbo ten opsigte van laasgenoemde saak gelewer is, sou dus ook by eersgenoemde kon geld. In *Krige v Smit* word egter ook gepoog om 'n eie plek en funksie vir artikel 5 te definieer. Dit kom kortliks daarop neer dat die hof van mening is dat artikel 5 enersyds daargestel is om die eiser se bewyslas te vereenvoudig of te vergemaklik deur die inhoudelike elemente daarvan spesifiek te noem. Andersyds vergemaklik dit ook die hof se taak, want 'n indringende ondersoek na die feite en 'n moeisame opweging van die moontlikheid van herstel van die huweliksverhouding is oorbodig. Dit gaan alleen om die aanwesigheid al dan nie van die in artikel 5 vermelde faktore. Dit moet egter bevraagteken word of dit die enigste of selfs vernaamste doel met artikel 5 kon gewees het — dié aangeleentheid sal hieronder weer aan die orde gestel word.

Die wye vertolking van artikel 4 in die bogenoemde twee gewysdes word egter uitdruklik verwerp in *Smit v Smit supra*. (Aangesien die *Krige*-uitspraak nog nie in daardie stadium gerapporteer was nie, word daarin slegs na die *Dickinson*-saak verwys.) Die eiser in *Smit v Smit* het 'n egskeidingsaksie teen sy vrou ingestel ingevolge artikel 4. Sy vrou was reeds ses en 'n half jaar lank in so 'n mate ongestel, hoofsaaklik as gevolg van 'n kwaadaardige gewas op die brein, dat sy bedlêend was en niks vir haarself kon doen nie. Sy was ten tyde van die geding opgeneem in 'n afdeling vir verswakte persone van 'n tehuis. Regter Brink bevind in die loop van sy uitspraak dat die eiser vanweë hierdie ongesteldheid van sy vrou feitlik al die konsortium-voordele waarop hy in die geval van 'n normale huweliksverhouding aanspraak sou kon maak, moes ontbeer en dat die kumulatiewe effek van die egpaar se tragiese omstandighede is dat “daar nou al ses en 'n half jaar lank geen huwelik meer bestaan nie” (612D).

Desnieteenstaande word die eiser se vordering deur die hof van die hand gewys, welke resultaat die gevolg is van regter Brink se interpretasie van die begrip “onherstelbare verboddeling van 'n huwelik.” Hy meen dat daar onderskei moet word tussen, enersyds, die geval waar beide eggenotes in staat is om 'n bydrae tot die herstel van die verboddelde huweliksverhouding te maak en, andersyds, die geval, soos die onderhawige, waar die verboddeling net aan 'n fisieke of geestesongesteldheid te wyte is en die ongestelde gade feitlik niks kan doen om die verboddeling teen te werk nie. (Die regter vereenselwig hom hierdeur met Barnard *Die Nuwe Egskeidingsreg* (1979) 29 se onderskeid tussen onmoontlikmaking en onmoontlikwording van die huwelik.) Derhalwe kan regter Brink hom nie vereenselwig met die benadering in *Dickinson v Dickinson supra* dat die rede vir die verboddeling irrelevant is nie. Syns insiens het die woorde “onherstelbare verboddeling van 'n huwelik” in artikel 4 in eerste instansie betrekking op “die tot niet gaan van 'n huweliksverhouding wat beide die eggenotes kon probeer in stand hou as hulle wou” (611F).

Hierdie eerste indruk word volgens die regter op tweërlei wyse verder versterk: Eerstens, indien dit die bedoeling van die wetgewer was dat 'n huwelik wat verbrokkel het as gevolg van die fisieke of geestelike ongesteldheid van 'n gade wat self niks kan doen om die toestand te verhelp nie, ontbind behoort te kan word, sou 'n mens kon verwag dat sodanige bedoeling duidelik in artikel 4 uitgedruk sou wees. Dit word syns insiens egter nie gedoen nie. Tweedens word daarop gewys dat artikel 9 wat handel oor die verbeuring van vermoënsregtelike voordele slegs 'n verbod plaas op die verlening van 'n verbeuringsbevel vir sover die egskending verkry is op grond van 'n in artikel 5 vermelde egskendingsgrond. Regter Brink rede neer dat indien dit toelaatbaar sou wees om 'n geestesongestelde verweerder via artikel 4 te skei, daardie verbod sekerlik in daardie mate ook op artikel 4 betrekking sou gehad het, aangesien dit andersins tot groot onregverdigheid sou lei. Kort gestel, beteken dit dus dat regter Brink gesag vir sy interpretasie van die begrip "onherstelbare huweliksverbrokkeling" meen te vind in dit wat deur artikels 4 en 9 verswyg word.

Ek wil egter ter oorweging gee dat hierdie uitleg van artikels 4 en 9 nie aanvaar kan word nie. Ten eerste moet dit betwis word dat die woorde "onherstelbare verbrokkeling" 'n mens sonder meer laat dink aan 'n verbrokkeling wat beide eggenotes kon probeer teenwerk as hulle wou. Daar word deurgaans toegegee dat onherstelbare verbrokkeling 'n vae en algemene begrip is wat meer presiese omskrywing bly ontwyk, ten spyte daarvan dat die ervaring geleer het dat die howe weinig probleme ondervind om in 'n bepaalde geval te beslis oor die aanwesigheid van hierdie egskendingsgrond. Die geskiedenis van die interpretasie van hierdie begrip hier te lande en elders, plaas dus reeds 'n vraagteken agter die onderhawige uitleg. Daar kan moontlik toegegee word dat die woord "onherstelbaar" 'n objektiewe vermoë by 'n gade veronderstel om 'n poging tot huweliks herstel aan te wend, maar dan is dit sekerlik voldoende as minstens een van die eggenotes oor sodanige vermoë beskik. Regter Brink het immers self in *Kruger v Kruger* 1980 3 SA 283 (O) 286 (tereg) te kenne gegee dat die vaste voorneme van slegs een gade om die huwelik nie voort te sit nie voldoende aanduiding is van die onherstelbaarheid van die verbrokkeling. As die feit dat die ander gade se wil op herstel gerig is, niks afdoen aan die onherstelbaarheid van die verbrokkeling nie, behoort die feit dat die ander gade hoegenaamd geen wil openbaar of kan openbaar nie, *a fortiori* ook nie die afleiding van onherstelbaarheid te weerlê nie.

Tweedens moet dit betwis word dat die wetgewer se versuim om spesifiek te meld dat verbrokkeling van die huwelik ook via fisieke of geestesongesteldheid bewys kan word, aanvaar moet word as 'n aanduiding dat sodanige bewysmetode belet word. Artikel 4(2) stel dit ondubbelsinnig dat "enige feite of omstandighede wat op die onherstelbare verbrokkeling van 'n huwelik dui" deur 'n hof oorweeg kan word — geen feite of omstandighede word uitgesluit nie. In artikel 4 self is daar geen spoor te vind van enige beperkings nie. 'n Mens sou moontlik sodanige beperking via artikel 5 kon konstrueer, maar regter Brink volg nie dié weg nie. Dit dien verder daarop gewys te word dat die pas aangehaalde woorde van artikel 4(2) duidelik so wyd is dat hulle nie redelikerwys beperk kan word tot

gevalle van sogenaamde onmoontlikmaking van die huwelik nie (*contra* Barnard a w 30).

Derdens hou regter Brink se laaste argument, wat gegrond is op artikel 9, eweneens nie steek nie. Dit sou 'n baie sterk argument gewees het indien 'n hof steeds soos voor die inwerkingtreding van die 1979-wet *verplig* sou wees om 'n verbeuringsbevel te verleen indien daarom aansoek gedoen word. Feit is egter dat die hof tans kragtens artikel 9 'n diskresie het om onder andere met inagneming van "die omstandighede wat tot die verbrokkeling aanleiding gegee het" sodanige bevel te verleen of te weier of slegs gedeeltelik toe te staan. Die antwoord op regter Brink se beswaar is dus dat indien 'n eiser wat 'n egskeiding verlang op grond van onherstelbare huweliksverbrokkeling weens die verweerder se geestesongesteldheid boonop 'n verbeuringsbevel teen laasgenoemde aanvra, dit die hof vrystaan om hierdie versoek te weier.

Die aandag moet egter daarop gevestig word dat artikel 5 'n bepaling bevat waarna regter Brink nie verwys nie, maar waarop hy sterk sou kon gesteun het. Artikel 5(4) bepaal dat die hof na goeddunke van die eiser kan verg om sekerheid te stel ten opsigte van enige vermoënsregtelike voordele waarop die verweerder na egskeiding geregtig mag wees. Indien 'n geestesongestelde verweerder langs die weg van artikel 4 geskei kan word, sal die hof egter nie op sodanige sekerheidstelling kan aandrang nie. Dié resultaat is totaal onaanvaarbaar en bied steun aan regter Brink (en Barnard) se siening.

Die huidige stand van die regspraak weerspieël derhalwe 'n meningsverskil rondom veral die betekenis van artikel 4. *Smit v Smit* staan weliswaar alleen teenoor die *Dickinson* -en *Krige*-gewysde, maar die kloof tussenin is dermate diep dat dit nie daargelaat kan word nie. Laasgenoemde uitsprake moet verkies word as dit bloot gaan om die uitleg van artikel 4 alleen, maar as artikel 5 daarmee saamgelees word, ontstaan die vraag of die beslissing in *Smit v Smit*, ten spyte van sy verdagte *ratio decidendi*, tog nie meer aanvaarbaar is nie. (Sonder om dit te bespreek, moet hier opgemerk word dat hoewel regter Brink sy uitspraak afsluit met die bekende "indien ek verkeerd is . . ." en vervolgens bevind dat onherstelbare verbrokkeling in ieder geval nie bewys is nie, dit nietemin duidelik is dat die voorafgaande betoog nie *obiter* is nie.)

3 Die werklike probleem en 'n moontlike oplossing

Wanneer uitsluitel gegee wil word oor die vraag of die onherstelbare verbrokkeling van artikel 4 met behulp van die fisieke of geestesongesteldheid van die verweerder bewys kan word, is dit futiel om dit slegs via die interpretasie van artikel 4 te probeer doen. Die aangewese metode is om soos in *Krige v Smit* artikel 5 ook daarby te betrek en uit 'n saamlees van die artikels die oplossing te vind. Regter Van den Heever het egter in die *Krige*-saak moontlik die problematiek rondom artikels 4 en 5 onderskat, aangesien sy tot 'n slotsom geraak het wat skynbaar wil voorgee dat alle probleme nou opgelos is, terwyl dit geensins die geval is nie.

By die besinning oor hierdie vraagstuk is dit sekerlik raadsaam om vas te stel watter standpunte deur Barnard a.w. 65–67 en Hahlo en Sinclair *The Reform of the South African Law of Divorce* (1980) 38 verkondig word. Barnard meen dat 'n mens in artikel 5 te doen het met 'n spesiale reëling wat die werking van die algemene reëling vervat in artikel 4 uitsluit en hy vat die posisie saam deur te verklaar dat 'n eiser 'n egskeiding wat alleen op ongeneeslike geestesongesteldheid of permanente bewusteloosheid van die verweerder steun, slegs kan verkry indien daar aan al die vereistes van artikel 5 voldoen word (67); artikel 4 is dus nie beskikbaar nie. Hahlo en Sinclair deel die standpunt dat artikel 5, synde “special law,” voorrang bo artikel 4 moet geniet, maar voer nietemin aan dat sekere geestesongestelde persone tog via artikel 4 geskei kan word. Indien 'n geestesgebreklike verweerder byvoorbeeld nie in 'n inrigting opgeneem is nie, sou die eiser volgens hulle tog van artikel 4 gebruik kon maak (38).

Die versoening van die twee artikels via die spreuk *generalia specialibus non derogant* is myns insiens 'n geldige standpunt. (Vgl Steyn *Die Uitleg van Wette* (1981) 190; *Ntuli v Benoni Town Council* 1957 3 SA 597 (W) 608–609; *S v Van Wyk* 1969 1 SA 37 (K) 40.) Dit is trouens onwaarskynlik dat daar anders 'n meer aanvaarbare benadering tot die uitleg van dié twee artikels gegee sal kan word. Tog lei hierdie benadering nie tot 'n bevredigende oplossing nie. Barnard se siening dat die spesiale werking van artikel 5 tot gevolg het dat daar nooit op geestesongesteldheid gesteun sal kan word vir die bewys van die onherstelbare huweliksverbrotting van artikel 4 nie, bring mee dat 'n eggenoot wie se gade reeds vyf jaar geestesongesteld is, maar tuis deur die kinders versorg word, nooit sal kan skei nie (artikel 5 vereis aanhouding in 'n inrigting). Dieselfde geld ten opsigte van 'n gade wat haar oor jare van tyd tot tyd vrywillig in 'n inrigting vir geestesafwykings laat behandel het, ten spyte daarvan dat hierdie situasie uiteindelik tot 'n *de facto* huweliksverbrotting gelei het. Die netto resultaat is dat 'n bepaalde groep mense eenvoudig nie sal kan skei nie, tensy onherstelbare huweliksverbrotting bewys kan word sonder om hoegenaamd op die verweerder se geestesongesteldheid te steun. Hahlo en Sinclair se standpunt het op sy beurt tot gevolg dat sekere geestesongestelde persone geen besondere beskerming geniet nie. Indien 'n geestesieke gade nie in 'n inrigting aangehou word nie, kan sy byvoorbeeld nie daarop aanspraak maak dat haar toestand deur 'n onafhanklike psigiater wat deur die hof aangestel is, beoordeel word nie. Persone wie se geestesafwyking nie so ernstig is dat hulle onvrywillig in 'n inrigting aangehou moet word nie, sal dan in effek makliker geskei kan word omdat daar nie aan die streng vereistes van artikel 5 voldoen hoef te word nie. A en B, wie se graad van geestesongesteldheid presies dieselfde is, sal dus nie noodwendig albei geskei kan word nie. As A in 'n inrigting is, maar nog nie twee jaar lank nie, kan geen egskeiding volg nie omdat artikel 5 van toepassing is, terwyl B wat tuis versorg word moontlik via artikel 4 geskei sal kan word. Andersyds, sou A reeds twee jaar in 'n inrigting aangehou word en al die ander vereistes van artikel 5 nagekom word, kan 'n egskeiding sonder meer verkry word, terwyl B wat tuis versorg word moontlik 'n egskeiding

kan vryspring omdat onherstelbare huweliksverbrokkeling ten spyte van die geestesongesteldheid afwesig is.

Die benadering wat in die *Dickinson*- en *Krige*-gewysde gevolg is stem grootliks ooreen met Hahlo en Sinclair se standpunt, terwyl Barnard se opvatting in die *Smit*-saak weerklank vind. Afgesien van die kritiek wat hierbo ten opsigte van hierdie uitsprake geboekstaaf is, is die resultate waartoe die onderskeie benaderings lei nie allesins aanvaarbaar nie. Nietemin kan die betrokke skrywers en regters geensins daarvoor verkwalik word nie: hul standpunte is bloot die simptome van die werklike probleem, naamlik die minder geslaagde bewoording van die wet. Na my oordeel kan die huidige meningsverskil nie opgelos word deur slim wetsuitleg nie, maar alleen deur 'n behoorlike wetswysiging.

Dit ly geen twyfel dat artikel 5 met 'n besondere doel voor oë op die die wetboek geplaas is nie. Geen bepaling van 'n wet kan immers as oorbodig beskou word nie (sien Steyn a w 17). 'n Sinvolle wetswysiging verg derhalwe dat allereers gepeil word wat die doel met artikel 5 was en of dié *ratio* steeds geldig is voordat opnuut gepoog word om 'n formulering daar te stel wat (hopelik) beter uitdrukking daaraan sal gee.

Die "doel" wat in *Krige v Smit supra* aan artikel 5 gekoppel word, naamlik om bewys van die onherstelbaarheids-element oorbodig te maak, is myns insiens bloot 'n gevolg van die wyse waarop artikel 5 geformuleer is en nie 'n doel op sigself nie. Ek meen dat die ware *ratio* van artikel 5 geleë is in die beskerming van geestesgebreklike (asook bepaalde fisiek ongestelde) persone op 'n spesiale wyse, welke beskerming te meer noodsaaklik is omdat skuld nie meer 'n vereiste by die verlening van 'n egskeding is nie. Dit is immers duidelik dat artikel 5 getrou bly aan die fundamentele verandering wat deur die wet bewerkstellig word, naamlik dat 'n huwelik slegs ontbind kan word as dit onherstelbaar verbrokkel het. Hoewel die artikel tegnies 'n tweede en 'n derde egskedingsgrond daarstel, is die kern daarvan steeds die verbrokkelde huwelik. Indien die verbrokkeling toegeskryf moet word aan die permanente geestesongesteldheid (ek verswyg voortdurende bewusteloosheid voortaan vir doeleindes van hierdie bespreking) van 'n gade, kom daar egter spesiale oorwegings op die spel, waarvan die vernaamste waarskynlik is dat so 'n gade homself nie kan verweer nie en ook nie beheer het oor die verval en eventuele herstel van die huweliksverhouding nie. Die wetgewer het klaarblyklik geoordeel dat 'n mens hier met 'n groep persone te doen het wat nie op gelyke voet met ander verweerders behandel kan word nie, en *besondere beskerming behoef*. Hierdie beskerming blyk onder meer uit die volgende: 'n onafhanklike psigiater wat deur die hof aangestel is, moet aangaande die verweerder se toestand verslag lewer (artikel 5(1)(b)); 'n regspraktisyn kan aangestel word om die verweerder by te staan (artikel 5(3)); die eiser kan gelas word om dié praktisyn se koste te betaal (artikel 5(3)); sekerheidstelling deur die eiser ten opsigte van die verweerder se belang in vermoënsregtelike voordele uit die huwelik kan geverg word (artikel 5(4)); die verbeurdverklaring van vermoënsregtelike huweliksvoordele van so 'n verweerder word verbied (artikel 9(2)). Die bepaling dat die verweerder minstens twee jaar lank in 'n bepaalde inrigting opgeneem of aangehou

moet gewees het, is daarom vanselfsprekend primêr daarop gerig om te voorkom dat die verweerder die prooi word van 'n maklike egskeiding.

Die hoofdoel van artikel 5 is dus die beskerming van die groep persone daarin vermeld en nie 'n vermindering van die eiser se bewyslas nie. Daar word verder aan die hand gedoen dat die resultaat wat uit Hahlo en Sinclair se benadering voortspruit, naamlik dat slegs 'n geselekteerde groep uit die kategorie geestesgebreklike persone deur artikel 5 beskerm word, nie met hierdie doel versoen kan word nie. Daar bestaan geen goeie rede waarom die wetgewer op hierdie wyse tussen geestesgebreklike persone onderling sou wou diskrimineer nie. Die vraag kan weliswaar gestel word of die vereiste met betrekking tot opname en aanhouding in 'n inrigting inderdaad sinvol is. Dié vereiste beoog waarskynlik slegs om 'n gekontroleerde situasie te skep ten einde 'n psigiater in staat te stel om 'n betroubare waarneming van die verweerder se toestand te maak, maar in sy huidige vorm lei dit daartoe om die verwesenliking van die doel van artikel 5 teen te werk.

Die geldigheid van die pas gesketste *ratio* van artikel 5 behoort nie onder verdenking te wees nie, minstens nie wat geestesongestelde persone betref nie. Dit bly 'n onbetwisbare feit dat diesulkes nie hul eie saak kan stel nie en dat selfs die aanstelling van 'n *curator ad litem* nie ten volle hiervoor kan vergoed nie. Die feit dat skuld geen rol meer speel by die verlening van 'n egskeiding nie, behoort nie as regverdiging te dien vir 'n standpunt dat geestesgebreklikes tans oor dieselfde kam geskeer kan word as enige ander verweerder nie. Dit is die staat se plig om via wetgewing te kontroleer dat egskeidings waarby geestesgebreklikes betrokke is sover moontlik sonder enige benadeling vir hulle afgehandel word.

Dit is nie die bedoeling om met hierdie opmerkings 'n gedetailleerde en afgeronde voorstel tot wetswysiging te maak nie, maar ek wil aan die hand doen dat die volgende gedagtes oorweging by die moontlike wysiging van die Wet op Egskeiding behoort te geniet. Eerstens kan 'n mens aanbeveel dat artikel 5 in sy huidige vorm geskrap word. Dit sal daarop neerkom dat slegs een egskeidingsgrond, te wete onherstelbare verbrokkeling van die huwelik, behou word. Dit is nie 'n radikale verandering nie, want in die huidige artikel 5 gaan dit ten diepste ook maar om huweliksverbrokkeling. Vervolgens behoort dit in die tweede plek duidelik gemaak te word dat indien dit beweer word dat die geestesongesteldheid van die verweerder *die oorsaak van die huweliksverbrokkeling is*, daar ter beskerming van die verweerder aan sekere vereistes voldoen moet word. In hierdie verband kan die voorskrifte wat tans in artikel 5(1) vervat is, behou word met die uitsondering van die vereiste opname en aanhouding in 'n inrigting. In plaas daarvan kan dit aan die diskresie van die hof oorgelaat word om byvoorbeeld in 'n bepaalde geval, op aanbeveling van 'n psigiater, 'n verweerder wat nie in 'n inrigting opgeneem was nie vir waarneming na 'n inrigting te verwys ten einde die psigiater in sy taak om 'n bevinding aangaande die pasiënt se toestand te maak, te help. Die termyn van twee jaar sou dan betrekking kon hê op die periode waartydens die verweerder reeds behandeling weens geestesongesteldheid ontvang het en op sigself sal dit ook die eerste stap wees na 'n afleiding dat die huweliksverbrokkeling

onherstelbaar is. Die tweede stap wat dié afleiding onherroeplik sal bevestig, is die deskundige getuienis van die psigiaters dat die verweerder se geestesongesteldheid redelikerwys as ongeneeslik bestempel kan word.

Daar behoort ook opnuut besin te word oor watter ander kategorie persone aanspraak kan maak op soortgelyke beskerming. Tans word dit ook aan persone wat voortdurend bewusteloos is, verleen. Dit is moontlik dat die term “bewusteloos” die kategorie te veel beperk en dat dit in die lig van die feite van *Krige v Smit* wyer omskryf behoort te word.

4 Slot

Samevattend wil ek dit stel dat die uitsprake in *Dickinson v Dickinson*, *Krige v Smit* en *Smit v Smit* aangetoon het dat alles nie pluis is met artikels 4 en 5 van die Wet op Egskeiding nie. Ek is verder van oordeel dat die meningsverskil wat in die howe en onder skrywers oor die strekking van hierdie artikels heers, nie deur die toepassing van die reëls van wetsuitleg alleen bevredigend uitgestryk sal kan word nie: die wetgewer sal moet ingryp. Die Suid-Afrikaanse regskommissie het pas weer ’n ondersoek na die gebreke en leemtes van die egskeidingsreg van stapel laat loop en die tyd is dus ryp om die probleem wat hier aan die orde gestel is, te beredder.

C VAN LOGGERENBERG
Universiteit van Port Elizabeth

DOLUS EVENTUALIS EN LUXURIA — NOG ’N STUIWER IN DIE ARMBEURS

Ofskoon daar in ons ouer strafregliteratuur enkele male na *luxuria* as skuldvorm verwys word, is dit eers betreklik onlangs dat dit pertinent die aandag van ons strafregskrywers begin geniet het. Veral die skeidslyn tussen *dolus eventualis* en *luxuria* is in hierdie proses onder die soeklig geplaas. In dié verband is die onlangs gerapporteerde beslissing in *S v Shaik* 1981 2 PH H 185 (A) van besondere belang vir die omskrywing van *dolus eventualis* en daarmee gepaardgaande dié van *luxuria*.

Die feite van die saak was dat die drie beskuldigdes die woonstel van die slagoffer en sy vrou in die vroeë oggendure gemaskerd binnegegaan het. Een van die beskuldigdes was gewapen met ’n stewige knuppel en ’n ander met ’n mes. Met die beskuldigdes se binnegaan van die slagoffer se slaapkamer het sy vrou wakker geword en begin skreeu. Sy is aangerand en toe sy haar verset, is sy na dreigemente dat haar keel afgesny sou word, vassebind, gemuilband en in ’n aangrensende vertrek toegesluit. Intussen is die slagoffer só met die knuppel toegetakel dat hy later aan breinbeserings beswyk het. Die beskuldigdes het daarna die woonstel deursoek en uiteindelik met etlike honderde rande laat spaander.

Op 'n aanklag van moord word die beskuldigdes skuldig bevind. Appèlregter Diemont (met wie appèlregters Trengove en Cillié saamgestem het) verwerp die betoog namens die beskuldigdes dat die moontlikheid van ernstige beserings of dood in die onderhawige geval dermate ongewoon was dat dit buite rekening gelaat kon word. Hy verklaar (met 'n beroep op *S v Dladla* 1980 1 SA 1 (A) 4 en *S v De Bruyn* 1968 4 SA 498 (A) 510):

“(T)hat argument does not avail . . . (T)he trial judge assumed in favour of the appellants that the onus on the State was to prove beyond reasonable doubt, not that there was a remote possibility but that ‘the accused must have foreseen the real possibility of death from the use of . . .’ the stick . . . In any event the argument cannot find favour; it is based on a misconception. No doubt the more remote or unlikely the possibility of injury, the more difficult it will be for the court to draw the inference that the accused foresaw what might happen . . . legal intention is present if the accused ‘foresees the possibility, however remote, of his act resulting in the death of another’. In other words if an accused admits that he foresaw a possibility of injury or worse, or there is other direct evidence to that effect, or if the facts are such that an adverse inference must be drawn, it will not assist the defence to show that the risk of injury or worse appeared unlikely, highly improbable or remote.”

Dat appèlregter Holmes in *De Bruyn* 510 verklaar het dat die voorsien van die verwyderde moontlikheid van dood genoegsaam is vir *dolus eventualis* (mits daar natuurlik sogenaamde “roekeloosheid” of “onverskilligheid” bykom), is ongetwyfeld so, maar dat daardie uitlating terloops was, is eweneens waar. Die vraag na die werklikheid of verwyderdheid van die moontlikheid by die voorsien daarvan was nie pertinent voor die hof vir beslissing nie. In *Dladla* 4 weer het appèlregter Jansen hom bloot oor die *bewys* van *dolus eventualis*, vir sover dit die kwessie van die waarskynlikheid of onwaarskynlikheid van die voorsiene gevolg aangaan, uitgelaat. Die vraag of dit 'n *materiële* vereiste vir *dolus eventualis* is dat die moontlikheid wat voorsien word sterk of vaag moet of kan wees, word weliswaar deur die hof aangeroer, maar uiteindelik oopgelaat (3). Wat betref die vraag of 'n werklike of enige moontlikheid van die wederregtelike daad by *dolus eventualis* voorsien moet of kan word, kan geneen van hierdie twee sake dus eintlik as gesaghebbend aanvaar word nie.

Tog het dié vraag in enkele gewysdes pertinent die aandag van ons howe geniet. Die eerste hiervan is *S v Fick* 1970 4 SA 510 (N), waarin die beskuldigde weens herhaaldelike diefstalle op sy plaas aansienlike skade gely het. Laat die betrokke nag het hy 'n voertuig in die nabyheid van sy huis hoor ry, waarop hy sy geweer geneem het om die vermeende diewe te gaan voorlê. In die uitvoering van sy vaste voorneme om die voertuig tot stilstand te bring, het hy vier skote na die kopligte van die voertuig gevuur en sodoende die ligte uitgedoof. Van die insittendes (waarvan een geblyk het 'n veldwagter te wees wat 'n vermeende dief op die beskuldigde se plaas aangekeer het) is egter deur die skote getref en beseer. Op 'n aanklag van poging tot moord word die beskuldigde skuldig bevind. Regter Harcourt (met wie regter-president James saamgestem het) verwerp die betoog dat die beskuldigde nie die werklike moontlikheid van die dood van die slagoffers voorsien het nie, omdat hy 'n goeie skut was en verkeerdlik onder die indruk was dat die voertuig se enjin aan sy

voorkant was en gevolglik die koeëls sou afskerm. Met betrekking tot die betoog dat daar by *dolus eventualis* 'n voorsien van 'n werklike, redelike, of wesenlike moontlikheid moet wees, verklaar hy dat die reg

“does not incorporate the adjectives . . . to the word ‘possibility’ as indicating what must be foreseen by an accused person. As I appreciate it, what must be foreseen is that there was an appreciation on the part of the *de cuius* that the injury which he intends to inflict on another may cause death, and that he nevertheless inflicts that injury reckless whether death will ensue or not” (514).

Verdere gewysdes waarin hoogstens 'n aanduiding van 'n geringe of verwyderde moontlikheid by die voorsien daarvan as voldoende vir *dolus eventualis* gegee is, is *R v Thibani* 1949 4 SA 720(A) 729–730; *R v Nsele* 1955 2 SA 145 (A) 148; *R v Horn* 1958 3 SA 457 (A) 465; *S v Malinga* 1963 1 SA 692 (A) 694; *S v Mini* 1963 3 SA 188 (A) 191; *S v Peppenene* 1974 1 SA 216 (O) 220; en *S v Sinzani* 1979 1 SA 935 (OK) 938.

Daarteenoor staan *S v Ushewokunze* 1971 2 SA 360 (RAD), waarin die beskuldigde, 'n geneesheer, 'n groot aantal gesteelde kapsules van 'n dief wat hom as 'n verteenwoordiger van 'n medisynemaatskappy voorgedoen het, in ruil vir 'n geringe bedrag geld en die belofte van mediese behandeling ontvang het. Die beskuldigde het die kapsules laat bottel en in sy rakke laat pak. Toe hy egter later 'n kennisgewing van die diefstal in 'n koerant lees, het hy die pille in sy motor gaan wegsteek. Daar is dit deur die polisie gevind. Op 'n aanklag van ontvangs van gesteelde goedere bevind hoofregter Beadle (met wie appèlregter Lewis saamgestem het) die beskuldigde skuldig. Hy verklaar:

“What must be foreseen, therefore, is nothing more than a *reasonable* possibility of the harm or wrong eventuating. When this is coupled with a recklessness as to whether or not the harm or wrong results, the requisite degree of *mens rea* exists” (363, my kursivering).

Hy konstateer verder:

“I would consider, therefore, that if the State shows that an accused, when he received the stolen goods, must have foreseen the *real* possibility that the goods had been stolen and did not care whether the goods had been stolen or not, that is sufficient to prove guilty knowledge. It is not necessary to go further and decide why the accused did not make enquiries as to the ownership of the goods. If the facts show that he recklessly received the goods not caring whether or not they were stolen the crime is proved, provided, of course, he did not receive them for some lawful purpose, such as returning them to their owner or handing them over to the police” (364, my kursivering).

In dieselfde trant verklaar regter Kumleben in *S v Ostilly* 1 1977 4 SA 699 (D), waar die beskuldigde op 'n aanklag van bedrog tereggestaan het:

“[T]here is an absence of an honest belief in the truth of a representation if the representor foresaw, as a *real* possibility, that his assertion may be false. This is no more than the application to a fraud case of the generally accepted principle, namely that to prove legal intention (*dolus eventualis*) it must be shown that a *real* possibility of that consequence resulting was foreseen” (728, my kursivering).

Ander gewysdes waarin hoogstens 'n aanduiding van 'n werklike, wesenlike, redelike of waarskynlike moontlikheid by die voorsien daarvan as vereiste vir *dolus eventualis* gegee is, is *R v Bergstedt* 1955 4 SA 186 (A) 188; *R v Steenkamp* 1960 3 SA 680 (N) 684; *R v Suleman* 1960 4 SA

645 (N) 646-647; *R v Mabena* 1967 3 SA 525 (R) 527; *R v Tazwinga* 1968 2 SA 590 (RAD) 591; *R v John* 1969 2 SA 560 (RAD) 565; *S v Dube* 1972 4 SA 515 (W) 520; en *S v Magubane* 1975 3 SA 288 (N) 293.

Dat daar dus in ons regspraak gesag is vir beide die standpunte, enersyds dat *dolus eventualis* 'n voorsien van die werklike moontlikheid van die wederregtelike daad vereis, en andersyds dat die voorsien van 'n verwyderde moontlikheid van die wederregtelike daad genoegsaam vir *dolus eventualis* is, blyk duidelik uit die voorgaande. Gewysdes soos *R v Huebsch* 1953 2 SA 561 (A) 567; *R v Du Randt* 1954 1 SA 313 (A) 316; *R v Poteradzayi* 1959 1 R & N 31 (FSC) 34; *R v Nemashakwe* 1967 3 SA 520 (RAD) 523; *S v Mshiza* 1970 3 SA 747 (A) 754; en *S v Bvuure* 1972 2 SA 24 (RAD) 26, waarin veelal van die voorsien van "some risk" gepraat is, is te neutraal om enige afleiding uit te maak.

Van ons skrywers is daar enkeles wat hulle pertinent oor die probleem van 'n werklike of verwyderde moontlikheid by die voorsien daarvan as vereiste vir *dolus eventualis* uitlaat. Hulle verskil egter onderling in so 'n mate van mekaar dat nie twee van hulle dit volkome eens is nie.

Eerstens vereis Burchell en Hunt *South African Criminal Law and Procedure* I (1970) 124-125 131 'n voorsien van die werklike moontlikheid van die wederregtelike daad. In dié verband verklaar hulle:

"It is doubtful whether X can even be said to 'foresee' a possibility if he thinks of it but considers it very remote; and he certainly cannot be said to 'intend' a consequence, even in the legal sense of intention (assuming the element of recklessness is present), if he foresees it only as a very remote risk, or as a hundred-to-one chance, or 'on the footing that anything is possible'. Otherwise surely every time X drives a car (recklessness being present) he would have legal intention in respect of the death of some other user of the road, and be a murderer if such death results" (124).

Volgens hulle sal die strafregtelike aanspreeklikheid van 'n motorbestuurder wat 'n motor op 'n blinde hoogte verbystek, daarvan afhang of hy die werklike moontlikheid van die dood van die bestuurder van die aankomende motor voorsien het, al dan nie. Het hy die werklike moontlikheid van dood voorsien, is hy skuldig aan moord. Het hy bloot die verwyderde moontlikheid van dood voorsien, is hy aan strafbare manslag skuldig (125). Hieruit wil dit voorkom of Burchell en Hunt die vraag of die moontlikheid werklik of verwyderd moet wees by die "voorsien element" en nie by die "roekeloosheidselement" of "onverskilligheids-element" (125-128 131-132) nie, van *dolus eventualis* stel. Dit beteken egter dat daar van (*bewuste* — sien die byvoegsel tot *South African Criminal Law and Procedure* (1972) 6; Burchell "Criminal Intent" 1973 *Speculum Iuris* 23 31-32) *nalatigheid* sprake kan wees, selfs al het die beskuldigde inderdaad die moontlikheid van die betrokke wederregtelike daad voorsien, mits hy dit net nie as werklik voorsien het nie. (Sien ook Strauss 1970 *SALJ* 478-479 en vgl Labuschagne 1979 *De Jure* 181 1980 *De Jure* 165.)

Tweedens is Engers "Dolus Eventualis - Which Way Now?" 1973 *Responsa Meridiana* 219 222-223 dit met Burchell en Hunt eens dat daar alleen van *dolus eventualis* sprake is as die beskuldigde die werklike moontlikheid van die wederregtelike daad voorsien het, omdat daar alleen dan

gesê kan word dat hy roekeloos opgetree het. Het hy bloot die verwyderde moontlikheid van die wederregtelike daad voorsien, ontbreek roekeloosheid en bygevolg *dolus eventualis*. Anders as Burchell en Hunt vereenselwig Engers dus die werklikheid of verwyderheid van die voorsiene moontlikheid met die “roekeloosheidselement” of “onverskilligheidselement” van *dolus eventualis*. Aan die “voorsienelement” van *dolus eventualis* word volgens Engers ook by die voorsien van die verwyderde moontlikheid van die wederregtelike daad voldoen. Van bewuste nalatigheid as skuldform maak hy egter in dié verband geen melding nie.

Derdens, ofskoon Bertelsmann “What Happened to *Luxuria*? Some Observations on Criminal Negligence, Recklessness and *Dolus Eventualis*” 1975 *SALJ* 59 74–75 hom nie pertinent met Burchell en Hunt se siening vereenselwig nie, gee hy toe dat dit dikwels tot dieselfde resultaat sal lei as die toepassing van die vereiste vir *dolus eventualis* van toestemming tot, goedkeuring van of versoening met die wederregtelike daad by die voorsien daarvan (71–72). In die lig van sy indeling van *dolus eventualis* in *bewussyn* (die voorsien van die wederregtelike daad) en *wil* (die versoening daarmee, of goedkeuring daarvan, of toestemming daartoe) (69) skep Bertelsmann die indruk dat Burchell en Hunt se vereiste van ’n voorsien van die werklike moontlikheid van die wederregtelike daad vir *dolus eventualis* onder die bewussynselement daarvan, eerder as die wilselement, val. Self staan Bertelsmann ’n wilstoets voor as onderskeidende kenmerk tussen opset en nalatigheid. Voorsien die beskuldigde die wederregtelike daad as moontlik en versoen hy hom daarmee, het mens te doen met *dolus eventualis*. Voorsien die beskuldigde die wederregtelike daad as moontlik, maar versoen hy hom nie daarmee nie, het mens te make met bewuste nalatigheid (*luxuria* – sien ook Bertelsmann “The Essence of *Mens Rea*” 1974 *Acta Juridica* 34 38; “Farewell Recklessness – Welcome the Real *Dolus Eventualis*” 1980 *SASK* 28 33–34; Middleton en Rabie 1972 *THRHR* 385; Middleton 1973 *THRHR* 183–185, waarvolgens die skuldform van die motorbestuurder in die blinde hoogte-geval by ontbrekende selfmoordopset juis bewuste nalatigheid sal wees; Bodenstern “Phases in the Development of Criminal *Mens Rea*” 1919 *SALJ* 323 335; 1920 *SALJ* 18 27 31–32; Coertze “Wat Beteken *Culpa* in die Suid-Afrikaanse Strafrege?” 1937 *THRHR* 85 86 en vgl De Wet *Strafreg* (1975) 137; Aquarius “Causation and Legal Responsibility” 1945 *SALJ* 126 127–128).

Vierdens vereenselwig Snyman *Strafreg* (1981) 169 hom met Burchell en Hunt se siening vir sover hy verklaar dat die voorsien van ’n verwyderde moontlikheid te wyd is vir *dolus eventualis* en dat die moontlikheid minstens wesenlik of redelik moet wees by die voorsien daarvan. Aan die ander kant skaar Snyman hom by Bertelsmann deur die onderskeid tussen *dolus eventualis* en bewuste nalatigheid in die wilselement te soek (170 199). Dit bring mee dat hy enersyds die voorsien van ’n redelike of wesenlike moontlikheid van die wederregtelike daad en andersyds ’n versoening daarmee vir *dolus eventualis* vereis. Gevolglik kan daar van (bewuste) nalatigheid sprake wees sowel waar die beskuldigde nie die wesenlike of redelike moontlikheid van die wederregtelike daad voorsien nie, as waar hy dit wel voorsien, maar hy hom nie daarmee versoen nie.

Vyfdens is Morkel *Towards a Rational Policy of Criminal Fault* (ongepubliseerde LLM – verhandeling Universiteit van Pretoria (1981)) 64–65 dit ook met Burchell en Hunt eens dat 'n voorsien van die werklike moontlikheid die skeidslyn tussen *dolus eventualis* en bewuste nalatigheid daarstel. In dié verband verkies hy egter die begrip “konkrete moontlikheid” wat dan beteken dat die beskuldigde daarmee *rekening gehou het* (41–44). Die vereiste van 'n versoening of roekeloosheid of onverskilligheid ten opsigte van die wederregtelike daad verwerp hy egter as niksseggend en oorbodig, omdat die aandrang op 'n wilselment, naas die feit dat die beskuldigde nieteenstaande sy voorsien van die wederregtelike daad gehandel het, sinloos is (30–32 65–74 154–155 165–166). Voorsien die beskuldigde wel die moontlikheid van die betrokke wedrregtelike daad, maar *vertrou* hy dat dit nie sal intree nie, het mens met bewuste nalatigheid te doen. In so 'n geval het die beskuldigde *besluit* dat die wederregtelike daad nie sal intree nie en gevolglik kan daar nie gesê word dat hy dit as 'n konkrete moontlikheid voorsien het nie. Sou die beskuldigde daarenteen bloot *hoop* dat die wederregtelike daad nie sal intree nie, het hy dit nog steeds as 'n konkrete moontlikheid voorsien en het mens dus met *dolus eventualis* te make (41–44). Derhalwe *verkies* die beskuldigde by *dolus eventualis* die wederregtelike daad omdat hy dit as 'n konkrete moontlikheid voorsien. By bewuste nalatigheid word die beskuldigde verwytdat die *redelike man* in sy posisie nie sou vertrou het dat die wederregtelike daad sou uitbly nie. Tussen *dolus eventualis* en bewuste nalatigheid is die verskil dus steeds dat die beskuldigde by eersgenoemde die moontlikheid van die wederregtelike daad voorsien het (omdat hy dit as 'n konkrete moontlikheid voorsien het), terwyl die beskuldigde by laasgenoemde nie die moontlikheid van die wederregtelike daad voorsien het nie (omdat hy dit nie as 'n konkrete moontlikheid voorsien het nie) (76–90 144–145 168–169). (Sien ook Morkel “The Distinction Between *Dolus Eventualis* and Advertent Negligence” 1981 *SASK* 162–173.)

Ten slotte, in *S v Van Zyl* 1969 1 SA 553 (A), vir sover bekend die enigste saak waarin die begrip “bewuste nalatigheid” pertinent deur die hof bespreek is, laat hoofregter Steyn hom soos volg uit oor die vraag of die beskuldigde aan roekelose of nalatige bestuur skuldig is:

“Dit is nodig om eers iets te sê omtrent die begrip ‘roekeloosheid’ in die onderhawige verband van roekelose bestuur van 'n voertuig. Soms word dit weergegee met die uitdrukking ‘bewuste nalatigheid’ (‘conscious negligence’ of ‘advertent negligence’). 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 deurgaans 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 onredelikerwys 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 omstandighede gewone of growwe nalatigheid kan wees, maar in elk geval sou ook so 'n optrede gepaard gaan met risiko-bewustheid. Aan die een kant dus, slaan roekeloosheid op set met moontlikheidsbewussyn, en aan die ander kant sou dit, indien growwe nalatigheid daarby inbegrepe is, nie alle gevalle van risiko-bewustheid insluit nie, en ook nie slegs sulke gevalle nie. So 'n bewustheid is nie

die deurlopende kenmerk van growwe nalatigheid nie. Dit wil my daarom voorkom dat die gebruik van 'bewuste nalatigheid' as ekwivalent vir roekeloosheid, of growwe nalatigheid al dan nie daarby inbegrepe word, onvanpas is en verwarring kan stig" (557 – vgl ook *Dube* 516–517).

Alhoewel die opmerkings van hoofregter Steyn hier meer bepaald op die misdade roekelose of nalatige bestuur betrekking het, val dit nie te betwyfel nie dat hy net soos Bertelsmann die onderskeid tussen *dolus eventualis* en bewuste nalatigheid in die wilslement van 'n versoening met die voorsiene wederregtelike daad sien.

Dit laat die vraag ontstaan wat dan nou die praktiese ooreenkomste en verskille tussen bogenoemde skrywers se prinsipiële uitgangspunte is. Vir die beantwoording van dié vraag is dit nodig om tussen die volgende situasies te onderskei:

a Waar die beskuldigde die moontlikheid van die wederregtelike daad as werklik moontlik voorsien en hom daarmee versoen (of dan roekeloos of onverskillig optree), is hulle dit eens dat hy *dolus eventualis* het.

b Waar die beskuldigde die moontlikheid van die wederregtelike daad as verwyderd voorsien en hom nie daarmee versoen nie (of dan roekeloos of onverskillig optree nie), is hulle dit eens dat hy hoogstens *luxuria* aan die dag lê.

c Waar die beskuldigde die moontlikheid van die wederregtelike daad as werklik voorsien, maar hom nie daarmee versoen nie (of dan roekeloos of onverskillig optree nie), is dit moontlik dat hy volgens Morkel se standpunt *dolus eventualis* sal hê, maar sal hy volgens die ander skrywers se standpunte hoogstens *luxuria* aan die dag lê.

d Waar die beskuldigde die moontlikheid van die wederregtelike daad as verwyderd voorsien, maar hom nietemin daarmee versoen (of dan roekeloos of onverskillig optree), sal hy volgens Bertelsmann se standpunt wel *dolus eventualis* hê, maar sal hy volgens die ander skrywers se standpunte hoogstens *luxuria* aan die dag lê.

Om nou in gevalle c en d vas te stel watter standpunt die korrekte is, verg 'n stellingname oor die skeidslyn tussen *dolus eventualis* en *luxuria* aan die hand van die voorgaande opvattings daaroor.

Met Burchell en Hunt se siening is die probleem dat selfs al sou die beskuldigde hom met die wederregtelike daad *versoen* by die voorsien van die verwyderde moontlikheid daarvan, hy nog steeds geen *dolus eventualis* sal hê nie. Steek hulle motorbestuurder dus die motor voor hom op die blinde hoogte verby nadat hy *besluit* het dat, alhoewel die *risiko* van 'n botsing met 'n aankomende voertuig met gepaardgaande lewensverlies (in die lig van die verkeersdrukte en die krag van sy motor) *gering* is, hy *bereid is om die kans te waag*, sal hy by die verwerkliking van die voorsiene verwyderde moontlikheid hoogstens aan strafbare manslag skuldig wees. Dat 'n beskuldigde wat hom by die moontlikheid van lewensverlies *neergelê* het of hom daarop *ingestel* het en dit sodoende *aanvaar* het, by die verwerkliking daarvan nie aan moord skuldig is nie, is nie alleen uit pas met ons regspraktyk aangaande *dolus eventualis* nie, maar ook strydig met die regsgevoel en billikheidsoorwegings. Dat die motoris dan moontlik

selfmoordopset gehad het, soos Middleton 1973 *THRHR* 185 en ook Bertelsmann 1975 *SALJ* 74 voetnoot 95 betoog, is hier nie ter sake nie, soos Morkel 1981 *SASK* 173 tereg aantoon. Immers, dit gaan hier nie om die motoris se “opset” ten aansien van sy eie (regmatige, wat homself betref) lewensverlies nie, maar om sy opset ten aansien van die (wederregtelike, wat sy aandeel daarin betref) lewensverlies van ’n ander persoon. Met Burchell en Hunt se siening dat die werklikheid of verwyderdheid van die voorsiene moontlikheid die skeidslyn tussen *dolus eventualis* en *luxuria* daarstel, kan gevolglik nie saamgestem word nie.

Ofskoon met Engers se opvatting dat die voorsien van die verwyderde moontlikheid van die wederregtelike daad steeds op voorsien vir die doeleindes van *dolus eventualis* neerkom, geen fout gevind kan word nie, lei sy redenasie dat *roekeloosheid* of *onverskilligheid* in so ’n geval egter vir die doeleindes van *dolus eventualis* sal ontbreek, tot dieselfde onaanvaarbare resultaat as die siening van Burchell en Hunt. Of die beskuldigde hom met die voorsiene verwyderde moontlikheid versoen het, is tog ’n *feitevraag*, soos alreeds blyk uit die pasbespreekte blinde hoogte-voorbeeld. Om nou sonder meer te aanvaar dat hier *regtens* van roekeloosheid of onverskilligheid geen sprake kan wees nie, kom daarop neer dat die reg die feite weerspreek. Bowendien verwar en vereenselwig Engers se redenasie die roekeloosheidselement of onverskilligheidselement by *dolus eventualis* met die voorsienelement daarvan.

Ook Snyman se standpunt lei tot dieselfde onbevredigende resultaat as dié van Burchell en Hunt, vir sover selfs ’n *versoening* met die voorsiene verwyderde moontlikheid nog geen *dolus eventualis* sal uitmaak nie, maar hoogstens *luxuria*. Trouens, die enigste uiteindelijke verskille tussen Snyman en Burchell en Hunt is tweërlei: enersyds dat eersgenoemde die wilselement van *dolus eventualis* in terme van “versoening” uitdruk, terwyl laasgenoemdes dit in terme van “roekeloosheid” of “onverskilligheid” uitdruk (sien hieroor Bertelsmann 1975 *SALJ* 71–72 en 1980 *SASK* 29–33, wat eweneens die begrip “versoening” verkies en betoog dat die begrippe “roekeloosheid” en “onverskilligheid” te neutraal is om die skeidslyn tussen *dolus eventualis* en *luxuria* weer te gee); andersyds dat eersgenoemde *luxuria* eintlik in die afwesigheid van die wilselement sien, terwyl laasgenoemdes dit juis in die afwesigheid van die bewussynselement sien.

Dat Morkel se siening dat die beskuldigde by *luxuria* die moontlikheid van die betrokke wederregtelike daad *wel* in oorweging neem en dit dus voorsien, maar dat *luxuria* van *dolus eventualis* daarin verskil dat die beskuldigde by eersgenoemde *nie* die moontlikheid van die wederregtelike daad voorsien nie (omdat hy dit nie as ’n konkrete moontlikheid voorsien nie), op ’n teenstrydigheid neerkom, behoef kwalik enige betoog. Immers, die beskuldigde kan tog nie tegelykertyd die moontlikheid van die wederregtelike daad voorsien en dit nie voorsien nie. Soos Engers 1973 *Responsa Meridiana* 223 tereg aantoon, is dit taalkundig en logies onhoudbaar om te ontken dat daar by die voorsien van ’n verwyderde moontlikheid geen voorsien van die moontlikheid is nie. Dan ook kom Morkel se verwerping van versoening of roekeloosheid of onverskilligheid as vereiste vir *dolus eventualis* enigsins eienaardig voor. Enersyds omskryf hy *luxuria* as die

voorsien van die verwyderde moontlikheid van die wederregtelike daad, gekoppel aan 'n (onredelike) besluit dat dit uiteindelik *nie* bewaarheid sal word nie. Andersyds aanvaar hy dat *dolus eventualis* en *luxuria* wederkerig uitsluitende begrippe is (sien Morkel *Criminal Fault* 89–90 139 169–170) wat impliseer dat by eersgenoemde die beskuldigde die konkrete moontlikheid van die wederregtelike daad voorsien en (inderdaad) besluit dat dit desnoods *wel* bewaarheid kan word. Met ander woorde, as *luxuria* 'n *besluit* dat die voorsiene wederregtelike daad sal intree *uitsluit*, spreek dit vanself dat *dolus eventualis* 'n *besluit* dat die voorsiene wederregtelike daad sal intree sal *insluit*. Dit is dan ook juis hierdie *besluit* by *dolus eventualis* om die *kans te waag* of die *risiko te loop* van die voorsiene wederregtelike daad wat die *versoening* met die wederregtelike daad daarstel. In dié sin dui die versoeningselement by *dolus eventualis* geensins op 'n *goedkeuring* van die voorsiene wederregtelike daad in die een of ander sin, soos Morkel 1981 *SASK* 165–167 betoeg nie, maar bloot op 'n *berusting* daarby.

Voorts kom Morkel se opvatting dat die verrigting van die gewraakte handeling die vereiste van versoening of roekeloosheid of onverskilligheid vir *dolus eventualis* niksseggend en oorbodig maak, op 'n verwarring en vereenselwiging van die *handeling* met die *wilselement* neer. Die feit dat die beskuldigde in weerwil van sy voorsien van die moontlikheid van die wederregtelike daad gehandel het, *kan* weliswaar soms *getuig* of *bewys* wees van sy besluit om die risiko te loop of om die kans te waag, maar dit *sal* nie noodwendig die geval wees nie. Êrens tussen die voorsien van die moontlikheid van die wederregtelike daad en die uitvoering daarvan, moet daar immers 'n *besluit* aan die kant van die beskuldigde wees dat hy die risiko *aanvaar* of *verwerp*. Aanvaar hy die risiko, het hy *dolus eventualis*. Verwerp hy die risiko onredelikerwys, het hy *luxuria*. Gevolglik beteken die blote feit dat die beskuldigde ten spyte van sy voorsien van die moontlikheid van die wederregtelike daad gehandel het, nog geensins dat hy hom daarmee versoen het nie. In ieder geval handel die beskuldigde by *luxuria* ook, net soos by *dolus eventualis*, en tog impliseer laasgenoemde 'n wilselement en eersgenoemde nie. Dit is dus nie die *handeling* wat deurslaggewend vir die wilselement is nie, maar die *besluit* om die *kans te waag* of die *risiko te loop* van die voorsiene wederregtelike daad. So gesien, kan die wilselement van versoening of roekeloosheid of onverskilligheid ten opsigte van die wederregtelike daad by *dolus eventualis* beswaarlik as niksseggend en oorbodig bestempel word. Kortom, die handeling sonder meer as kriterium vir wilsuitoefening onderskei juis nie tussen *dolus eventualis* en *luxuria* nie. Daarvoor moet die versoeningsvereiste ingespan word. Origens moet Morkel se onderskeid tussen *dolus eventualis* en *luxuria* op grond van die voorsiening van die konkrete moontlikheid van die wederregtelike daad, al dan nie, in die lig van die kritiek wat hierbo teen Burchell en Hunt en Engers se sienings daaroor geopper is, eweneens verwerp word. Omdat 'n voorsiene konkrete moontlikheid verwerp en 'n voorsiene verwyderde moontlikheid aanvaar kan word, deug dit nie om die graad van voorsienbaarheid en die besluit wat daarop volg, met mekaar te verwar en te vereenselwig nie.

Dat die voorsien van die werklike moontlikheid van die wederregtelike daad as bewussynsvereiste vir *dolus eventualis* tot onbevredigende en teenstrydige resultate lei, blyk dus duidelik uit die bespreking hierbo. Daarom word aan die hand gedoen dat die hof in *Fick* en *Shaik* tereg die vereiste van 'n werklike moontlikheid by die voorsien daarvan vir *dolus eventualis* verwerp het, en dat die beslissings in *Ushewokunze* en *Ostilly* in hierdie opsig onjuis is. Dit is egter opvallend dat daar in geeneen van hierdie beslissings na *luxuria* as skuldvorm verwys is nie. Trouens, vir sover vasgestel kon word, was Burchell en Hunt die eerstes in ons strafreg om die voorsien van 'n verwyderde moontlikheid van die wederregtelike daad as *luxuria* te bestempel. In dié verband word dan ook in oorweging gegee dat ondanks sy ontbrekende voorsien van die werklike moontlikheid van die doodsgesvolg in *Shaik* en *Fick*, die beskuldigde tereg aan moord en poging tot moord, onderskeidelik, skuldig bevind is. 'n Skuldigbevinding aan strafbare manslag en 'n onskuldigbevinding, onderskeidelik, sou in die lig van die beskuldigdes se voorsien van die (desnoods verwyderde) moontlikheid van die doodsgesvolg en hulle versoening (soos onder meer blyk uit hulle gebruik van gevaarlike wapens) hoogs onvanpas gewees het. Omdat die beskuldigdes in *Ushewokunze* en *Ostilly* skuldig bevind is, kan daar nie uitgemaak word of die hof hulle onskuldig sou bevind het as daar van 'n versoening met die verwyderde moontlikheid van die wederregtelike daad sprake was nie.

Met Bertelsmann en die beslissing in *Van Zyl* moet gevolglik saamgestem word dat die *wilsvereiste* van versoening met die voorsiene wederregtelike daad en nie die *bewussynsvereiste* van voorsien nie, die skeidslyn tussen *dolus eventualis* en *luxuria* daarstel. *Dolus eventualis* veronderstel (soos opset in die algemeen) 'n *aanwesigheid van wil* en *luxuria* (soos nalatigheid in die algemeen) 'n *afwesigheid van wil*. Dat daar dus by sowel *dolus eventualis* as *luxuria* 'n voorsien van die moontlikheid van die wederregtelike daad is, toon slegs die vlak van ooreenkoms tussen hierdie twee skuldforme aan. Voorsien die beskuldigde dus die moontlikheid van die wederregtelike daad en versoen hy hom inderdaad daarmee deur sy besluit om die risiko te aanvaar, het hy *dolus eventualis*. Voorsien die beskuldigde egter die moontlikheid van die wederregtelike daad, maar versoen hy hom, vanweë sy onredelike besluit om die risiko te verwerp, nie daarmee nie, lê hy *luxuria* aan die dag.

Hiermee word nog geensins voorgegee dat die werklikheid of verwyderheid van die voorsiene moontlikheid hoegenaamd nie ter sake is by *dolus eventualis* en *luxuria* nie. In drie opsigte kan dit wel van belang wees: Eerstens by die *bewys* van die vraag *of* die beskuldigde *inderdaad* die moontlikheid van die betrokke wederregtelike daad voorsien het, al dan nie, soos trouens uit *De Bruyn*, *Dladla* en *Shaik* blyk (vgl Bertelsmann 1975 SALJ 74-75, wat verklaar dat hoe groter die *waarskynlikheid* van die wederregtelike daad, des te makliker kan aanvaar word dat die beskuldigde dit *gewil* het). Tweedens kan die verwyderheid van die voorsiene moontlikheid juis die *rede* wees waarom die beskuldigde dit verwerp. Omgekeerd kan die werklikheid van die voorsiene moontlikheid juis die *rede* wees waarom die beskuldigde dit *aanvaar*. Maar ook dan gaan dit nog steeds nie

om die graad van voorsien as skeidslyn tussen *dolus eventualis* en *luxuria* nie, maar om die uitendelike versoening, al dan nie, daarmee. Voorsien die beskuldigde derhalwe die werklike moontlikheid van die wederregtelike daad, maar versoen hy hom nie daarmee nie, lê hy hoogstens *luxuria* aan die dag. Voorsien die beskuldigde die verwyderde moontlikheid van die wederregtelike daad, maar versoen hy hom nietemin daarmee, het hy *dolus eventualis*. Derdens kan die verwyderdheid van die voorsiene moontlikheid van die wederregtelike daad by *dolus eventualis* tot *strafversagting* bydra (sien *Dladla* 3-4).

Nou kan daar geargumenteer word dat die voorsien van die verwyderde moontlikheid van die slagoffer se dood in gevalle soos dié van *Fick* en *Shaik* as voldoende vir *dolus eventualis* tot absurde resultate kan lei. Voorsien 'n dokter byvoorbeeld die verwyderde moontlikheid dat sy pasiënt onder die operasie kan sterf, of voorsien die laksman die verwyderde moontlikheid dat 'n familielid van die ter-dood-veroordeelde van smart kan omkom, sou hulle *dolus eventualis* hê as die moontlikheid bewaarheid sou word. So 'n argument sou egter uit die oog verloor dat die gewraakte handeling van die beskuldigde en die gepaardgaande gevolg in die konkrete situasie, soos dit *werklik* voorgekom het (vgl Morkel 1981 *SASK* 171-172), eerstens *wederregtelik* moet wees en tweedens dat hy (benewens daadsbewussyn) ook *wederregtelikheidsbewussyn* moes gehad het. Vandaar dat daar deurgaans na die voorsien van die moontlikheid van die wederregtelike daad (en die versoening daarmee) verwys is.

Ten slotte kan daar in die lig van die onlangse verwerping van die voorsien van die werklike moontlikheid van die wederregtelike daad as vereiste vir *dolus eventualis* in *Shaik*, verwys word na Loubser "Die Implikasies van die Onderskeid tussen Dolus Eventualis en Dolus Directus" *J C Noster 'n Feesbundel* (1979) 139 141-142 se opmerkings in dié verband:

"Dit is te betwyfel of 'n minimum mate van sekerheid hoegenaamd voorgeskryf kan word. Indien aanvaar sou word dat *dolus eventualis* bewussyn van 'n 'redelike' of 'werklike' of 'wesenlike' moontlikheid vereis, sou die howe steeds te doen hê met begrippe wat nie vatbaar is vir duidelike begrensing nie. Dit wil voorkom asof die enigste logies regverdigbare kriterium steeds bloot die aanwesigheid al dan nie van 'n subjektiewe moontlikheidsbewussyn is. Die aanwesigheid van sodanige bewussyn moet bo alle redelike twyfel bewys word en objektiewe waarskynlikheid is slegs 'n faktor wat kan dui op die aanwesigheid van subjektiewe moontlikheidsbewussyn al dan nie. Mits daar so 'n subjektiewe moontlikheidsbewussyn gepaardgaande met onverskilligheid ten opsigte van daardie moontlikheid bewys word, is *dolus eventualis* aanwesig."

FFW VAN OOSTEN
Universiteit van Pretoria

WEER EENS: DIE BETEKENIS VAN "BEWYS" IN ARTIKEL 113 VAN DIE STRAFPROSESWET: *S v NCUBE* EN *S v MPHATENG* 1981 3 SA 511 (T)

In 1982 *THRHR* 59 e v doen Laubscher aan die hand dat die wetgewer so spoedig moontlik die *onsekerheid* oor die term *bewys* soos vervat in artikel 113 uit die weg moet ruim. Heeltmal tereg handel 'n wesenlike

deel van sy aantekening oor die “bewys” van ’n feitebewering deur ’n beskuldigde ingevolge artikel 112 van dieselfde wet. Artikel 113 is naamlik duidelik alleen daarop gerig om aan die ondervraging ingevolge artikel 112 gestalte te gee en kon tewens ewe sinvol as subartikel van artikel 112 ingevoeg gewees het.

Die probleem wat Laubscher blykbaar met die woord *bewys* in artikel 113 het, spruit myns insiens voort uit ’n wanbegrip van die aard en wese van ’n pleit van skuldig. Op bladsy 512G van die bogenoemde gewysde doen die hof by monde van regter Van Dijkhorst tereg die volgende aan die hand:

“Wanneer skuldig gepleit word, word alle wesentlike bewerings wat die staat sou moes bewys, erken en dus buite geskil geplaas; daar is daarna dus geen bewerings meer wat in geskil is en wat erken kan word nie.”

Hierdie stelling word deur Laubscher as “ondeurdag” beskou en hy is van mening dat “[a]lle wesentlike bewerings . . . net as buite geskil geplaas geag [kan] word wanneer die beskuldigde skuldig bevind is deur die hof en nie wanneer skuldig gepleit word nie” (60). Hierdie submitisie is met respek innerlik teenstrydig. Die hof plaas nie deur middel van sy uitspraak feite buite geskil nie — *buite geskil* impliseer juis dat die hof nie daaroor hoef te beslis nie. In die klagstaat maak die staat sekere bewerings en indien die beskuldigde pleit, tree hy met die staat in geding — dan plaas hy die betrokke bewerings in geskil. Pleit die beskuldigde egter skuldig gee hy te kenne dat hy saamstem met die staat se bewerings en dat dit nie in geskil is nie.

Dit is nie toevallig dat die beste bewysmateriaal teen ’n persoon tradisioneel sy eie bekentenis, pleit van skuldig of beswarende erkennings is nie. ’n Beskuldigde kan dan ook, wat “geringe” misdade betref, bloot op sy pleit van skuldig veroordeel en gevonniss word. In belang van beskuldigdes het die wetgewer egter ten aansien van “ernstige” misdrywe verreikende voorsorge teen ’n foutiewe skuldigbevinding getref (Hiemstra *Suid-Afrikaanse Strafproses* 3e uitg 268). Die verduideliking van die pleit van skuldig dien nie as bewys van feite nie maar dien as bevestiging van reeds gemaakte erkennings (*S v Ncube* hierbo 513). Indien daar ’n bewering of bewerings is wat nie sodanig bevestig word nie en ten aansien waarvan die hof “twyfel,” teken hy ’n pleit van onskuldig aan. Dit is heel logies dat die erkennings wat die beskuldigde gemaak het en waaroor die hof nie in twyfel verkeer nie sal bly staan as “bewys” van daardie bewerings waarop hulle betrekking het. Dit lê voorts voor die hand dat *bewys* in hierdie konteks niks anders kan beteken as afdoende (konklusiewe) bewys nie. Die feit dat die hof oor een erkenning twyfel kan tog nie alle erkennings *ongedaan* maak nie. Al prosesuele verskil tussen die onderhawige erkennings en erkennings ingevolge artikel 220 van die Strafproseswet is dat, in geval van laasgenoemde, bewerings erken word wat eers *in geskil* geplaas is deur middel van ’n pleit van onskuldig of selfs deur getuienis (sien Van der Merwe *Handleiding tot Artikels 112 en 115 van die Strafproseswet* (1980) 97 e v; *Fouche* 1958 3 SA 767 (T)).

Regter van Dijkhorst stel dit tereg baie duidelik in *S v Ncube* hierbo 513:

“Hoewel dit dus nie as erkenning onder art 220 aangeteken kon gewees het nie omdat dit nie in geskil was toe die erkenning gemaak was nie en ’n verwysing in art 113 na laasgenoemde artikel onvanpas sou wees, is die effek presies dieselfde; die erkenning dien as bewys van die betrokke feit.”

Hiermee is na my mening geen fout te vind nie en soos reeds gesê beteken *bewys* hier afdoende bewys. As artikel 113 naamlik, soos dit moet, saam met artikel 112 gelees word in die lig van die grondbeginsel van wetsuitleg dat ’n besondere artikel in die hele konteks van die wet gelees moet word, kan daar geen twyfel oor dié feit bestaan nie. Soos gestel, is artikel 113 ’n “verlengstuk” van artikel 112 en die feit dat die begrip *bewys* alleenstaande vir meerdere betekenis vatbaar is, kan geen afbreuk doen aan wat hierbo gesê is nie — selfs nie teen die agtergrond van die uitlegreël dat ’n beperkende voorwaarde (soos dié in artikel 113) by twyfel in die guns van die beskuldigde uitgelê moet word nie. In die onderhawige geval sal eersgenoemde beginsel deurslaggewend wees. Dit volg dus dat as daar duidelikheid bestaan oor die wese van erkennings gemaak in artikel 112, daar eweneens geen onduidelikheid behoort te bestaan oor *bewys* in artikel 113 nie. Wat wel van groot waarde sal wees, is as die hof na notulering van ’n pleit van onskuldig ingevolge artikel 113 duidelik uitspel welke bewerings in die klagstaat hy as synde in geskil beskou. Dit sou ook strook met die hele gees van die prosedure ingevolge artikel 115. Beide partye en veral die staat sal dan weet welke getuienis om aan te bied of, meer belangrik, welke getuienis nie aangebied hoef te word nie. Dit is immers ook voor-die-hand-iggend dat *afdoende bewys* soms slegs betrekking het op ’n besondere feit of feite en andersins op die algehele skuld van die beskuldigde by afsluiting van die verhoor.

Daar dien ten slotte op gewys te word dat daar geen verskil bestaan tussen die begrippe *afdoende* en *voldoende* bewys soos Laubscher (59) meen nie. Die meer bekende en algemene wyse om na konklusiewe getuienis te verwys is natuurlik *afdoende bewys* en hoewel in artikel 220 van voldoende bewys gewag gemaak word, word *afdoende bewys* bedoel. Van der Merwe (a w 97) doen tereg aan die hand dat “die funksie van artikel 220 in die struktuur van die Wet . . . nie ruimte [laat] vir ’n uitleg wat neerkom op *prima facie*-bewys nie.” (Sien ook Hiemstra a w 220; *Malebo* 1979 2 SA 636 (B)). Dit is dan ook so dat indien ’n beskuldigde onskuldig pleit en daarna in *facie curiae* op die stadium van pleitverduideliking soveel erkennings maak dat al die elemente van die misdaad buite geskil geplaas is, hy skuldig bevind kan word al sou die staat geen getuienis aanbied nie. (Vgl Morkel 1978 (Nov) *TRW* 92 94 e v; Hiemstra a w 274; V d Merwe a w 100.)

DW MORKEL

Universiteit van die Oranje-Vrystaat

SECTION 113: MORE QUESTIONS THAN ANSWERS?

In spite of its deceptive simplicity, section 113 of the Criminal Procedure Act 51 of 1977 conceals many problems of a profound nature. This can be seen in the following decisions of our courts which deal with this section: *S v Lukele* 1978 4 SA 450 (T); *S v Mbhele* 1980 1 SA 295 (N); *S v Mabaso* 1980 2 SA 20 (N); *S v Zwela* 1981 1 SA 335 (O).

Section 113 determines the following:

“If a court at any stage of the proceedings under section 112 and before sentence is passed is in doubt whether (a) the accused is in law guilty of the offence to which he has pleaded guilty or (b) is satisfied that the accused does not admit an allegation in the charge or (c) that the accused has incorrectly admitted any such allegation or (d) that the accused has a valid defence to the charge, the court shall record a plea of not guilty and require the prosecutor to proceed with the prosecution.”

The problems that have emerged are *inter alia*:

- What do the words “if a court at any stage of the proceedings under section 112 and before sentence is passed” mean?
- Should the facts or circumstances present in a particular case fall within one of the “grounds” i.e. within the ambit of the section before a plea of guilty can be changed to one of not guilty?
- Does the judicial officer have an obligation or a discretion when applying section 113?
- Does the section repeal the common law or does the common law co-exist with the section?
- To what extent do the section and the common law operate together?
- Does the application of section 113 or the common law after conviction mean as regards jurisdiction, that a magistrate can review his own decisions?

As far as the first problem is concerned, the courts have unanimously decided that the phrase “if a court at any stage of the proceedings under section 112 and before sentence is passed” means that after the magistrate has found the accused guilty he may still enter a plea of not guilty if the circumstances of the case fall within the ambit of the section (see *Mabaso*'s case 21F-G for case law).

However, the mere fact that a magistrate could review his own decision struck a discordant note in *Lukele* as well as *Mabaso*. In the latter Didcott J expressed himself thus:

“No court in this country has previously had the power to review its own decisions and set them aside . . . an approach to the court with appellate jurisdiction has always been necessary” (21C).

However, in Natal the situation still is that the magistrate may alter the plea and thus review his decision. Didcott J was obliged to follow the decision of the full bench in *Mzolo* (DR 589/79) but added:

“We are bound by that decision, unless we are firmly convinced it was wrong. I am not. Nor, for that matter, am I certain it was correct. All I feel sure of is that the whole topic can do with more judicial thought before the last word is spoken” (24C).

In *Lukele* the judge found comfort in the provisions of section 114(3) of the act. That section deals with the case where, upon conviction, the magistrate refers the case to the regional court for sentence. The regional court also acts as a reviewing court in that it may alter the conviction of the magistrate *a quo* and enter a plea of not guilty and instruct the prosecutor to proceed with the matter. This section also omits the fact that the accused has already been found guilty (see *Lukele* 543G). From this Botha J concluded that section 113 is analogous:

“In hierdie geval is dit egter by noodwendige implikasie duidelik dat die Wetgewer beoog het dat die skuldbevinding outomaties wegval wanneer die streekhof 'n pleit van onskuldig aanteken, want die bepaling dat die streekhof met die verhoor voortgaan as 'n summiere verhoor is ondubbelsinnig en kan slegs beteken dat die voorafgaande skuldbevinding kragteloos geword het.”

It is true that there is no ambiguity as far as this is concerned (i.e. that the conviction falls away) but the situation which exists as regards section 114(3) is not entirely analogous with section 113: as Didcott J pointed out in *Mabaso*, the review is being exercised by one tier of magistrates above that of the district magistrates (22G–H).

The other question to be considered is whether the facts of a particular case must fall within section 113 before a plea of guilty and conviction may be changed to a plea of not guilty. Here the courts are split between the Free State on the one hand and Natal on the other. This point can best be illustrated by example. The facts of *Mabaso's* case are briefly thus:

The two accused were charged with dealing in dagga. They pleaded guilty and were found guilty of dealing in dagga. The matter was remanded for sentence, and when they appeared for sentence they were represented by an attorney. The latter put both into the box and they said under oath that they admitted to dealing in dagga because they were ashamed to admit that they smoked dagga. They were cross-examined and apparently discredited. Nevertheless the attorney asked that the plea be changed to one of not guilty in terms of section 113.

The magistrate refused and thus the appeal ensued. The appeal failed:

“There is no doubt whatever that, when the appellants were convicted, they had admitted their intention of selling the dagga and the admissions still stood. That being so, the point taken on their behalf must inevitably have failed, even if their subsequent evidence had been accepted. *A fortiori*, it could not succeed once their testimony was rejected” (25G).

In the case of *Zwela* the accused pleaded guilty to stock theft. The case was remanded for the accused's record and sentence. When he appeared in court for sentence he informed the magistrate that he wished to change his plea to one of not guilty and that all the admissions he had made were incorrectly made in that the two policemen involved in the case had applied duress. The magistrate conducted a trial within a trial and found that the accused had not shown on a balance of probabilities that the admissions were wrongly made, therefore the conviction stood and sentence was passed.

On review Kotzé AJ decided that the magistrate had erred and that a plea of not guilty should be entered in the interests of justice and that such a change of plea was in terms of the common law. Section 113 had not replaced the common law but was linked to section 112 of the act. Therefore, if the circumstances of a particular case did not fall within the provisions of section 113, it may well be possible to change the plea according to the common law depending whether such a change would be in the interests of justice.

The judicial officer has an obligation to change the plea of the accused if one of the circumstances envisaged in section 113 exists. In this matter the presiding officer has no choice:

“. . . art. 113 [het] nie ten doel om die aangeleentheid van verstelling van p^leite uitputtend te reguleer nie maar slegs om in bepaalde omstandighede die voortbestaande diskresie tot 'n verpligting te verhef” (*Zwela* 334C-D; also see *Mbhele* 298D).

However, what is the position if one of the four provisions of section 113 is not present in a particular case? May the magistrate still change the plea of guilty to one of not guilty? According to *Zwela* it is possible, whereas the Natal decisions clearly hold that it is not. Both *Mbhele* and *Mabaso* determine that once the accused has admitted certain allegations and has been convicted as a result of such admissions, then, before the court can entertain a change of plea which in this case would also mean a setting aside of the conviction “the court must be satisfied that the allegations were not in fact admitted at the time of the verdict. It may have appeared to be, but what has been learnt since then shows that this was an illusion” (*Mabaso* 25E-F).

In *Mbhele's* case Kriek J stated the position as follows:

“Before, in these circumstances, directing that a plea of not guilty be recorded, it was in my view necessary that the magistrate be satisfied that those admissions had been made incorrectly . . .” (299B-C).

Thus the position in Natal seems to be that the accused has an onus to persuade the court on a balance of probabilities that he falls within one of the provisos envisaged by section 113 and therefore that his plea should be changed and by implication his conviction set aside. The obligatory nature of section 113 only arises once the magistrate is satisfied that one or more of the provisos of the section is present.

If one looks at the cases of *Mbhele* and *Mabaso* the inescapable conclusion is reached that section 113 provides the only grounds on which a plea of guilty may be changed to one of not guilty and this applies also after a conviction on a plea of guilty (see *Mbhele* 298B-H).

In fact the applicability of the common law was not even canvassed in these cases. On the other hand *Zwela's* case did canvass the common law position and stated the position thus:

“Met ander woorde, die hof sal gebonde, en nie net volgens diskresie bevoeg wees (vlg die woorde ‘moet die hof’) om in sekere omstandighede (verrigtinge volgende op 'n pleit van skuldig ingevolge art 112) en op sekere gronde (begrippe i tot iv (a tot b) hierbo bespreek) 'n regstelling te gelas, of die beskuldigde nou ook al daarna vra of nie . . . Hieruit vloei dan voort dat aansoeke vir wysiging van pleite van

onskuldig, of van skuldig na onskuldig in gevalle soos die onderhawige, nie deur art 113 beheer word nie. By sodanige aansoeke geld die 'gemenerereg' nog onaangestas en dit word uitgewys volgens diskresie van die hof" (344D-F).

Furthermore, it is clear that the accused, under common law, would not have to convince the court as to the veracity of the grounds of his request for a change of plea. It will be entirely up to the court whether to allow a change of plea, and this decision will be made according to the requirements of justice (*Zwela* 345H-346C).

It is respectfully submitted that the common law has not been ousted by section 113 either explicitly or implicitly and therefore the common law and section 113 exist side by side.

Once the abovementioned proposition has been accepted it must be decided how a court will approach this matter when faced with the problem of changing pleas.

Usually there is no difficulty with section 113 before a verdict is reached and it is therefore not necessary to pursue it any further.

What is of interest, however, is what must be done after a verdict has been entered. After all, certain admissions have been accepted as evidence for the purposes of conviction. This is clearly the difficulty the court faced in *Mabaso*. How can it be shown that an admission was wrongly made when the court has already accepted that it was correctly and properly made? The situation where duress is alleged by the accused is a prime example (see *Zwela supra*). If section 113 is applied after verdict has been entered, the onus is on the accused to convince the court on a balance of probabilities that there was duress, and thus that as a result of the duress the admissions were wrongly made, or that other circumstances were present as envisaged by section 113 (see *Mbhele* 299E-H). The irony of this procedure is clearly observed by Kotzé AJ in *Zwela's* case when he says:

"Die ironiese situasie ontstaan dan dat die hof op 'n oorwig van waarskynlikhede van sy onskuld oortuig moet wees alvorens die meriete ondersoek mag word ten einde te bepaal of daar dalk 'n redelike moontlikheid van onskuld bestaan" (344C).

Thus the onus only rests on the accused after verdict has been entered (*Mbhele* 299F-H). In such a case it will usually be necessary that the magistrate conduct a trial within a trial (*Zwela (obiter)*; *Mbhele* and *Mabaso*). The magistrate may find that the accused has failed to discharge the onus. This will usually be the case when the accused cannot convince the magistrate of the truth of his story. In such cases the magistrate cannot change the plea after verdict because he is not convinced that the grounds for change of plea exists as required by section 113.

The common law merely requires that the magistrate exercise his discretion whether a plea of guilty is changed to not guilty according to the dictates of justice. He may be convinced that the accused is lying, but may nevertheless change the plea of the accused to one of not guilty. It is not necessary at common law that the magistrate has to be convinced about the truth of the accused's allegation.

It should be added that the results in the *Mabaso* and *Mbhele* cases are not necessarily wrong, as the magistrates in those cases may have found it to be in the interests of justice not to change the plea.

It is thus clear that the application of section 113 is restricted and is obligatory on the magistrate if and only if the circumstances of the accused's case falls within its ambit. Furthermore, section 113 is inextricably linked with section 112. On the other hand, the common law will apply generally to all those cases not falling within section 113.

The final question I wish to consider is one of jurisdiction. In *Mabaso* as well as *Lukele* the judges were perturbed about the unique situation which section 113 presents in that it allows a magistrate to review his decisions. At first sight this seems to be anomalous. However, it is perhaps less strange if one looks at the common law, which Kotzé AJ did. In *Zwela's* case Kotzé AJ, it is submitted, made an extensive survey of the English common law as regards change of plea. The conclusion of this survey inescapably leads to the fact that the courts have always had the power to change pleas of guilty to not guilty after verdict but before sentence. (See *Zwela's* case generally for the English cases cited there, especially *S (an infant) v Manchester City Recorder* 1969 3 All ER 1230 and 1971 AC 481.)

This opinion of Kotzé AJ finds support in the English law as is indicated by Nicholas Yell writing in the *New Law Journal* of 16 July 1981 (vol 131 no 6010). He points out that in Britain the Magistrates' Court Act of 1980 gives the magistrate the power to vary or rescind a sentence or vary an order and may even replace a sentence or order (section 142). The accused or afflicted person must initiate the proceedings and must do so within twenty-eight days of the conclusion of the case. However, the writer is at pains to point out that this section has not affected the inherent common law powers which the magistrates have to change pleas.

The express policy underlying the British position in this regard may be stated in the words of Widgery CJ:

"... their Lordships would have to insist on people using the summary remedy, provided by the Act instead of trotting along to the Divisional Court as though it were the only place where anything could be done" (*Ex parte Haygarth* *The Times* 1975-10-29).

The judicial policy is quite obvious. The magistrates' courts are relatively cheap, quick and the most accessible forum of justice to an aggrieved person. (For a full discussion see Nicholas Yell "Rectifying Mistakes in the Magistrate's Court" *NLJ supra*.)

In *Zwela's* case Kotzé AJ said that the South African common law as regards change of pleas was no different to its British counterpart (342B-C).

If this is so then it follows that the court only becomes *functus officio* when it has convicted and sentenced the accused, and until such time the court can entertain a request to change the plea of guilty to one of not

guilty (*Zwela* 341A-B). If this is the case in our common law, it is submitted that some of the difficulties envisaged by the court in *Mabaso's* case are appeased.

The decision in *Zwela* is to be welcomed in that it puts the role of the common law into clear perspective and defines the role of section 113. However, *Zwela's* case has authority only in the Free State and persuasive authority in the other provinces. It is hoped that the appellate division will uphold the principles of the *Zwela* decision.

ANDREW CAIGER

Advocate of the Supreme Court

GEVOLGSAANSPREEKLIKHEID, REGSGEVOEL EN STRAFSINVOLHEID

1 Inleiding

Kyk mens terug in die geskiedenis van die menslike samelewing en vergelyk dit met vandag, dan val een ding baie duidelik op: die samelewing sien vandag anders daar uit as in die verlede. Die menslike samelewing is in 'n voortdurende proses van verandering. Die rede daarvoor is dat die mens se kennis aangaande die funksionering van die natuur (wat die mens insluit) geleidelik toeneem. Kennis bring ook lewensbeskoulike veranderinge mee. Hierdie feit is vir die reg, en in besonder die strafreg, van besondere belang. In hierdie aantekening wil ek die kwessie van gevolgsaanspreeklikheid teen dié agtergrond bekyk.

2 Die wraakgrondslag van gevolgsaanspreeklikheid

In die primigene gemeenskappe, voor die ontstaan van die georganiseerde staatsgedagte soos ons dit ken, het die herstel van 'n aangedane leed bestaan in wraakoptrede teen die veroorsaker van die leed (eierigting). Die vraag of die veroorsaker die gevolg gewil het of nie, het nooit nie of selde gewig gedra. Hierdie verskynsel bestaan in 'n beperkte mate ook in die diereryk (vgl Schapera *The Khoisan Peoples of South Africa* (1965) 153).

Die vraag kan nou gevra word: waarom is fisiek-kinetiese gevolgsverooraking gelyk gestel aan "aanspreeklikheid"? Is dit billik? Die vraag bring ons by die kern van dié probleem: vir ons is dit nou onbillik maar dit was nie vir die mense van destyds onbillik nie. Hulle regsgevoel was anders as ons s'n. Die rede waarom dit so is, moet myns insiens, ten minste gedeeltelik, gesien word in die lig van die feit dat hulle veel minder kennis as ons aangaande die werking van die menslike geestesprosesse gehad het. Kennis, begrip en emosionele beheersing, in die algemeen gesien, is die belangrikste neutraliseerders van wraak. Waarom, om 'n voorbeeld te noem, word (sommige?) geesteskrankes vandag nie meer gestraf nie? Die rede daarvoor is dat die mens vandag weet dat by sekere medemenslike onbeheerbare geestesprosesse bestaan (vgl my aantekening "Dadersbewussyn en Strafsinvolheid" 1981 *De Jure* 164).

Gevolgsaanspreeklikheid is niks anders as 'n oorblyfsel van die primigene wraakgedagte nie en dit stry hedendaags nog nie teen die breëre gemeenskap se regsgevoel nie. Dit bring my onmiddellik by 'n volgende belangrike probleem.

3 Die regsgevoel as struikelblok in die weg van regsontwikkeling

'n Mens hoor dikwels dat regsgeleerdes (en ook andere) sê: my regsgevoel sê so of so. Die vraag is: wat is dié regsgevoel? Hoekom verskil mense se regsgevoel soms uiteenlopend? Die regsgevoel is 'n gevoelsmatige refleksie van 'n mens se diepliggende waardesisteem. 'n Mens word nie gebore met 'n regsgevoel nie, hoewel elke mens (so wil ek graag glo) 'n gevoelskomponent (emosionaliteit) in sy geestelike struktuur het. 'n Mens se regsgevoel word in die plaveisel van jou geestelike struktuur deur opvoeding en ervaring ingegrafer. Hierdeur kom jou waardesisteem tot stand; 'n mens se onderskeidingskriteria tussen reg en verkeerd en tussen goed en sleg kry vorm in jou regsgevoel.

As gevolg van sy kennis en ervaring ontwikkel 'n regsgeleerde 'n finer vermoë om tussen reg en verkeerd in juridiese sin te onderskei. Daarom kan 'n regsgeleerde, makliker as 'n leek, die regsposisie ten aansien van 'n sekere feitekomples aanvoel. 'n Regsgevoel wat verfynd is as gevolg van 'n regsopleiding en regskennis kan 'n sterk wapen ter ondersteuning van geregtigheid wees. 'n Regegevoel kan, daarenteen, ook 'n struikelblok in die weg van geregtigheid wees. Die rede waarom ons regsgevoel (as daar so iets soos 'n deursnit-regsgesvoel kan wees) anders as dié van ons voorvaders is, is ten minste gedeeltelik te danke aan die feit dat ons vandag meer kennis ten aansien van die mens se behoeftes en geestesprosesse het.

Die uitdaging van die regswetenskaplike lê daarin dat hy sy regsgevoel moet oorwin deur kennis en begrip. Hy moet homself as't ware deur die krag van sy begripsvermoë in 'n nuwe en op kennis- en begripgebaseerde regsgevoel inlei. Ter willie van illustrasie: 'n paar dekades gelede nog is kinderbeukers (mense wat kinders mishandel deur geweldstoevoeging) deur swaar strawwe getref. Vandag word dié aangeleentheid nog steeds in 'n ernstige lig beskou, maar die strawwe is in meer gevalle gesinchroniseer met die kennis wat ingewin is oor die geestesprosesse agterliggend aan sodanige optrede asook oor die belangrikheid van 'n gesonde ouer-kind-verhouding vir 'n gelukkige gemeenskaps- en geesteslewe. Kennis, begrip en verantwoordelikheid is voortdurend besig om die mens se regsgevoel te oorwin. (Vgl my artikel "Kindermishandeling - 'n Juridiese Perspektief" 1976 *De Jure* 189.)

Die vraag is of die wraakelement in ons regsgevoel ten opsigte van die strafreg (wat die idee van strafregtelike gevolgsaanspreeklikheid onderlê) uiteindelik die eise van kennis en begrip sal kan weerstaan. Ter illustrasie: A skiet B met die opset om hom te dood. As gevolg van die tussenkoms van 'n bekwame dokter sterf B nie. C skiet D onder dieselfde omstandighede, maar D sterf omdat die dokter se motor langs die pad gaan staan het. Is C se misdaad ernstiger as A s'n? Volgens ons positiewe

reg is dit wel ernstiger want 'n swaarder straf kan C opgelê word en dit word in die reël ook gedoen (vgl a 277 van die Strafproseswet 51 van 1977).

3 Gevolgsaanspreeklikheid en strafsinvolheid

Wat word bereik deur C swaarder te straf as vir A? Die gemeenskap word nie meer en beter beskerm nie. Inteendeel, dit kan in sekere gevalle andersom wees. C sal ook nie noodwendig moeiliker as A gerehabiliteer word nie: beide het presies dieselfde handeling verrig en ook dieselfde gevolg beoog. Die verskil in die gevolge van hulle optredes lê slegs in 'n toevalligheid wat buite hulle kennisgebied en oogmerke gelê het.

Die enigste rede waarom hulle verskillend gestraf word, is geleë in die feit dat C se optrede die dood van 'n medemens veroorsaak het en A s'n nie. Deur C swaarder te straf word die gemeenskap (of dele daarvan) se wraak- of vergeldingsemosie bevredig. Die swaarder bestraffing van C het geen funksie buite die emosionele bevrediging van die gemeenskap (of dele daarvan) nie. Die kern van die onderhawige problematiek is derhalwe 'n individueel-menslike konflik tussen 'n wraakemosie wat sy oorsprong in 'n oeroue waardesisteem het, en die menslike rede wat ontwikkel en verfyn met die koms van nuwe kennis en begrip. Hoewel die waarde van eersgenoemde nie onderskat moet word nie, sal laasgenoemde steeds triomfeer. Individueelmenslik sal die wraakemosie altyd seker aangetref word, maar dit sal en behoort nie as sodanig as grondslag van bestraffing te dien nie.

5 Probleme ten aansien van die uitkakeling van gevolgsaanspreeklikheid

In sy insiggewende proefskrif *Oorsaaklikheid by Moord en Strafbare Manslag* (1981 Universiteit van Pretoria) opper Van Oosten verskeie besware teen die uitkakeling van strafregtelike gevolgsaanspreeklikheid. Hy sê naamlik na aanleiding van 'n artikel wat ek in dié verband geskryf het ("Ondeugdelike Poging: Opmerkinge oor Strafsinvolheid" 1980 *De Jure* 119) die volgende:

"Besware teen Labuschagne se siening is egter eerstens dat daarmee uit die oog verloor word dat daar in die strafreg nie net opsetsmiddade nie, maar ook nalatigheidsmiddade bestaan. Beteken dit nou dat nalatigheidsmiddade geen bestaansreg meer het nie? Tweedens word die handeling as vereiste vir misdaadpleging vervaag tot 'n onsekere misdaadgerigte doen of late, sonder enige aanduiding van hoe na dit aan 'n werklike aantasting van die betrokke regsgoed hoef te kom of hoe ver dit daarvan verwyderd kan wees. Derdens bring die standpunt dat gevolgsveroor-saking by strafoplegging wel tersaaklik kan wees, probleme mee. Beteken dit nou dat daar op die straftoemetingstadium uitgemaak sal moet word of daar 'n oorsaaklike verband tussen die handeling van die beskuldigde en die ingetrede gevolg bestaan en, indien wel, volgens watter oorsaaklikheidstoets? Sou dit die geval wees, word die oorsaaklikheidsvraag doodgewoon uit die strafregtelike aanspreeklikheidsstadium weggeneem, maar word daar nog steeds nie mee weggedoen nie. Vierdens word hier uit die oog verloor dat dit by die strafreg nie primêr om die bestraffing van 'n misdadige opset gaan nie, maar om die bestraffing van die skending van die een of ander regsgoed. Gevolglik bied Labuschagne se opvatting nog geen aanvaarbare alternatief vir gevolgsaanspreeklikheid nie" (117).

Aangesien hierdie besware meriete het en nie sonder meer afgemaak kan word nie, is dit gepas om tematies daarop en op ander moontlike probleme te antwoord.

5 1 *Nalatigheidsmisdade*

Ter illustrasie kan na die volgende voorbeeld verwys word: A ry ingedagte oor 'n stopstraat, tref B se motor en B sterf as gevolg van beserings in die ongeluk opgedoen. C ry op dieselfde wyse oor 'n stopstraat en tref D se motor. D sterf nie omdat hy, sê, sy veiligheidsgordel aangehad het. A is volgens ons reg skuldig aan strafbare manslag wat in die praktyk as 'n ernstiger misdaad as nalatige bestuur, waaraan C skuldig is, beskou word. Is dit reg? In die lig van wat hierbo gesê is, behoort die straf van A en C myns insiens nie te verskil nie.

Meer gekompliseerd is die volgende gevalle: A hanteer 'n vuurwapen nalatig, dit gaan af en B word 'n dodelike wond toegedien. C tree op dieselfde wyse op maar die koeël wat D tref, dood hom nie. Volgens ons positiewe reg is A skuldig aan strafbare manslag en C is aan geen misdaad skuldig nie, want nalatige aanranding is nie 'n misdaad nie, en so ook nie poging tot strafbare manslag nie. (Van Oosten "Poging tot Strafbare Manslag?" 1981 *De Jure* 343.) Ook hier geld dieselfde argumente wat hierbo geopper is. A en C behoort òf skuldig te wees aan dieselfde misdaad en as sodanig gestraf te word, òf albei moet onskuldig bevind word.

Ook nalatigheidsmisdade moet myns insiens so geformuleer word dat gevolgsaanspreeklikheid uitgeskakel word. Op die vraag of nalatige optrede hoegenaamd strafbaar behoort te wees, word nie in dié werkstuk ingegaan nie. (Vgl in dié verband die goed beredeneerde LLM-verhandeling van Morkel *Towards a Rational Policy of Criminal Fault* (1981 Universiteit van Pretoria) 75 e v).

5 2 *Straftoemeting*

'n Volgende vraag wat gevra kan word, is: moet die feit dat 'n sekere gevolg werklik ingetree het as 'n faktor by straftoemeting in aanmerking geneem word? In die lig van wat hierbo gesê is, kan slegs 'n geval soos die volgende van toepassing wees: A skiet B. Nadat die wond toegedien is, probeer A alles in sy vermoë om te verhoed dat B sterf. B sterf inderdaad. In so 'n geval kan die hof, in die lig van A se handeling na die verwonding, 'n ligter straf oplê. A het hom as 't ware na die verwonding reeds self begin rehabiliteer (Vgl Snyman "Vrywillige Terugtrede as Verweer by Poging" 1980 *SASK* 169 en my reeds vermelde artikel 1980 *De Jure* 119).

5 3 *Deliktereg*

Aangesien die deliksaksie op skadeveroorsteking gebaseer is, sal gevolgsaanspreeklikheid in die deliktereg altyd bestaan. Die deliktereg is juis gerig op gevolgsaanspreeklikheid. Daar is egter beperkinge aangesien sodanige aanspreeklikheid in ons reg slegs bestaan as aan die ander elemente van die delik voldoen word. Die problematiek en funksie van

die deliktereg is egter anders as dié van die strafreg en eersgenoemde kan gevolglik nie 'n effek op of betekenis vir die strafreg hê nie.

5 4 *Die kwessie van regsgoed*

Regsgoed, indien die begrip funksionele betekenis het, kan slegs, in strafregtelike sin, die resultaat van 'n analise van die inhoud van 'n betrokke misdaad wees. Dit kan nie as begrip voor die skepping van die misdaad bestaan nie, want dit word juis "regs"-goed deur misdaadskepping (deur strafregsnormering). 'n Mens kan nie die skending van die een of ander regsgoed bestraf nie, want dan sou 'n mens die resultaat van 'n analise van die misdaadvoorwaardes bestraf. 'n Persoon word tog immers gestraf omdat sy optrede aan die misdaadvereistes voldoen het; omdat die misdaadvoorwaardes teenwoordig is. En indien gevolgsaanspreeklikheid uitgeskakel word, word die misdaad omskryf sonder verwysing na die werklike intrede van 'n gevolg, maar bloot met verwysing na 'n gevorderde gevolgsgerigte handeling ('n "uitvoeringshandeling"). Laasgenoemde benadering is myns insiens billiker as eersgenoemde en dit is ook nie meer kompleks nie. Analiseer 'n mens die voorwaardes van 'n misdaad, volgens laasgenoemde benadering beskryf, kan 'n mens, indien hy dit betekenisvol ag, 'n regsgoed identifiseer. Die regsgoed sal in die reël, indien nie deurgaans nie, dieselfde bly: by 'n handeling wat gerig is op die veroorsaking van die dood van 'n medemens (laasgenoemde benadering) bly die regsgoed die beskerming van die menslike lewe – of die gevolg intree of nie. Verskil die regsgoed by moord, aan die een kant, en poging tot moord en moordsameswering, aan die ander kant, in ieder geval volgens die hedendaagse benadering van mekaar?

6 Die effek van die uitkakeling van gevolgsaanspreeklikheid op die strafregwetenskap

Indien gevolgsaanspreeklikheid uitgeskakel word, en myns insiens is dit onvermydelik, sal problematiese aspekte van die hedendaagse strafreg uitgeskakel word. In dié geval dink ek veral aan kousaliteit en poging. Gevolgsaanspreeklikheid sal egter beslis nie oornag uit ons strafregstelsel verdwyn nie. In sy werk *Society and Legal Change* (1977) sê Alan Watson treffend:

"All legal rules are created by a cause. The cause of their creation is commonly but not always rooted in social, economic or political factors important to the life of the society or its leaders. Likewise reasons can be given for the continuance of existence of legal rules. The reasons for their continued existence are, I believe, often factors which have no direct importance for the life of the society or its leaders. Often, indeed, the rules of law are in conflict with the best interests and desires both of the ordinary citizens and the ruling elite. Legal rules, once created, live on. They are frequently remote from the experience and understanding of non-lawyers, and are kept in existence by factors such as the absence of effective machinery for radical change, by indifference, by juristic fascination with technicalities, and by lawyers' self interest" (7).

JMT LABUSCHAGNE
Universiteit van Pretoria

Vonnisse

COETZEE v DIE MEESTER

1982 1 SA 295 (O)

Uitleg van testament

Volgens 'n lank reeds oorlede Engelse regter van die Chancery-afdeling wag daar 'n groep geeste van ontevrede testateurs aan die oorkantse wal van die Styxrivier op regters wat hulle testamente verkeerd vertolk het. Corbett e a *The Law of Succession in South Africa* (1980) 465 verklaar hieroor:

"... [R]eading South African judgments on the interpretation of wills one [does not] feel that our judges have cause to fear the ghosts of disappointed testators. With few exceptions, they have not allowed themselves to be held in bond by technical rules or a judicial dictionary."

Reeds in 'n boekbespreking in 1981 *De Rebus* 351 het ek oor hierdie passasie die volgende opgemerk:

"Persoonlik dink ek dat ons regters behoort te bewe wanneer hulle aan die ontmoeting met die afgestorwenes dink. In geen ander gebied van die privaatreë is ons uitsprake so rigied soos juis op die gebied van die uitleg van testamenten nie. Vandat die Romeinse spreuk *voluntas testatoris servanda est* deur die invoering van die Engelse reg deur ons howe verander is na 'the intention of the testator as indicated by the words of the will' (my kursivering) het daar heelwat uitsprake plaasgevind wat baie moeilik met ons gevoel vir billikheid te rym is. 'n Mens is elke keer by die lees van so 'n uitspraak nog meer oortuig dat die soeke na die bedoeling van die testateur so dikwels slegs 'n fiksie is. Tereg het De Beer R in *Ex parte Kops and others* 1947 (1) 155 (O) toe hy die uitsprake ontleed het waarin die howe moes bepaal of 'n besondere klousule 'n direkte substitusie

dan wel 'n fideikommissêre substitusie is, soos volg verklaar (op 157):

"[A]fter a careful perusal and analysis of these decisions it clearly emerges, on comparison with each other, that an appreciable percentage of them must necessarily have been wrongly decided, and that one is reluctantly but inevitably forced to the conclusion that our case law on this subject is approaching a state which can best be described as a chaotic maze."

Die vonnis hier onder bespreking gee myns insiens ook aanleiding tot 'n opwelling van onrustigheid by 'n gees oorkant die Styxrivier. Waarnemende regter Viljoen moes naamlik bepaal wat die uitdrukking "die balans van alle kontant" in 'n testament beteken. Deur vas te gryp aan die woordeboekbetekenis van die woord "kontant" as synde "klinkende munt" kom hy tot die gevolgtrekking dat vaste deposito's wat die oorledene by 'n bank gehad het, asook 'n terugbetaling deur die ontvanger van inkomste nie "kontant" is nie. Eienaardig genoeg bevind by dat die opbrengs van spaarrekenings wel "kontant" is. As hy die enge interpretasie wou navolg, moes hy immers bevind het dat slegs die R40,00 wat die oorledene inderdaad by hom gehad het, kontant in die boedel verteenwoordig het. Dit sou 'n absurde vertolking, maar minstens logies en konsekwent gewees het. Kom ons neem 'n geval van 'n persoon wat duisende rande op vaste deposito het en daarbenewens ook eienaar is van 'n plaas en 'n huis, wat 'n testament met die volgende bepaling

maak: "Ek bemaak my plaas aan my seun, my huis aan my dogter en my kontant aan my eggenote." Die testateur bevind hom dan een middag met die bus op pad huis toe. Hy kry 'n hartaanval en sterf. In sy besit het hy 75 sent waarmee hy die busgeld wou betaal en 'n koerant wou koop. Verder is daar geen ander "klinkende munt" in sy besit nie. Volgens die regter sou daar dan in die likwidasië- en distribusierekening aan sy eggenote 75 sent toegeken word. Dit klink verkeerd – en dit is in elk geval lynreg in stryd met 'n aantal beslissings van sowel Suid-Afrikaanse as Engelse howe sedert 1943. Ek verwys vervolgens slegs na enkele van die beslissings.

Regter Millin moes in *In re MacGillivray's Will* 1943 WLD 29 beslis wat die woorde "as well as any monies possessed by me" in 'n testament beteken. Die oorledene het ongeveer R42 in die bank gehad, asook aandele in goudmyne en ander aandele in die koers van R1400. Daar is in die testament geen melding van die aandele of van enige restant nie. Op daardie tydstip was die Engelse regspraak (waarna die regter verwys is) baie eng is en die begrip "kontant" baie beperkend uitgelê as synde slegs "klinkende munt" of "ready money." Regter Millin volg egter nie hierdie beperkende uitleg nie:

"This, then, is the state of the English authorities upon which I am asked to hold that the testator in this case did not intend, by the reference 'any monies possessed by me', to pass to his widow the money he had in so common a form of investment in this country as shares in gold mining companies. I decline to do so. I feel sure that the testator would have regarded the shares as representing his monies no less than anything he might have in the bank, and that no one would have been more surprised than the testator if someone had told him there was danger, from the words he was using, of his dying intestate as to this part of his savings" (39).

Hierdie beperkende uitleg is gedurende dieselfde jaar deur die House of Lords in Engeland verwerp in die

toonaangewende uitspraak van *Perrin v Morgan* 1943 AC 399. Die testatrix het onder andere in haar testament bepaal dat "all monies of which I die possessed or shall be shared by my nephews and nieces now living." Haar boedel het bestaan uit beleggings, geld in die bank, dividende, huurgeld verskuldig, terugbetaling van inkomstebelasting asook huishoudelike toebehore. Die House of Lords het die beperkte uitleg oor die woord "money" wat voorheen toegepas is, verwerp. Viscount Simon verklaar:

"In the case of an ordinary English word like 'money', which is not always employed in the same sense, I can see no possible justification for fixing on it, as the result of a series of judicial decisions about a series of different wills, a cast-iron meaning which must not be departed from unless special circumstances exist, with the result that this special meaning must be presumed to be the meaning of every testator in every case unless the contrary is shown. I agree, of course, that, if a word has only one natural meaning, it is right to attribute that meaning to the word when used in a will unless the context or other circumstances which may be properly considered show that an unusual meaning is intended, but the word 'money' has not got one natural or usual meaning. It has several meanings, each of which in appropriate circumstances may be regarded as natural" (406).

Hy vervolg:

"The testatrix directed that 'all moneys of which I die possessed should be shared by my nephews and nieces as named.' The testatrix held very considerable investments to which she makes no separate reference in her will. If the state of her property when she made her will was anything like what it was at her death, she must, therefore, either have deliberately intended to die intestate in respect of her stocks and shares and to leave these nephews and nieces to share in what happened to be the balance at her bank at the moment of her death and little else, or else she must have used the phrase 'all moneys of which I die possessed' as covering her investments also" (413).

Ten slotte bevind hy

I, therefore, move that the appeal be allowed, and that it should be declared that the bequest of 'all moneys of which I die possessed' includes all the net personality of the estate of the testatrix" (414).

Lord Atkin verwys in dieselfde saak na die saak van *Lowe v Thomas* 5 De GM & G 315 1854 Kay 369 waar die testateur aandeel en 'n bietjie kontant gehad het en bepaal het dat sy "money" na sy broer moet gaan en na sy dood na dié se twee dogters. Ten spyte van die vruggebruik is bevind dat die legaat slegs die sowat R100 omvat het en nie die aandeel ook nie. Hierop is Lord Atkin se kommentaar:

"The poorest mind would know that this was absurd . . . (415).

Hierna is hierdie benadering natuurlik deurgaans deur die Engelse houe gevolg. In *Re Barnes's Will* (1972) 2 All ER 639 was daar 'n nalatenskap van "any moneys I may leave." Die vraag wat beantwoord moes word, was of geld op vaste depositio, in die pospaarbank, 'n bedrag op vastetermynaandeel by 'n bougenootskap, asook bedrae belê in staatseffekte onder hierdie klousule geval het. Regter Goulding bevind dat al hierdie bates onder die begrip "money" tuisgebring moet word.

In Suid-Afrika is daar ook nog 'n

aantal sake oor die uitleg van die woord "kontant" ("money"). In *Masters v Estate Cooper* 1954 1 SA 140 (K) bevind regter Steyn dat die testatrix met die woorde "balance of money and home"

"intended that the balance of her assets in South Africa, inclusive of her stocks and shares, should go to her godson and his wife" (145).

Ongelukkig verwys die regter in *Coetzee v Die Meester* na nie een van hierdie sake nie. Hy verwys wel na twee sake, naamlik *De Hart v The Master* 1971 3 SA 366 (O) en *Rennie v The Master* 1980 2 SA 600 (K) ter stawing van sy bevinding dat 'n vaste deposito nie kontant is nie. Albei sake handel egter oor die berekening van die vergoeding wat geëis kan word ingevolge item 3 van tarief B van die Insolvensiewet 24 van 1936 en kan myns insiens nie as gesag aangevoer word by die uitleg van 'n testament nie. Selfs al is die regter korrek dat 'n vaste deposito nie kontant is nie, dan is die uitspraak myns insiens nog verkeerd aangesien 'n spaarrekening dan ook nie kontant sal wees nie.

Ek is van oordeel dat hierdie uitspraak in geen ander Suid-Afrikaanse hof nagevolg sal word nie.

NJ WIECHERS

Universiteit van Suid-Afrika

MBUKU v MDINWA 1982 1 SA 219 (Tk)

Lack of consideration of choice of law rules in the Transkei Supreme Court

The only facts given in the opinion in *Mbuku v Mdinwa* 1982 1 SA 219 (Tk) are that

"[r]espondent inherited five head of cattle from his father. He did not remove them, but left them at his late father's kraal where his brother Nkosana looked after them for him. One day when Nkosana took the cattle to the dipping tanks, applicant drove them away, and thereby committed an act of spoliation . . . [T]he animals were kept at the kraal of respondent's late father.

Nkosana lived at a kraal of his own about half a mile away where he kept his own stock. He said in evidence that he was 'in charge' of respondent's cattle and that he looked after them, but this does not necessarily, or as a matter of probability, mean that he took possession of them.

On the day of the spoliation, he did drive them to the dipping tanks and I will assume in applicant's favour that on that occasion at least he reduced them into his physical control. But it

would only have been for the limited purpose of having them dipped and afterwards returned to the kraal . . .”

(per Hefer CJ with whom Davis AJ concurred, 219F-G, 220B-D).

On these facts a number of questions would seem to have merited investigation. In the absence of any such investigation, certain presumptions appear to be justified. Did the respondent inherit not only the five head of cattle but also his father's position as kraalhead of the kraal where the cattle were?

Presumably he did, because, if he did not, the circumstance would have been sufficiently noteworthy to be mentioned. Did he assume control, and then go away? The court's statement that he left the cattle at his late father's kraal where his brother looked after them for him (219F-G, quoted above) can lead one to no other conclusion than that he was not at his late father's kraal himself. So if he returned home on his father's death he must have left again. On leaving, he would, in all probability, have made arrangements for someone to take charge, not only of the cattle, but also of the kraal as a whole, that someone presumably being Nkosana. Leaving someone in charge is a common circumstance for which customary law provides, though the details of the rules still need clarification. (See *Seymour's Customary Law in Southern Africa* 4 ed by JC Bekker and JJJ Coertze (1982) 91-92; NJJ Olivier, NJJ Olivier (Jnr) and WH Olivier, *Die Privaatreg van die Suid-Afrikaanse Bantoetaalsprekendes* (1981) 540-541; and of the present writer's *The Customary Law of Immovable Property and of Succession* 2 ed (1976) 249-252. The last-mentioned work is referred to hereinafter as *Customary Law*.)

Instead of exploring questions such as the above and investigating the position in customary law, the court took up the magistrate's finding that 'Nkosana looked after applicant's [the respondent's] cattle on an agency

basis' (219H), emphasised the last phrase, and expounded the received Western law on possession and agents. ("The received Western law" is Professor DS Koyana's term (*Customary Law in a Changing Society* (1980) xx) for what is known in South Africa as South African common law, a term not appropriate in the Republic of Transkei. On the term "South African common law" see *Customary Law* 10.)

It must be remembered that in South Africa the remedies of South African common law may be brought, not only when possession or ownership originates in South African common law, but also when either (whichever is in question) originates in customary law (see the present writer's article "Choosing a System of Law by the Exercise of Discretion" 1977 *Acta Juridica* 95-96. If, as seems probable from the statement of the facts, Nkosana's position was determined by customary law, the court in *Mbuku's* case missed an opportunity to state whether or not the position in Transkei regarding the remedies of the received Western law is the same. (As the relevant provisions of the Transkei Constitution relating to the choice of law are similar to those in section 11 (1) of the Black Administration Act 38 of 1927, presumably the position in Transkei is the same.)

So far as one can judge from the statement of the facts, questions of substantive customary law (e.g. the rights and duties of one in Nkosana's position, and the position when the kraalhead returns when an action or mandament is pending) were involved. With respect, it is suggested that whenever either of two systems of law may be applicable, particularly when the court applies the system other than the one which seems on the facts to be *prima facie* applicable, it would be to everyone's advantage if the reasons governing the choice of law were to be given.

AJ KERR
Rhodes University

S v MONIZ 1982 1 SA 41 (C)

Handeldryf in wapens — oortreding van artikel 18(1) van die Wet op Wapens en Ammunisie 75 van 1969

Die beskuldigde in hierdie saak is onder andere aangekla van 'n oortreding van artikel 18(1) van die Wet op Wapens en Ammunisie 75 van 1969. Namens die vervolging is aangevoer dat die beskuldigde sonder 'n handelaarslisensie handel gedryf het ten opsigte van 'n sogenaamde Baby Browning-pistool. Die aanklag het uit die volgende ietwat sonderlinge feite voortgespruit:

Die beskuldigde, 'n werknemer in 'n kafee, is deur 'n sekere X genader wat die betrokke Browning-pistool aan hom getoon en hom gevra het of hy die pistool vir R80 wou koop. Die beskuldigde het te kenne gegee dat hy nie in die aanbod belangstel nie en met sy werk voortgegaan. Kort hierna het Y ('n Japannees) die kafee binnegekom en aan die beskuldigde gesê dat hy gesien het dat X 'n pistool aan hom toon en bygevoeg dat hy (Y) graag die pistool wou koop. Die beskuldigde het toe hierdie inligting aan X oorgedra wat aangedui het dat hy wel die pistool aan Y sou verkoop. Onmiddellik nadat die beskuldigde Y meegedeel het dat X bereid is om die pistool aan hom (Y) te verkoop, wou Y die koopson van R80 aan die beskuldigde oorhandig. Die beskuldigde wou aanvanklik nie die geld in ontvangs neem nie maar het uiteindelik tog daartoe ingestem. Hierna het Y die kafee verlaat en buite in 'n huurmotor gaan wag. Die beskuldigde het toe die geld aan X oorhandig in ruil vir die pistool. Nadat X die kafee verlaat het, het Y binnegekom, die pistool van beskuldigde ontvang en onmiddellik weer vertrek (43G-44A).

Die beskuldigde het tydens sy verhoor op aanklag van die wederregtelike handeldryf in wapens nie juis 'n *virilis defensio* gevoer nie en bloot 'n pleit van skuldig aangebied. Die beskuldigde is dan ook skuldig bevind

maar het na die verkryging van regsadvies appèl aangeteken en aansoek gedoen om nuwe getuieis te lei (43F).

Alhoewel die vervolging in appèl toegee dat die skuldigbevinding aan wederregtelike handeldryf in wapens verkeerd is, vind regter Rose-Innes dit nodig om breedvoerig op hierdie aangeleentheid in te gaan en bring sodoende meer helderheid oor die lastige kwessie van wat handeldryf in wapens nou eintlik beteken (45A-46B).

Die hof verwys ten aanvang (45A) na die interpretasie van die woord "handeldryf" in artikel 18 van die huidige wet op Wapens en Ammunisie se voorganger, naamlik artikel 15 van Wet 28 van 1937. In *S v Conco* 1962 3 SA 988 (N) het die beskuldigde 'n pistool verruil vir 7 bokke en is van wederregtelike handeldryf aangekla. Hy is onskuldig bevind en die hof voer die volgende argumente aan:

"[No] person may deal in arms or ammunition without being in possession of a licence [to do so]. To my mind, the expression 'deal in' must plainly be construed as 'trade in'. Assuming, however, that it is also capable of meaning in the context in which it appears, an isolated transaction, the disposal of a single fire-arm, then it is permissible to refer to the unsigned Afrikaans text. The Afrikaans version of 'deal in' is 'handeldryf . . .' The Afrikaans version makes it abundantly clear that the legislature intended to make the unlawful trading in arms and ammunition a punishable offence . . . [In] terms of the definition 'deal' includes any inducement of a person or any attempt to induce a person to acquire an arm or ammunition if the inducement is *made as business* . . ."

Die hof bevind dan ook dat die verkoop van 'n enkele wapen op een geleentheid nie op "handeldryf" neerkom nie.

Regter Rose-Innes aanvaar *in casu* die korrektheid van die *Conco*-beslissing (sien ook *S v Mzikayise* 1963 1 PH K17 (OK)).

Die hof oorweeg (45E) vervolgens die volgende omskrywing van "handeldryf" soos dit in artikel 1 van Wet 75 van 1969 voorkom:

"Met betrekking tot wapens en ammunisie, (1) ook die aanname van 'n wapen of ammunisie as sekuriteit vir die nakoming van 'n verbintenis, indien die persoon wat die wapen of ammunisie aanneem dit by die *uitoefening van sy of sy werkgewer se sakebedryf* doen en (2) *handeldryf* deur 'n persoon deur 'n ander persoon as 'n gelisensieerde handelaar oor te haal of poog om oor te haal om 'n wapen of ammunisie in bedoelde persoon of 'n ander persoon te verkry."

Met verwysing na hierdie omskrywing beslis die hof (45F):

"The italicised words in the extended definition point to the Legislature's intention to regulate the activities of persons who deal in arms or ammunition as a trade or business and to penalise such of them as do so without a dealer's licence. The extended definition is consistent with the interpretation in s 18(1) of the words 'deal in' to mean carry on trade or business in. It is not the intention of s 18(1) to penalise an isolated purchase or sale of a firearm. For example, there is nothing in the section which precludes the owner of a firearm from selling it, just as he may sell his motor car, although he does not hold a dealer's licence to deal in either commodity. So, too, a person who in an isolated instance is in unlawful possession of a firearm and sells it will be guilty of being in possession of the arm without holding a licence to possess it, but not of dealing in firearms."

Die omskrywing wat die hof hier oorweeg is 'n strekkingsbepaling wat die algemene betekenis van "handeldryf" uitbrei. Die eerste deel is klaarblyklik daarop gemik om te voorkom dat pandjieswinkels wapens en ammunisie in pand neem sonder 'n wapenhandelaarslisensie (sien ook Visser *Die Reg Insaake Wapens en Ammunisie* (1979) 101-102). Die gewone betekenis van "handeldryf," naamlik

die koop en verkoop of ruil en verruil van goedere met die oog op wins (sien *Handwoordeboek van die Afrikaanse Taal*) geld steeds as basis en word net in sekere opsigte uitgebrei (sien in die algemeen *S v Matsane* 1978 3 SA 821 (T); *S v Seroto* 1972 4 SA 691 (O); *R v Zingel* 1928 SWA 138).

Die tweede deel van die omskrywing is allesbehalwe glashelder en dit is veral ten aansien hiervan dat die aangehaalde *dictum* van regter Rose-Innes groter duidelikheid bring. As die betrokke bepaling nie noukeurig gelees word nie, kan dit lei tot die gevolgtrekking dat indien A vir B (wat nie 'n gelisensieerde handelaar is nie) oorhaal om 'n wapen van A (of C) te koop, A handeldryf en dus 'n handelaarslisensie moet hê. Dit kon egter beswaarlik die bedoeling van die wetgewer gewees het om sodanige private transaksies te beheer en daarom is die woord "handeldryf" aan die begin van dié deel van die omskrywing ingevoeg. Al wat hierdie voorskrif wil bereik, is om te bepaal dat die oorreding van 'n persoon (of 'n poging daartoe) om 'n koper te verkry, op handeldryf neerkom indien dit in die loop van "handeldryf" in die gewone sin geskied (sien Visser 102). Hierdie interpretasie van "handeldryf" word deur die hof *in casu* aanvaar. 'n Mens kan dus die gevolgtrekking maak dat daar niks is wat in die weg staan van 'n persoon om wapens te verkoop nie, mits hy dit nie doen met die doel om 'n inkomste daarmee te verdien nie. Daar moet ook op gelet word dat "handeldryf" in die strekkingsbepaling nie noodwendig dui op handeldryf in wapens en ammunisie nie. Indien X dus byvoorbeeld 'n groentewinkel bedryf en in die loop van daardie besigheid 'n wapen aan Y verkoop om sy inkomste mee aan te vul, dryf hy wel handel ingevolge artikel 18(1) en sal hy 'n oortreding pleeg indien hy nie 'n wapenhandelaarslisensie hou nie.

Regter Rose-Innes is nietemin versigtig genoeg om sy mening dat 'n

enkele verkoopstransaksie met betrekking tot 'n wapen nie op handeldryf neerkom nie, soos volg te kwalifiseer (46A):

"If, for example, it is shown that an accused who sold a firearm had a stock of many such arms, or that he had let it be known that he was prepared to buy and sell firearms, the purchase and sale on a single occasion might justify the inference that the single transaction formed part of a business of dealing in arms and it would then constitute a contravention of s 18(1)."

Hierdie *dictum* beteken dat 'n enkele transaksie wel as bewys kan dien van handeldryf in wapens mits dit aan ander feite wat op handeldryf dui, gekoppel kan word. Meer as een transaksie met betrekking tot wapens dui ook nie noodwendig op handeldryf

nie: In *S v Mzikayise supra* het die beskuldigde 'n wapen verpand en ses maande later 'n ander vuurwapen verkoop. Die hof beslis dat dit nie op handeldryf neerkom nie en bloot geïsoleerde transaksies was.

In die saak onder oorweging bevind die hof dat die beskuldigde nie die betrokke Browning-pistool gekoop of verkoop het nie en dat hy net as 'n skakel opgetree het tussen X en Y (die Japanees) (46G). Die appèl word gevolglik gehandhaaf en die saak terugverwys na die verhoorhof aangesien die beskuldigde verkeerdelik skuldig gepleit het en wel geregtig is om nuwe getuienis aan te bied.

PJ VISSER

Universiteit van Suid-Afrika

TOMES v SITHOLE 1982 1 SA 62 (Z)

Appeal as a defence in summary judgment proceedings

It is perhaps a little unusual to come to court claiming money which has been stolen from one and it seems that section 300 of the Criminal Procedure Act 51 of 1977 has rendered this type of action unnecessary, or at least scarce, in the South African courts. This is, however, what the plaintiff sought to do in the recent case of *Tomes v Sithole* 1982 1 SA 62 (Z).

Although there are a number of similar reported cases, in the present instance the plaintiff applied for summary judgment against the defendant and the defendant opposed this application. In the past there was some doubt as to whether such a claim constituted a liquidated amount, but the present court had no trouble with this aspect, citing *Colrod Motors (Pty) Ltd v Bhula* 1976 3 SA 836 (W) and it seems clear that, provided the amount in question is fixed, certain and definite, liquidity is present for summary judgment purposes. (See *International Hardware Corporation (Rhod) (Pvt) Ltd v*

Appleton 1971 1 SA 404 (R); *Brown Bros and Taylor (Pty) Ltd v Smeed* 1957 2 SA 498 (C).)

The nature of the defence in the *Tomes* case was that, although all three defendants admitted having been convicted of theft, they argued that they were innocent and had sought (and were subsequently granted) leave to appeal. In reading a decision on the application, the learned judge appeared to experience some difficulty with the rule in *Hollington v Hewthorn* 1943 2 All ER 35. He considered that the fact of a conviction or acquittal in a related criminal action would be highly relevant to a summary judgment application (63C-D) but refused to make new law by departing from the support given to *Hollington v Hewthorn* both in the United Kingdom and South Africa. He then went on to state:

"I would, however, venture to suggest that in a proper case, when an application for summary judgment was made

after all the avenues of appeal in the criminal trial had been finally closed, a Court could and should take that into account in deciding whether or not to grant summary judgment. I say this because it seems to me that the rule in *Hollington v Hewthorn* would not then be applicable." (63G-H).

Now the rule in *Hollington v Hewthorn* prevents the admission of a conviction as evidence that that particular crime was committed, i.e. in the present case, that the money was stolen by the defendants, and it is difficult to see how McNally AJ could justify this departure from the rule. Although the plaintiff would not be relying on the conviction, the court would still have to admit it in evidence before taking it into account. It is submitted, however, that, as far as summary judgment is concerned, the rule was never in issue in this case at all since the defendants admitted their conviction — it was not necessary for the record to be consulted and there was no dispute on this score.

The plaintiff alleged that money had been stolen and had not been repaid. On this basis, summary judgment was applied for. It is clear that to resist an application for summary judgment, the defendant must raise a *bona fide* defence. What the court enquires into is:

"(a) Whether the defendant has 'fully' disclosed the nature and grounds of his defence and the material facts upon which it is founded, and (b) whether on the facts so disclosed the defendant appears to have, as to either the whole or part of the claims, a defence which is both *bona fide* and good in law" (per Corbett JA in *Maharaj v Barclays National Bank Ltd* 1976 1 SA 418 (A) 426),

and furthermore,

"...if the defence is averred in a manner which appears in all the circumstances to be needlessly bald, vague, or sketchy, that will constitute material for the court to consider in relation to the requirements of *bona fides*..." (per Colman J in *Breitenbach v Fiat SA* (Edms) Bpk 1976 2 SA 227 (T) 228).

A bare denial is insufficient to defeat an application for summary judgment and the material facts upon which the defence is based must be included in the affidavit. From the report of the case under discussion it would appear that all the defendants did was to state that they were innocent of the theft. It is submitted that this is insufficient — it certainly does not set out fully the nature and grounds of the defence. The mere fact that one is intending to appeal against a conviction is no defence to a claim for the return of monies allegedly stolen. What the defendant is required to do is to set out on what basis he claims that he did not steal the money — in other words he must repeat his defence to the criminal charge, bearing in mind that the plaintiff now has a lesser onus than the state.

If the rule in *Hollington v Hewthorn* is correct — and for the purposes of discussing this case it must be assumed to be — there is no doubt that it applies to the situation. It is also clear that the rule would still apply even if a judgment had been given by the appellate division because that judgment remains inadmissible in evidence. It is therefore submitted that no purpose would have been served by postponing the matter *sine die* as suggested by the judge (64C). The court should have entertained the application for summary judgment when it was made and, in my opinion, have granted it or exercised its discretion in refusing it. The approach adopted by the court simply does not comply with the accepted principles of summary judgment.

If the rule in *Hollington v Hewthorn* is ultimately held to be incorrect — as it almost certainly is (see Hoffmann & Zeffertt *The South African Law of Evidence* 80f) — then both the supreme court and appellate division judgments would be admissible to prove the conviction. It is probably true that, once the conviction is confirmed by the appellate division, any defence would

be, as the learned judge said "clearly unarguable, both in fact and law" (64A) but that would not relieve the defendant of the onus of raising the defence properly. As the civil action is completely separate, however, the outcome remains an open question. It would perhaps be wiser to hold the application back pending the appeal, but whatever the outcome, the civil action could be successful and it is still, therefore, an inadequate defence to the summary judgment application

to claim that one is in the process of appealing against the conviction.

Whatever the final fate of *Hollington v Hewthorn* may be, it is submitted that the learned judge in *Tomes's* case should have required a strict adherence to the rules for defeating summary judgment and this lapse is to be regretted.

ANDREW BECK
University of Transkei

WASSUNG v SIMMONS 1980 4 SA 753 (N)

Interdictum quod vi aut clam — aard en toepassingsveld — verskillend van gebiedende interdik.

Die beslissing van die Natalse hooggeregshof in *Wassung v Simmons* 1980 4 SA 753 (N) het naas die kwessie of die Waterwet 54 van 1956 van toepassing was op die onderhawige geval, interessante aspekte omtrent die aard en toepassingsveld van die betreklik obskure *interdictum quod vi aut clam* en interdikte in die algemeen opgewerp. Die doel van hierdie bespreking is om die beslissing aangaande die *interdictum quod vi aut clam* te ontled.

Die feite van die saak was soos volg: Die aansoeker en die respondent was die eienaars van buurplase wat beide aan die Mooirivier gegrens het. Water is uit die rivier afgekeer deur 'n leivoor wat op die aansoeker se plaas begin het, oor die respondent se plaas geloop het en op die plaas van die respondent se buurman laer af met die rivier weer in die rivier uitgemond het. Die eenaar van laasgenoemde plaas was kragtens geregistreerde serwituut geregtig op die helfte van die water uit die leivoor; die onderlinge verhouding tussen die aansoeker en die respondent met betrekking tot die water uit die leivoor is egter nie kragtens 'n geregistreerde serwituut

gereël nie. Daar was egter wel 'n serwituut van waterleiding deur middel van 'n pyplyn ten gunste van die respondent teen die titelakte van die plaas van die aansoeker geregistreer. As gevolg van 'n lekplek wat in die pyp ontstaan het, het die grond in die nabyheid van die leivoor ingesak met die gevolg dat die leivoor deur opdrifels en rotsblokke versper is. Hierop het die aansoeker en die respondent ooreengekom dat die respondent vir eers die leivoor moet skoonmaak, waarna hulle saam die moontlikheid sou oorweeg om meer pype te installeer. Nadat die leivoor skoongemaak is, het die respondent sonder om die aansoeker in die saak te ken of om sy planne met hom te bespreek, voortgegaan om betonpype in die leivoor op die aansoeker se plaas te installeer. Na aanleiding hiervan voer die aansoeker aan dat die betonpype die voltooiing van 'n besproeiingskema in die wiele sou ry en sodoende die ontvangs van 'n staatsubsidie vir die projek in gevaar sou stel. Op grond hiervan rig die aansoeker dus in die onderhawige geval 'n dringende aansoek aan die hof om 'n bevel waar kragtens die respondent gelas word

om die betonpype te verwyder en die leivoor tot die vorige stand te herstel.

In 'n *ex tempore*-uitspraak bevind die hof by monde van regter Kumleben dat die respondent nie kragtens 'n geregistreerde serwituut geregtig was om die leivore te herstel nie en dat die aanlê van die betonpype in die leivoor dus onregmatig was. Die hof bevind dat die toepaslike remedie in hierdie geval die Romeinsregtelike *interdictum quod vi aut clam* is. Dié *interdictum* is volgens die hof 'n saaklike aksie in gevolge waarvan sowel herstel in die vorige toestand deur die verwydering van die betonpype, as skadevergoeding geëis kan word. Op grond van Romeins-Hollandse en Suid-Afrikaanse gesag bevind die hof dat hierdie remedie in die Suid-Afrikaanse reg gerespieer is en dat dit in die onderhawige geval deur die aansoeker aangewend kan word om die gevraagde regshulp te verkry (762). Die hof bevind ook dat hierdie regshulp soortgelyk is aan die regshulp wat in geval van analoë saaklike remedies soos in die geval van die oorskryding van geboue op buurgrond en remedies ter terugverkryging van eiendom (die *rei vindicatio*) of besit (die mandament van spolie) verleen word. Die hof beslis dus dat selfs as gefouteer is om die regshulp in die onderhawige geval op grond van die *interdictum quod vi aut clam* toe te staan, die gevraagde regshulp in elk geval verleen kan word op grond van die algemene beginsels wat inherent aan gelyksoortige saaklike aksies is. Omdat die saaklike remedie waarop die aansoeker gesteun het, wesenlik verskillend is as regshulp in die vorm van 'n interdik, bevind die hof dat die regshulp toegestaan kan word sonder dat dit nodig is om die drie vereistes vir 'n interdik soos uiteengesit in *Setlogelo v Setlogelo* 1914 AD 221 227 te bewys.

Waarom die regter hom laat beïnvloed het deur die argument dat die aansoekdoener se saak nie gedek word deur die vereistes wat in *Setlogelo* se geval vir die verlening van 'n interdik

gestel is nie, is nie mooi duidelik nie. In die genoemde saak gee appèlregter Innes (227) 'n duidelike uiteensetting van die *locus classicus* oor die vereistes vir die verlening van 'n interdik, naamlik Van der Linde *Koopmans-handboek* 3 1 4 7. Dit lyk gewens om weer 'n keer by Van der Linden self lig op te steek oor hierdie aangeleentheid. As eerste vereiste stel hy die aanwesigheid van 'n duidelike reg. Hy verduidelik dat dit vanself spreek dat waar die vermeende reg ongegrond is, die "verzoeker" geen aanspraak op 'n interdik het nie. Is die reg twyfelagtig, dan is die saak ongeskik om sonder volledige ondersoek beslis te word. Maar in laasgenoemde geval behoort 'n interdik verleen te word indien die "verzoeker" aangetoon het dat hy 'n onherstelbare nadeel sal ly indien die interdik geweier word terwyl, aan die ander kant, sy wederparty geen onherstelbare nadeel sal ly as die interdik toegestaan word nie. Die "verzoeker" behoort dan die geleentheid te kry om sy reg in 'n vollediger regsgeding aan te toon. Aldus Van der Linden oor die eerste vereiste.

So het appèlregter Innes die saak ook ingesien, want hy verklaar in *Setlogelo*:

"The argument as to irreparable injury being a condition precedent to the grant of an interdict is derived probably from a loose reading in the well-known passage in van der Linden's *Institutes* where he enumerates the essentials for such an application. The first, he says, is a clear right; the second is injury. But he does not say that where the right is clear the injury feared must be irreparable. That element is only introduced by him in cases where the right asserted by the applicant, though *prima facie* established, is open to some doubt. In such cases he says the test must be applied whether the continuance of the thing against which an interdict is sought would cause irreparable injury to the applicant. If so, the better course is to grant the relief if the discontinuance of the act complained of would not involve irreparable injury to the other party. . . . But he certainly does not lay down the doctrine that where there is a clear right

the injury complained of must be irreparable in order to justify an application for an interdict" (227).

In *Wassung* se saak was die vereistes van 'n duidelike reg en van 'n inbreuk daarop ("injury," "eene gepleegde feitelijkheid") duidelik vervul:

[M]y conclusion is that the installation of the concrete pipes by respondent in the irrigation furrow and the other work attendant thereon was unlawful" (758F).

In weerwil hiervan het respondent se advokaat egter geargumenteer dat applikant nog moes bewys dat die weiering van die interdik "would cause him 'irreparable harm' and that there was 'no other adequate remedy' available to him other than an order of the nature sought" en ter stawing hiervan het hy hom op *Setlogelo* beroep (760F-G).

Uit die voorgaande behoort dit duidelik te wees dat, vir so ver dit "irreparable harm" betref, die beroep op *Setlogelo* heeltemal misplaas is. Wat "irreparable harm" betref, word respondent se betoog duidelik deur *Setlogelo* weerlê!

Ons kom nou by Van der Linden se derde vereiste, "dat er geen ander gewoon middel is, waar door men met het zelfde gevoeg kan geholpen worden." Op grond van hierdie vereiste, verduidelik Van der Linden, kan geen interdik aangevra word "tot het stuiten van huwelijksgeboden" nie, omdat daarvoor 'n ander middel beskikbaar is. Om dieselfde rede, sê hy, kan ook geen interdik teen die eksekusie van 'n vonnis aangevra word nie, omdat daarteen die gewone middel van "oppositie van executie" bestaan.

Sou dit wees dat regter Kumleben van oordeel was dat hierdie vereiste in die weg van applikant se aansoek gestaan het? Dit lyk nie so nie want op die ou end staan die regter die aansoek toe en, soos dit wil voorkom, sowel op grond van die vereistes vir die *interdictum quod vi aut clam* as op

grond van dié vir die "gewone" interdik, soos deur Van der Linden geformuleer. Ons weet dat ons houe op die standpunt staan dat hulle 'n diskresie het ten opsigte van die toestaan van 'n interdik. Maar die toestaan al dan nie van 'n gebiedende bevel tot verwydering van 'n aanhegting wat wederregtelik op andermansgrond aangebring is en dus tot ongedaanmaking van 'n toestand wat wederregtelik aldaar geskep is, hang tog seker nie daarvan af of ons ons in dié verband kan bedien van die naam van 'n regsmiddel wat op Romeinsregtelike herkoms aanspraak kan maak nie.

Hoewel dit in die lig van die voorafgaande onnodig was vir die regter om op die toepassingsveld van die *interdictum quod vi aut clam* in te gaan en hoewel alles wat oor die *interdictum* in die uitspraak gesê is in 'n sekere sin as *obiter dicta* beskou behoort te word, is 'n paar opmerkings oor dié regsmiddel nie onvanpas in 'n bespreking van die onderhawige saak nie. Soos regter Kumleben aantoon, bestaan daar voldoende gesag in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg waar die *interdictum* wel as selfstandige aksie in daardie regstelsels bestaan het. 'n Hele *Digesta*-titel (43 24) word aan dié *interdictum* gewy en gesaghebbende Romeins-Hollandse bronne soos Voet *Commentarius ad Pandectas* 43 24, Donellus *De Iure Civili* 4 15 cap 35 3, Huber *Heedensdaegsche Rechtsgeleertheydt* 4 36 15 4 59 en *Praelectiones Juris Civilis ad D* 43 24 en Christinaeus *Decisiones* 4 dec 146 bespreek die *interdictum* in fyn besonderhede. Dat die regsmiddel ook praktiese aanwending geniet het, blyk duidelik uit werke wat meer op die praktyk gerig is soos *Hollandsche Consultation* 3(2) cons 97 en Wassenauer *Practyck Judicieel* 1 46 1. Daar kan egter myns insiens nie sonder meer aanvaar word dat die *interdictum quod vi aut clam*, of ten minste die regshulp waarvoor dit voorsiening maak, *holus bolus* in die Suid-Afrikaanse reg aanvaar is nie. In drie Suid-Afrikaanse

beslissings, naamlik *Cape Town Municipality v Benning* 1917 AD 315 320, *Texas Co (SA) Ltd v Cape Town Municipality* 1926 AD 467 472 en *Thormahlen v Gouws* 1956 4 SA 430 (A) 435 is die beskikbaarheid van die *interdictum* in die Suid-Afrikaanse reg wel erken. Al drie hierdie beslissings het egter gegaan oor 'n spesiale toepassingsveld van die *interdictum quod vi aut clam*, naamlik aanvullende remedie by die *actio aquae pluviae arcendae* in gevalle waar skadevergoeding naas herstel in die vorige toestand aangevra word wanneer 'n hoërlygende grondeienaar die natuurlike vloei van water tot nadeel van sy laerlygende buurman verander.

Om te bepaal of dit geregverdig vir die regter was om die *interdictum quod vi aut clam* in die onderhawige geval toe te pas, moet in gedagte gehou word dat die oorspronklike toepassingsveld daarvan aansienlik deur die werkzaamheid van die klassieke juriste uitgebrei is. Die *interdictum* is aanvanklik deur die praetor ingevoer om daarteen te waak dat daar met geweld (*vi*) of heimlik (*clam*) op belange ten aansien van grond inbreuk gemaak word. Met verloop van tyd is die *interdictum* egter uitgebrei om 'n wye spektrum van aantastinge van regte en belange ten aansien van onroerende goed in te sluit. Nie slegs het dit geslaan op die inbreukmaking op private of publieke grondstukke nie, maar dit het ook die veroorsaking van skade aan geboue, bome, grafte en ander sake wat deel van grond of 'n gebou was, ingesluit. Voorbeelde hiervan is die oprigting, sloop of verandering van geboue of grafte, die ploeg van grond en die grawe van slote, die afkap van bome, riete en wingerde, die verwydering van dakpanne, die aflaai van klippe, puin of grond op andermansgrond, die verontreiniging van 'n fontein, die bewerking of bemesting van andermansgrond, die verwydering van 'n standbeeld van 'n openbare plek en die oprigting van 'n waterval op die grondstuk van 'n ander (sien

D 43 24). Die omvang van dié regsmiddel blyk ook uit die wye kring van persone tot wie se beskikking die *interdictum* was. Hoewel dit waarskynlik slegs ontwerp was om die eiendomsreg ten aansien van 'n grondstuk te beskerm, is dit later uitgebrei om die regte van mede-eienaars, serwituut-houers, huurders en ander persone wat 'n belang in grond het, te beskerm. Sels 'n persoon met 'n suiwer persoonlike belang, soos die persoon wie se standbeeld van 'n publieke plek verwyder is, kon van die *interdictum* gebruik maak. As gevolg van hierdie wye toepassingsveld is dié *interdictum* later as aanvullende regsmiddel by die *interdictum quod vi aut clam*, die *actio aquae pluviae arcendae*, die *actio communi dividundo* en die *vindicatio ususfructus* (D 43 24 12) gebruik. Daarnaas kon dit naas die *actio negatoria* as voorkomende regsmiddel deur die grondeienaar en die houer van 'n serwituut aangewend word. Ten slotte was daar 'n moontlike sameloop van die *interdictum* en die *actio legis Aquiliae* (D 12 2 28 6; D 19 2 25 5; D 43 24 7 4, 13 *pr*; D 47 7 11), die *actio arboribus succisis* (D 19 2 25 5), die *actio locati* (D 19 2 25 5), die *actio sepulchri violati* (D 43 24 15 1) en die *interdictum unde vi* (Cicero *Pro Tullio* par 23-53). As gevolg van die noue samehang van die vereiste van *vi* met die reg van verbodiging (*ius prohibendi*) van die persoon wat aanspraak maak op die *interdictum*, staan die *interdictum* ook in noue verband met die *operis novi munitio* en die *cautio damni infecti* (sien Milton "The Law of Neighbours in South Africa" 1969 *Acta Juridica* 188 e v).

Wat die Suid-Afrikaanse reg betref, kan sonder nadere bewys aanvaar word dat die omvattende *interdictum quod vi aut clam* van die Romeinse en Romeins-Hollandse reg nie *holus bolus* hier te lande gerespieer is nie en dat verskeie toepassingsgebiede daarvan effektief deur ander regsmiddels vervang is. Die kernvraag *in casu* is egter of die *interdictum* self, of ten minste die beginsel wat dit ten grondslag lê, spesifiek wat die onderhawige feitestel

betref, in die Suid-Afrikaanse reg geresipieer is. Myns insiens is dit wel die geval en blyk dit onder andere uit die beslissings wat gaan oor die gevalle waar een mede-eenaar sonder toestemming van ander mede-eenaars bouwerke of ander handelinge onderneem ten opsigte van die grondstuk wat in mede-eiendom aan hulle behoort. Hoewel die *interdictum quod vi aut clam* nie by name in hierdie beslissings genoem word nie, word die beginsel wat dit ten grondslag lê, toegepas en die oortreder beveel om, waar doenlik, die bouwerke te verwyder (sien Voet *Commentarius* 10 3 7; Schorer op De Groot *Inleidinge* 3 28 4; *Oosthuysen v Muller* (1877) 7 Buch 129; *Botha, Smit v Kinnear* 1880 Kotzé 215; *Wilson v SAR & H* 1946 NPD 755-772). Die feit dat regshulp in die vorm van 'n bevel tot herstel van die *status quo ante* in hierdie geval en ook ten aansien van die oorskryding van geboue op buurgrond toegestaan word, is myns insiens genoegsame bewys dat die *interdictum quod vi aut clam* of die regshulp wat dit inhou, nog steeds die feitestel in die *Wassung*-saak dek en dat die *interdictum quod vi aut clam* nie bloot as aanvullend tot bestaande remedies in die Suid-Afrikaanse reg geresipieer is nie.

In *Wassung* se saak huldig regter Kumleben die standpunt dat die *interdictum quod vi aut clam* 'n saaklike aksie is wat nie soos 'n persoonlike aksie op skadevergoeding nie, maar primêr op herstel van die grondstuk in die vorige toestand gerig is. Hiermee het hy kant gekies in die eeuelange twisvraag of dié *interdictum* 'n saaklike dan wel 'n deliktuele remedie is. Die *interdictum* was oorspronklik nie 'n deliks- of besitsremedie nie, maar slegs 'n regsmiddel wat die inbreukmaking op regte ten aansien van 'n grondstuk verbied het. Deur middel van die *interdictum* kon die aansoeker in die Romeinse reg in die eerste plek herstel van die grondstuk in die vorige toestand eis in die vorm van 'n bevel om die inbreukmakende aktiwiteit stop te sit, byvoorbeeld deur verwydering van

'n ongemagtigde bouwerk of van 'n hoop klippe wat onregmatig op die grond opgestapel is (*D* 43 24 1 1). Naas die aanspraak op herstel in die vorige toestand, kon die benadeelde ook skadevergoeding eis vir enige skade wat hy as gevolg van die dader se ongemagtigde optrede gelyk het (*D* 43 24 15 7).

Die groot omvang van die regshulp wat ingevolge die *interdictum* verleen kan word, het daartoe aanleiding gegee dat dit in die verlede onder verskillende kategorieë tuisgebring is. Huber *Praelectiones Juris Civilis ad D* 8 5 no 5 en *Heedensdaegse Rechtsgeleertheydt* sluit dit byvoorbeeld onder besitsremedies in. Vergelyk 'n mens die mandament van spolie met die *interdictum*, het beide remedies dit gemeen dat hulle gerig is op die herstel van die *status quo ante*. By die mandament van spolie gaan dit egter in die reël om besitsversteuring in die sin van besitsontneming of beskadiging van 'n voorwerp, terwyl dit by die *interdictum* (behalwe waarskynlik in die voorbeeld van die verwydering van dakpanne) in die reël gaan oor besitsversteuring in die vorm van die oprigting van 'n bouwerk of die opeenhoping van klippe, ensovoorts op die grondstuk van 'n ander. By die mandament van spolie geld die beginsel verder dat besitsherstel slegs verlang kan word indien dit nog moontlik is en nie byvoorbeeld by vernietiging van die voorwerp nie (sien egter *Fredericks v Stellenbosch Divisional Council* 1977 3 SA 113 (K)). Sodanige beperking bestaan in die reël nie by die *interdictum quod vi aut clam* nie, veral omdat dit in die eerste plek gaan oor die verwydering van vreemde materiaal op grond.

Pandektiste soos Dernburg (*Pandekten* par 234) verkondig die standpunt dat 'n erkenning van die deliks-karakter van die *interdictum quod vi aut clam* onontbeerlik is vir 'n begrip van die ware aard daarvan. Deur die reg in eie hande te neem en inbreuk te maak op belange ten opsigte van die grond, minag die dader die persoonlikheid

van die belanghebbende. Omdat persoonlikheidskrenking (*iniuria*) hier ter sprake is, word opset (*dolus*) dan ook aan die kant van die dader vereis. Hoewel sommige van die Romeins-regtelike tekste sodanige vereiste steun, en hoewel die vereistes van *vi aut clam* naamlik "geweld en heimlikheid" uitgelé kan word as sou opset aan die kant van die dader vereis word, kan hierdie siening nie vir die Suid-Afrikaanse reg aanvaar word nie. Die Suid-Afrikaanse reg aangaande onregmatige daad is gerig op die vergoeding van skade. Anders as byvoorbeeld ingevolge paragraaf 823 van die Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch* ingevolge waarvan ook ingevolge 'n onregmatige daad herstel in die vorige toestand toegestaan kan word, is so-iets onmoontlik volgens die Suid-Afrikaanse reg. Die regshulp ingevolge die *interdictum quod vi aut clam* is dus slegs gedeeltelik deliktueel in die Suid-Afrikaanse reg, naamlik slegs vir sover dit om 'n eis om skadevergoeding gaan.

'n Vraag wat in hierdie verband ontstaan is of (gedeeltelike) deliktuele aanspreeklikheid ingevolge die *interdictum quod vi aut clam* 'n vorm van skuld-, dan wel skuldlose aanspreeklikheid is. Ten gunste van skuldaanspreeklikheid spreek dié feit dat die vereistes van *vi aut clam*, indien dit nie op opset dui nie, ten minste op die skuldvorm nalatigheid dui. Volgens Milton (a w 193) dui die feit dat aanspreeklikheid ingevolge die *interdictum quod vi aut clam* mettertyd noksaal geword het daarop dat dit 'n verskyningsvorm van skuldlose aanspreeklikheid geword het. Hierdie argument is nie oortuigend nie omdat noksale aanspreeklikheid slegs ter sprake kan kom waar 'n ondergeskikte 'n daad *vi aut clam* verrig het en die prinsipaal dan noksaal aanspreeklik gehou word sonder dat daar persoonlik skuld aan sy kant was. 'n Meer oortuigende argument ten gunste van skuldlose aanspreeklikheid is dat 'n mens hier met 'n absolute saaklike remedie ter eiendomsbeskerming te doen het.

Hierdie remedie is in beginsel skuldloos. Ten gunste van skuldaanspreeklikheid kan egter weer opgewerp word dat die beginsel van skuldlose aanspreeklikheid in beginsel slegs by regmatige handelinge toepassing kan vind, terwyl 'n onregmatige handeling vereis word by die *interdictum quod vi aut clam*.

Ek het reeds daarop gewys dat die regter in die *Wassung*-saak 'n verskil probeer maak tussen die *interdictum quod vi aut clam* en die gewone interdik wat in die Suid-Afrikaanse reg bekend is. Die regter haal hierdie remedie uit die kategorie van die gewone interdikte en plaas dit in 'n kategorie van saaklike aksies soos die *rei vindicatio*, spoliasesgedinge, die *actio negatoria*, aksies vir oorskryding op grond en andere – almal aksies waarby die gewone drie vereistes wat vir interdikte gestel word, nie ter sprake kom nie (sien Jones and Buckle *The Civil Practice of the Magistrates' Courts in South Africa* I 7e uitg 77-82). Soos ek reeds voorheen aangedui het, was hierdie omslagtige werkswyse onnodig en kon die regter reeds deur 'n direkte toepassing van Van der Linden en die *Setlogelo*-saak tot dieselfde gevolgtrekking gekom het. Dit kom daarop neer dat daar geen verskil bestaan tussen die *interdictum quod vi aut clam* en 'n gewone gebiedende interdik ingevolge waarvan die respondent beveel word om die *status quo ante* te herstel nie. Een gevolg van hierdie resepsie van 'n Romeins-Hollandse aksiegrond in die Suid-Afrikaanse interdiktreg wat tekens van Engelsregtelike beïnvloeding toon, is dat die regter net 'n diskresie het om op grond van doelmatigheidsoorwegings nie altyd herstel in die vorige toestand nie, maar ook skadevergoeding as substituuat daarvoor te kan beveel (sien o a *Botha, Smit v Kinnear supra*; *Wilson v SAR & H supra* en wat oorskrydings betref *De Villiers v Kalson* 1928 EDL 217 231; *Naude v Bredenkamp* 1956 2 SA 448 (O)). Die feit dat die aansoek in hierdie geval by wyse van mosie geskied, val ook

in die lig van die voorafgaande nie vreemd op nie. Soortgelyke dringende aansoeke om besitsherstel ingevolge die mandament van spolie geskied in die reël by wyse van mosie.

Die vraag kan vervolgens gestel word of dit nog enige sin het om die *interdictum quod vi aut clam* by name as regs-middel in die Suid-Afrikaanse reg te erken. Die antwoord daarop moet ontkennend wees. Prinsipiël is dit meer bevredigend om te soek na die beginsel wat hierdie en ander analoë aksies ten grondslag lê en om dan die materiële regsbegin-sel uit die formele aksie te abstraheer. Hiervolgens kan bepaal word dat die *interdictum quod vi aut clam* en ander analoë saaklike remedies prinsipiël daarop gerig is om inmenging in die genot en gebruik van grond wat uit eiendomsreg en ander saaklike regte ten opsigte van grond vloei, aan bande te lê. Enige inbreuk-making op sodanige absolute saaklike regte behoort in beginsel nie slegs met 'n aksie om skadevergoeding afgeweer te kan word nie, maar die inbreuk-maker behoort ook, net soos in die geval van besitsversteuring, volgens die diskresie van die hof gedwing te kan word om die *status quo ante* te herstel. Hiermee word alle gevalle waarin hierdie tipe regshulp verleen word, naamlik die geval waar iemand onregmatig 'n bouwerk op die grond van sy buurman oprig, die gevalle waar geboue op buurgrond oorskry, die geval waar een mede-eienaar sonder toestemming 'n bouwerk op gemeenskaplike grond oprig en gevalle wat onder die *actio negatoria* ter afkeer van inbreukmaking op eiendomsreg of ander saaklike regte ressorteer op één prinsipiële grondslag geplaas. Regter Kumleben toon dan ook uitdruklik in die *Wassung*-saak (763) aan dat 'n aksie om skadevergoeding in plaas van 'n bevel tot verwydering nie 'n gepaste en doeltreffende regsmiddel in die bogenoemde gevalle sou wees nie. Hy stel dit uitdruklik dat 'n saak-likgeregtigde (behalwe in spesiale

omstandighede wat veral in geval van oorskryding van geboue op buurgrond kan voorkom) nie verplig behoort te wees om skadevergoeding vir ont-neming of vermindering van sy eiendomsreg te aanvaar nie, omdat so-danige remedie in sekere omstandig-hede op onteiening of beslagneming kragtens 'n onregmatige daad sou neerkom. 'n Verdere faktor wat ook 'n rol kan speel, is dat skadevergoeding soos in die onderhawige saak moeilik bepaalbaar kan wees.

Teenoor die voorafgaande gevolg-trekking kan moontlik opgemerk word dat die *interdictum quod vi aut clam* of die beginsel wat dit ten grondslag lê nie slegs gerig was op die beskerming van eienaars en saaklikgeregtigdes nie, maar ook op ander belanghebbendes in grond, soos huurders. Sodanige persone word egter deesdae ingevolge die onderskeie remedies ter beskerming van besit, regshulp verleen. Sommige persone wat in die Romeinse reg as houers beskou is, soos huurders, is in die Suid-Afrikaanse reg op besitsbe-skerming ingevolge die mandament van spolie geregtig (sien Van der Merwe *Sakereg* 89). Myns insiens is die beskerming wat die mandament van spolie bied voldoende in hierdie gevalle. Neem byvoorbeeld die feitestel in *Nino Bonino v De Lange* 1906 TS 120 waar die huurder die reg in eie hande geneem het en die onderverhuurde biljartkamer se deur met planke toegespyker het. Die regshulp wat aan-gevra is was die herstel van die *status quo ante* deur die verwydering van die planke.

Ons bevindings ten aansien die *interdictum quod vi aut clam* kan soos volg opgesom word:

a Hoewel die *interdictum* net soos ander Romeinsregtelike remedies (bv die *actio legis Aquiliae*) nie altyd by name in die Suid-Afrikaanse reg oorge-niem is nie, speel dit tog 'n belangrike rol omdat dit in bepaalde gevalle nog die enigste grondslag vorm vir die materiële reg waarop 'n aan-soeker of eiser steun.

b Die *interdictum* word as aanvullende remedie by byvoorbeeld die *actio aquae pluviae arcendae* erken.

c Indien skadevergoeding naas herstel in die vorige toestand met die *interdictum* aangevra word, is die grondslag van die skadevergoedingseis deliktueel en heel waarskynlik 'n vorm van skuldaanspreeklikheid.

d Die toepassingsveld van die *interdictum quod vi aut clam* (asook die beginsel wat dit ten grondslag lê) is aansienlik vernou in die Suid-Afrikaanse reg.

e Saam met die *actio negatoria* – die remedie wat geld by die oorskryding van gebou op buurgrond – en die remedie in gevalle waar mede-eienaars

sonder toestemming handelinge ten opsigte van gemeenskaplike sake verrig, vorm die *interdictum* die grondslag waarop die beskerming van absolute saaklike regte gebaseer is.

f Wat die beskerming van absolute saaklike regte betref, vorm die *interdictum* saam met die ander remedies in die vorige paragraaf genoem die grondslag vir die gebiedende interdik in die Suid-Afrikaanse reg. Net soos by alle interdikte is dit in die diskresie van die hof om as substituut tot 'n gebiedende bevel tot herstel van die *status quo ante*, skadevergoeding toe te staan.

CG VAN DER MERWE
Universiteit van Stellenbosch

PUBLIKASIEFONDS HUGO DE GROOT

Uit hierdie fonds word finansiële hulp vir die publikasie van regsproefskrifte en ander verdienstelike manuskripte verleen.

Aansoeke om sodanige hulp moet gerig word aan:

Prof D J Joubert
Sameroeper Publikasiefondskomitee
Vereniging Hugo de Groot
Posbus 1263
PRETORIA
0001

Boeke

STRAFREG

deur CR SNYMAN

*Butterworth, Durban 1981; xiii en 560 bl; prys (AVB uitgesluit) R45,95
(hardeband) R35,95 (sagteband)*

Hierdie boek het betrekking op die Suid-Afrikaanse strafreg en sluit gerapporteerde regspraak tot en met Maart 1981 in.

Waarom nog 'n Afrikaanse handboek oor die Suid-Afrikaanse strafreg? Die leser wat hierdie vraag vra, behoort die voorwoord van De Wet en Swanepoel se *Strafreg* 3e uitg (1975) te lees.

Snyman betoog dat dit jammer is dat daar in Afrikaans van "strafreg" in plaas van "kriminele reg" gepraat word, "... want die studie van die strafreg is hoofsaaklik 'n studie van wat 'n misdaad . . . is, en nie 'n studie van die strawwe wat vir 'n misdaad opgelê word nie" (23). Sy standpunt is dat "kriminele reg" die inhoud van die vak beter omskryf (24). Sy betoog is interessant, maar onoortuigend. Die materiële strafreg — of moet ek praat van die "materiële kriminele reg"? — is daardie voorskrifte wat bepaal watter gedraginge met *straf* bedreig word. Dit gaan wel, soos Snyman (23) dit ook stel, oor "die studie van wat 'n misdaad" is, maar die wesenskenmerk van hierdie betrokke terrein van die reg is dat dit gaan oor die vraag watter gedraginge met straf (en meer spesifiek owerheidstraf) bedreig word. Dit is juis die strafsanksie wat die strafreg as vakgebied of vertakking van die reg identifiseerbaar maak. Om hierdie rede is die volksmond (en

hierby word die juris ingesluit) se keuse van die omskrywing "strafreg" glad nie so ongelukkig nie. Snyman oorbeklemtoon nie sy betoog ten behoeve van die omskrywing "kriminele reg" nie. 'n Mens kry die indruk dat hy die omskrywing "strafreg" met gelatenheid aanvaar op die basis dat "... that which we call a rose / By any other name would smell as sweet" (*Romeo and Juliet* ii 2 44).

Snyman is ook nie moedswillig nie. In die res van sy boek gebruik hy die woord "strafreg": "And everyone doth call me by name" (*Comedy of Errors* iv 3 3).

Snyman se boek bestaan uit twee dele. Hy volg die geïllustreerde en wetenskaplik korrekte benadering: deel een (1–263) het betrekking op die algemene beginsels van die strafreg, terwyl deel twee (267–502) uitsluitlik aan afsonderlike misdade gewy word.

Dit is duidelik dat Snyman geskryf het met die doel om ook die behoeftes van die regstudent te bevredig (vgl 23). Sy inleidende bespreking van die vereistes vir strafregtelike aanspreeklikheid (24–28) is 'n duidelike voorbeeld hiervan. Hierdie bespreking (alhoewel oorsigtelik en met slegs vier voetnote) behoort enige regstudent te help om 'n behoorlike perspektief oor die vereistes vir strafregtelike aanspreeklikheid te verkry. Snyman plaas besondere klem op die volgorde van

die vereistes. Dit moet eers vasstaan dat “die tipe gedrag wel strafbaar is” (24). Daarna volg ’n uiteensetting van die logiese volgorde van die ander vereistes. Snyman kon moontlik die hele aangeleentheid een stappie verder geneem het en daarop gewys het dat sodra daar aan die laaste vereiste voldoen word, dit eintlik ’n sirkel is wat voltooi word. ’n Mens is dan terug by die beginpunt: die strafbare gedrag kan nou met straf besoek word. Dit is juis om hierdie rede dat strafregtelike aanspreeklikheid vasgestel word.

Hoofstuk een word afgesluit met ’n omvattende bespreking van die legaliteitsbeginsel. Die historiese en regsvergelijkende bespreking van die legaliteitsbeginsel (29–32) verskaf ’n goeie agtergrond waarteen die leser self Suid-Afrika se *ex post facto*-wetgewing (36) kan evalueer.

Hoofstuk twee het betrekking op die “Handeling en verbodsbeskrywing.” Reeds in hoofstuk een verklaar Snyman (27):

“Ek verkies . . . om nie met die begrip *actus reus* te werk nie, eensydig omdat breedsprakerige Latynse uitdrukkings in hierdie boek sover as moontlik vermy word, en andersyds omdat dit myns insiens wetenskapliker is om te werk met ‘handeling,’ ‘handeling in ooreenstemming met verbodsbeskrywing’ en ‘wederregtelikheid’ as aparte vereistes.”

Hierdie benadering moet verwelkom word. Die begrip *actus reus* is eintlik maar net ’n sambreelbegrip waaronder verskeie ander begrippe en vereistes wegkruip. Snyman verklaar dat die begrip “verbodsbeskrywing” onbekend in die Suid-Afrikaanse regsliteratuur is, maar dat die gebruik van dié begrip en die vereiste dat die handeling in ooreenstemming met die verbodsbeskrywing moet wees, nie in die praktyk ander resultate sal oplewer nie (70). Dit dra hoogstens by tot ’n wetenskapliker ontleding van die vereistes vir strafregtelike aanspreeklikheid (vgl 70 vn 4).

In ooreenstemming met sy ontleding van die *actus reus* behandel Snyman

wederregtelikheid in ’n aparte hoofstuk (die derde hoofstuk). Snyman se beskouing ten aansien van die materiele inhoud van wederregtelikheid kom wesenlik daarop neer dat ’n mens die begrip “wederregtelikheid” nie kan oorvereenvoudig deur bloot te beweer dat dit die skending van ’n regsvoorskrif is nie. Snyman soek na ’n meer fundamentele grondslag. Hy bevind (77):

“Daar moet altyd eers gekyk word of die oënskynlik wederregtelike handeling nie dalk geregverdig is omdat die regsopvatting van die gemeenskap die handeling in daardie bepaalde omstandighede as geoorloof beskou nie. In so ’n geval is die handeling nie wederregtelik nie . . . Om vas te stel of ’n handeling wederregtelik is, moet dus gekyk word of dit in stryd is met die goeie sedes of die regsooruiging van die gemeenskap. Die regverdigingsgronde moet gesien word as praktiese hulpmiddels om die wederregtelikheid vas te stel.”

Hoofstuk vier het betrekking op skuld. By die bespreking van die skuldbegrippe (122–126) plaas Snyman besondere klem op die “swakheid van die psigologiese skuldbegrip” (123). Sy slotsom is dat die normatiewe skuldbegrip te verkies is bo die psigologiese skuldbegrip (125). Snyman wys weer eens daarop dat die aanvaarding van een van voormelde skuldbegrippe nie (algemeen gesproke) in die praktyk tot botsende eindresultate aanleiding sal gee nie (123). Dit gaan primêr om die plek en teoretiese groepering van die belangrikste begrippe in verband met strafregtelike aanspreeklikheid.

Snyman (154–156) doen ’n kritiese evaluering van dronkenskap as volkome verweer na aanleiding van die belangwekkende appèlhofbeslissing in *S v Chretien* 1981 1 SA 1097 (A). Alhoewel die Suid-Afrikaanse strafreg ten opsigte van hierdie aspek nou ’n suiwer teoretiese en wetenskaplike eindontwikkeling bereik het, is die praktiese resultate ongewens. Snyman

stel die volgende oplossing voor (156-157):

“Na my mening behoort die wetgewer die bedenklige gaping in die bestrawing van beskonkenes wat (*sic*) nou ontstaan het, toe te maak deur ’n wetteregtelike misdaad te skep wat min of meer soos volg lui: ‘Iedereen wat homself opsetlik of nalatig deur die gebruik van alkoholiese drank of ander verdowningsmiddels in ’n ontoerekeningsvatbare toestand plaas, is aan ’n misdryf skuldig en strafbaar met . . . indien hy in hierdie toestand ’n strafbare handeling verrig waaraan hy skuldig sou gewees het indien hy nie aldus ontoerekeningsvatbaar was nie.’”

Die skrywer wys daarop dat sommige Vastelandse strafregwetgewing soortgelyke bepalings bevat (156). Hy gaan egter nie in op die vraag of sy voorgestelde ingryping deur die wetgewer nie maar net ’n tersluikse of bedekte statutêre herlewing van die *versari in re illicita*-reël sal meebring nie. Dit blyk wel die geval te wees. Hierteenoor moet egter toegegee word dat Snyman se voorstel gebaseer is op ’n nugtere (!) beskouing van die werklike probleem: die suiwer regs wetenskaplike benadering ten aansien van dronkenskap bevredig stellig nie die eise van die gemeenskap nie. Snyman stem nie saam met die hoofregter se standpunt (in *S v Chretien supra* 1105F-G) dat “die publieke beleid (die regs-oortuiging van die gemeenskap)” vereis dat voorkeur aan die suiwer regs wetenskaplike benadering gegee moet word nie (155). (Vgl ook Rabie 1981 *SASK* 114-115.)

’n Besondere brandpunt in die strafreg, naamlik “streng aanspreeklikheid,” word volledig bespreek (207-215) en is, soos die ander afdelings van die boek, deur navorsing goed onderleg.

Hoofstukke vyf (218-239) en ses (240-263) het onderskeidelik betrekking op “Deelneming en begunstiging” en “Poging, sameswering en uitlokking.” Die behandeling van die algemene beginsels word met laasgenoemde hoofstuk afgesluit.

Die belang van regsvergelyking — veral ten aansien van die algemene beginsels van die strafreg — is vandag ’n onomstootlike feit (vgl in hierdie verband Rabie 1970 *THRHR* 428 429 se bespreking van Burchell en Hunt se *South African Criminal Law and Procedure (formerly Gardiner and Lansdown) Vol I: General Principles of Criminal Law* (1970)). Die regsvergelykende metode wat Snyman (hoofsaaklik in deel een) volg, is voortreflik en verhoog die waarde van die boek aansienlik. Snyman se regsvergelykende benadering is nie oordonderend nie. Hy plaas deurgaans die klem op die Suid-Afrikaanse strafreg en gebruik Anglo-Amerikaanse en Vastelandse materiaal en verwysings om sinvolle vergelykings te tref, kritiese waardebepalings te doen en aanvaarbare oplossings aan te bied.

Deel twee word ingelei met ’n hoofstuk oor die “Indeling van misdade” (269-271). Snyman deel die afsonderlike misdade in aan die hand van die beskermde belang wat by die betrokke misdaad die sterkste op die voorgrond tree. Al die bekende gemeenregtelike misdade word bespreek. Hierbenewens word enkele ander belangrike wettregtelike misdade ook behandel. Snyman maak ’n vierledige indeling van die misdade wat hy bespreek: misdade teen die staat en administrasie, misdade teen die gemeenskap, misdade teen die persoon, en vermoënmisdade. Elke groep word weer onderverdeel (vgl die indelings in die inhoudsopgawe wat op viii tot x verskyn). Die skrywer se sistematiese indeling van die afsonderlike misdade sal vir die student van groot nut wees om ’n breë geheelbeeld van die terrein van die strafreg te verkry.

Die seleksie van en kritiek teen sommige omstrede wettregtelike misdade wat in deel twee saam met die gemeenregtelike misdade behandel word, mag (by die oningeligte) die indruk wek dat Snyman sy boek ook as ’n geleentheid gebruik om van ’n paar klippies in sy skoene ontslae te

raak (vgl die kritiese besprekings van misdade in verband met instromingsbeheer (325–328) en seksuele misdade tussen blankes en nie-blankes (349–351)). Dit is egter nie die geval nie. Voormelde misdrywe is in verskeie opsigte van wesenlike belang in 'n werk oor die Suid-Afrikaanse strafreg. Dit gaan hier om die wese en funksie van die strafreg. Snyman maak byvoorbeeld die volgende opmerkings ten aansien van instromingsbeheer (326, my beklemtoning):

“Die onderwerp en probleem waaroor dit hier gaan, is van 'n maatskaplik-politiese aard. Die strafreg word slegs hierby betrek omdat dit die instrument is waarmee hierdie wette afgedwing word. *Die oplossing vir die probleem lê nie in die strafreg nie, maar in maatskaplik-politiese hervorming.*”

Die bestaansreg van artikel 16 van die Ontugwet 23 van 1957 word ook krities betrag (349–350). Snyman stel basies twee vrae: Kan “seks oor die kleurskeidslyn” effektief bekamp word deur 'n strafverbod en, verder, het die blankes van Suid-Afrika die “kunsmatige beskerming” van artikel 16 nodig om voort te bestaan?

By die bespreking van die afsonderlike misdade plaas Snyman telkens die klem op daardie aspekte ten opsigte waarvan daar verskillende beskouings of botsende uitsprake bestaan (vgl die bespreking van die “kousale verband tussen geweld en verkryging” (die probleem van die handsakgryper) by die midsaad roof (459–460) en die

bespreking van die vraag of die voordeel by afpersing vermoënsregtelik moet wees of nie (501–502)).

Die boek is stewig gebind, tipografies goed versorg en van 'n betreklik volledige register van begrippe voorsien (548–560). Hierbenewens bevat die boek ook 'n kort register van die belangrikste wetgewing wat in die teks verskyn (547). Die bibliografie is omvattend (503–508).

Die alfabetiese lys van gewysdes is indrukwekkend en strek oor 37 bladsye (509–546). Hierdie lys sou selfs langer gewees het indien *S v Khubeka* (wat op 143 vermeld word) ook in die lys opgeneem sou gewees het. In 'n werk van hierdie omvang is 'n fout van hierdie aard 'n blote nietigheid. Ek meld dit bloot omdat ek weinig ander tegniese foute kon vind (vgl egter ook “on” i p v “ons” (13) en “bestrawwing” i p v “bestrawwing” (422)).

Snyman verwys na die heilsame invloed wat De Wet en Swanepoel se *Strafreg* sedert 1949 op die wetenskaplike ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse strafreg uitgeoefen het (13). Snyman se werk behoort ingelyks verdere ontwikkeling te stimuleer. Sy wetenskaplike ontleding is uitmuntend.

Strafreg is 'n puik stuk werk en word sonder die minste huiwering aanbeveel.

STEPH E VAN DER MERWE

Universiteit van Zoeloeland

LC STEYN DIE UITLEG VAN WETTE

5e uitg deur SIE VAN TONDER, NP BADENHORST,

CH VOLSCHENK en JN WEPENER,

*Juta & Kie, Kaapstad 1981; xxviii en 361 bl; prys R37,50 plus AVB (hardeband)
R28,50 plus AVB (sagteband)*

Die Uitleg van Wette is 'n merkwaaardige boek. Daar is min — dalk geen — ander Afrikaanse regswerke wat in die veertigerjare, 1946 om

presies te wees, verskyn het en vir alle praktiese doeleindes onveranderd maar tog in pas gebly het. SIE van Tonder en sy span helpers kan gerus

'n slag gelukgewens word, veral in hierdie regstydskrif waarin vorige uitgawes van *Uitleg* nie altyd met ewe groot geesdrif ontvang is nie.

Na byna veertig jaar van 'n bepaalde styl en vorm, en vier uitgawes, sit die bewerker van 'n boek natuurlik met sekere hoofbrekens. Een daarvan is die vraag of die geroep om byderwetsheid nie so sterk geword het dat 'n hele herskryf nodig is nie. Mnr Van Tonder *et al* het besluit om Steyn sover moontlik nog Steyn te laat bly, en wat by te voeg en te beantwoord is, in 'n lang voorwoord en in voetnote te doen. Dit ondervang uit die aard van die saak nie die kritiek wat in vorige resensies gelewer is nie. Dit bewaar egter wel die grondtrekke van 'n werk wat alle kritiek ten spyte die standaardwerk oor die uitleg van wette in Suid-Afrika geword het. En tensy dit wat jy by te voeg het diestandaard van die standaardwerk ongetwyfeld gaan verhoog, peuter 'n mens liefs nie met wat bewese is nie.

Hiermee word maar net gesê dat die vyfde uitgawe van *Uitleg* baie welkom is. Na vorm het dit nogal verander. 'n Welkome verbetering is die nuwe tipografie: veral die opskrifte wat in vorige uitgawes soms in die teks verdwyn het, staan beter uit. Nog 'n welkome nuwigheid is die kort inhoudsopgawe wat soms aan die begin van langerige onderafdelings aange-tref word. (Sien bv 136 en 232 en ook die uitgebreide en volledige inhoudsopgawe aan die begin van die werk.) Verder moet die skrywers en die uitgewer ook gekomplimenteer word met die professionele afronding van die werk. Drukfoute kom prakties nie voor nie. 'n Klein eienaardigheid wat wel aangetref word verskyn in die *Inleiding* (xxviii). In die laaste paragraaf van die teks word beweer dat ons howe, en selfs die appèlhof, ná 1961 steeds uitlegreëls uit die Romeins-Hollandse reg toepas. In voetnoot 14

wat op alle aanduidings af die gesag vir die stelling moet bevat, dateer meer as die helfte van die gegewe sake egter uit die tyd vóór 1961.

Terwyl daar oor die Romeins-Hollandse reg gepraat word, moet die kwessie miskien maar aan die orde gestel word. Hoofregter Steyn het bekendheid verwerf vir sy onverdrote ywer om die Romeins-Hollandse reg as ons gemenerereg in ere herstel en bewaar te kry. *Uitleg* adem hierdie ingesteldheid ook sterk. Ons moet hom daarvoor eer. Tog ontkom die staatsreggeleerde nie 'n ligte ongemaklikheid nie wanneer hy in 'n Suid-Afrikaanse werk oor die uitleg van *wette* iets bespeur wat na beheptheid met die Romeins-Hollandse reg begin lyk. Die hele inleiding word daaraan gewy om aan te toon dat die eintlike reëls van wetsuitleg in die Romeins-Hollandse reg gesoek moet word, behalwe vir sover reëls van die Engelse reg dan nou noodwendig om die een of ander dringende rede wel toegepas moet word. In hoofstuk I, in die heel eerste paragraaf, word die volgende stelling dan aangetref:

“Die reëls wat van toepassing is by die uitleg van ons wette behoort, soos in die Inleiding aangetoon, in ons gemene reg gesoek te word. Ons gemene reg oor hierdie onderwerp is egter minder goed bekend. Dit sou dus wel van nut kan wees om ons bronne meer breedvoerig na te gaan en die reëls wat ons vind te vergelyk met dié wat in ons regspraktyk in swang is.”

Dit lyk asof met *gemenerereg* die Romeins-Hollandse reg bedoel word. Sover dit ons *publiekreg* betref, is dié standpunt kwalik te regverdig. Selfs in die tweede uitgawe van VerLoren van Themaat se *Staatsreg*, waarin 'n ordentlike lansie gebreek word vir die Romeins-Hollandse aspekte van ons staatsreg, kom die skrywer (62) tot die gevolgtrekking dat ons staatsreg in die eerste plek op die Engelse staatsreg berus. In die derde uitgawe van die werk wat ongelukkig nie deur die bewerkers van *Uitleg* onder oë gekry is

nie, stel Wiechers dit nog meer uitdruklik (68):

“In die geheel moet opgemerk word dat gemeenregtelik ons huidige staatsreg van Engelse oorsprong is.

In sy *Administratiefreg* 34 e v toon Wiechers verder aan dat wanneer dit oor die administratiefreg gaan, ons ook ’n goeie klap van die Engelse reg weg het.

Wat wou hierdie betoog? Net dit, dat wanneer daar by die uitleg van *wette* oor die gemenerereg gepraat word, die Engelse reg ’n natuurlike plek daarin het. Dit beteken dat albei stelsels regmatige bronne van ons uitlegreg is. Soos daar in die Inleiding van *Uitleg* geskryf word (xxvi):

“Dit dien ook opgemerk te word dat die verskille tussen die reëls van die Engelse en die Romeins-Hollandse reg nie so groot was en is as wat miskien veronderstel word nie. Verreweg die meeste grondreëls van die een stelsel is ook by die ander te vind.”

Die reëls van *wetsuitleg* is nie maar net uitlegreëls nie, en wette is nie kontrakte of testamente nie. Ofskoon daar uit die aard van die saak oorvleueling voorkom tussen reëls van wetsuitleg en uitlegreëls vir ander dokumente, mag dit vandag en veral vandag in die twintigste eeu met sy magtige staatsmasjinerie nie uit die oog verloor word nie dat die verhouding tussen die wetgewer en die “onderdaan” of indiwidu nie maar net ’n kontraktuele verhouding is waarin die vrye wil van die partye die deurslag kan gee nie, of ’n testamentêre verhouding waarin die testateur na willekeur oor sy goed kan beskik nie. Dit is ’n gesagsverhouding wat nogal ernstige gevolge vir die indiwidu kan inhou sonder dat hy regstreeks beheer daaroor kan uitoefen. Om dan te beweer dat in die geval van “werklik onverstandige, oorhaastige of té oorvloedige wetgewing” dit in ons bestel “’n onloënbare feit (bly) dat die remedie nie in die hande van die howe lê nie, maar in dié van die wetgewer, en op stuk van sake, soos reeds eeue

gelede al in hierdie verband gesê is, in die hande van diegene wat die lede van die betrokke wetgewende liggaam aanwys of verkies” (*Uitleg* xviii) is ’n te eenvoudige argument om die kompleksiteit van die Suid-Afrikaanse wetgewingstoneel te ontglim. Om mee te begin ly ons hoogste wetgewer aan chroniese haas, te oordeel aan die tempo waarteen meer as honderd wette reëlmatig deur elke sessie van die parlement gejaag word; en dan moet bygevoeg word dat ’n wesenlike persentasie van hierdie wette wysigingswette en selfs tweede of derde-wysigingswette op hoofwette van resente oorsprong is. Voorts lê dit buite die hande van heelwat Suid-Afrikaners om langs demokratiese weg remedies aan te wend: die konstitusionele raamwerk waarbinne ons werk is deur blankes daargestel, maar bind meer as net blankes; die veiligheidswetgewing, sensuurwette, wette op “samenwerking en ontwikkeling,” Groepsgebiedewet, Bevolkingsregistrasiewet ensovoorts is almal “blanke” wette met ingrypende gevolge vir nie-blankes. Dit is na my mening oorwegings wat vandag nie meer deur juriste of howe oor die hoof gesien kan word nie.

Oor die bekende inhoud van *Uitleg* hoef hier nie meer gesê te word nie. Dit bly steeds die beste beskikbare en volledigste uiteensetting van ons positiese reg. ’n Metode waarvan die bewerkers van hierdie uitgawe hulle bedien, en wat net-net nog as funksioneel beskou kan word, is om byvoegings of kommentaar nie in die teks te plaas nie, maar in soms baie uitgebreide voetnote (sien 4 vn 14, 13 vn 51, 92 vn 74 en *passim*). Tans hinder dit nog nie, maar ’n mens wonder of dit nie tog by ’n volgende uitgawe raadzaam sou wees om die teks op dié plekke oor te skryf of aan te vul nie. Dit klink miskien indrukwekkend om te sê die cintlike werk lê in die voetnote, maar dit bly geriefliker as dit in die teks te lese is (Sien by die “slot aantekening” 281–283 en die gedeelte oor “Ander wetgewende liggame” 292 e v.)

Die verskuiwing van die vonnisregister na agter is 'n verbetering, terwyl die weglating van die Interpretasiewet begryplik is. Die bibliografie is 'n aanwys, soos ook die verbeterde alfabetiese register.

'n Gepaste slotwoord sou miskien die volgende wees: *Uitleg van Wette* het

na vyf uitgawes 'n piek bereik waarmee die bewerkers tevrede kan voel. Die versorger van die sesde uitgawe sal in die lig van ontwikkeling in teorie en praktyk egter ernstige aandag aan die totale herskryf van die boek moet gee.

DAWID VAN WYK
Universiteit van Suid-Afrika

MENTAL HEALTH LAW IN SOUTH AFRICA

by A KRUGER

Butterworths, Durban 1980; pp xi and 264; price R32,95 plus GST

It is almost needless to say that as far as South African law is concerned, an authoritative work on the legal status and rights of the mentally ill (and matters incidental thereto) has long been overdue. This *lacuna* has now been filled by this book. For the first time in the history of South African law the legal student, legal practitioner, members of the medical profession and mental health-care personnel will be able to find in one book an exposition of the legal rules pertaining to the mentally ill.

In the first chapter (under the title "FROM DETENTION TO TREATMENT") an in-depth investigation is made of the legal position and rights of the mentally ill in our common law. The earlier legislation, i.e. the legislation prior to the existing Mental Health Act 18 of 1973, is also fully canvassed. In a most stimulating fashion the author traces the development, over the years, of societal attitude towards the mentally ill: from the original attitude of merely detaining the "patient" to the modern emphasis on treatment. It may perhaps be mentioned that McGarry and Kaplan (1973 *American Journal of Psychiatry* 622) in a similar way divide this development into three "romances," namely the "romance with the criminal law," the "romance with

psychiatry" and the "romance with the community." That this development in societal attitude has had very much to do with the development, over the years, in psychiatric knowledge about mental illness (and especially the modern notion of reducing mental illness to an organic basis) goes without saying.

The author's discussion (in chapters 2 and 3) of the civil commitment of the mentally ill patient is today of growing importance: it is common knowledge and a well-known phenomenon that the modern technological age is increasingly subjecting mankind to psychological pressures and stresses. This necessitates, in suitable cases, the institutionalisation of persons who are "opting out." It is the duty of the law, however, to guard against a possible "railroading" to institutions of persons who do not qualify for or do not need hospitalisation, or for whom other venues of assistance might be available. This the law can do by providing e.g. suitable procedural safeguards for the patient, *inter alia* by allowing the patient the right to legal representation in the commitment hearing. In this respect the American law can rightly today be regarded as the leader in the field. Although the author is referring the reader (39-40) to American law, one would

have expected a more detailed exposition by the author of the relevant legal enactments in the USA — at least as far as the patient's procedural rights are concerned.

The rights of the *institutionalised* patient, on the other hand, are neatly set out. Many of these rights have not yet been decided upon by our courts and it will be interesting to see what the attitude of our courts will be on the question whether the patient has, or should have, a right to treatment as a *quid pro quo* for his enforced deprivation of liberty. Similarly, the possible delictual liability of the treating psychiatrist for the unauthorised or negligent psychiatric treatment of the patient, his liability for the premature discharge of the patient and the possible legal duty of the psychiatrist or hospital authorities to prevent the potentially suicidal patient from committing suicide (matters which are dealt with 123-127) are questions which are not often decided upon by our courts. In fact, these are questions which are relatively unknown to our case law. As far as the last-mentioned legal duty is concerned, one can agree with the author's statement (126) that "[t]he hospital and treating psychiatrist owe a duty of care to the suicidal patient, and should there be a failure of such duty liability in damages for the death of such patient will follow upon the negligence of the hospital or psychiatrist." To substantiate this statement the author refers only to the American case of *Tarasoff v Regents of University of California* 45 USLW 2046 (Cal Sup Ct; July 1 1976). However valuable this reference may be, one would have expected a further reference — at least as far as South African law is concerned — to the decision of our appellate division in *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A), especially in view of the last mentioned court's ruling (597A-B) that

"[d]it skyn of dié stadium van ontwikkeling bereik is waarin 'n late as onregmatig beskou word ook wanneer die omstandighede van die geval van so 'n aard is dat die late nie alleen morele verontwaardiging ontlok nie, maar ook dat die regsdoortuiging van die gemeenskap verlang dat die late as onregmatig beskou behoort te word en dat die gelede skade vergoed behoort te word deur die persoon wat nagelaat het om daadwerklik op te tree" and that "[n]et so goed as wat 'n reddingsplig in sekere omstandighede 'n regsplig mag wees, sou 'n beskermingsplig 'n regsplig kan wees."

The author's discussion of the influence of mental illness in criminal law is well substantiated. Of particular importance to the prosecutor, defending advocate and judge will be the enumeration of quite a number of grounds for non-responsibility (181-213). A handy reference to all the relevant criminal case law can be found here.

In chapter 4 the development of the law relating to mentally ill persons (i.e. their placement under curatorship) and their estates is discussed. Chapter 5 will be of great benefit to the psychiatrist. It contains a discussion of the following aspects: what the psychiatrist needs to know about the law, the psychiatrist as a witness in court, the relationship between the psychiatrist and the patient etc. Finally, the capacity and disabilities of mentally ill persons in civil law are dealt with in chapter 6.

To summarise: This book, being the first of its kind, is not only a most welcome contribution to South African legal literature but will further contribute to a greater compassion in our society for the mentally ill.

JL SNYMAN

University of the Orange Free State



Grondslae van verteenwoordiging in die staatsreg*

DA Basson

BA LLD

Senior Lektor in die Privaatreg aan die Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

According to constitutional theory representation bears a legal value, viz that government authority in a state which is based on the rule of law in the material sense, is not exercised arbitrarily, but for the benefit of the state's subjects. The legal value of representation lies, accordingly, in the embodiment of the ideal of a representative system of government and has been responsible for the conversion of the medieval system of arbitrary exercise of power to this ideal in the positive constitutional law of the major Western countries.

In the constitutional reality of a state adhering to the rule of law in the formal sense, representation stands as a juristic figure in the process whereby a representative system of government is created. The main part of the representation process, which contains elements of investiture and legitimisation, is the election process whereby subjects acquire a say in government, as regards both constitution and policy. In this process party government plays a decisive role at election time when the voters must make a rational choice from among the candidates and policies of the various parties. The representatives elected to the national legislative assembly in this way possess, in law, a free mandate in the exercise of government authority, while they may be regarded in fact as representing party policy.

The system of representation itself is based on the legal value of representation which postulates certain requirements for the way in which elections must take place. Elections must take place in a general, periodic, free and orderly manner in an electoral system containing elements of both the constituency system and the proportional system. Pressure group activity is only a supplementary process whereby a representative system of government is created and should not endanger the position of the electoral process as the most important part of the representation process.

1 DIE ONTWIKKELING VAN VERTEENWOORDIGING IN DIE STAATSREG

1 1 Inleiding

In die staatsreg het die moderne beginsel van verteenwoordiging 'n historiese ontwikkelingsproses deurloop. Ten einde dié beginsel na behore

* Hierdie artikel is grotendeels gebaseer op die navorsingsresultate van die skrywer se ongepubliseerde doktorsale verhandeling *Verteenwoordiging in die Staatsreg* (UNISA 1981).

te kan verstaan, is 'n historiese ondersoek na die ontwikkelingsgang van die verteenwoordigingsverskynsel gevolglik van deurslaggewende belang.

1 2 Ontwikkeling in Romeinse staatsreg

Die periode van belang by die ondersoek na verteenwoordiging in die Romeinse staatsreg is die republikeinse periode omdat die volksvergaderings in hierdie tydperk tot hulle reg gekom het.¹ Die *comitia centuriata* van die republikeinse periode het bestaan uit alle Romeinse burgers wat deel was van die gewapende magte en aangesien plebejers ook militêre diens verrig het, het hulle nou ook stemreg in die vergadering verkry. Ter aanvang is die gewig wat aan die stemreg gekoppel was hoofsaaklik bepaal deur rykdom. Vir administratiewe doeleindes was die Romeinse staat in die republikeinse periode verdeel in stamme. Die verdeling van die *populus* in honderdtalle was weer bepaal deur die stamverdeling. Staveley² verklaar hieroor: "The *centuriate* organization was adapted to form the basis of an assembly representative of the entire *populus*." Die volksvergadering word gevolglik deur Staveley beskou as verteenwoordigend van die volk as geheel.

Die drie volksvergaderings van die Romeinse republiek, naamlik die *comitia centuriata*, *comitia tributa* en die *concilium plebis* het verkiesings gevoer en wetgewende en regterlike funksies uitgeoefen. Eersgenoemde twee vergaderings was patrisiër-plebejer vergaderings van die *populus* as geheel. In eersgenoemde vergadering was die stemeenheid die honderdtal en in laasgenoemde was die stemeenheid die stam. Die *concilium plebis* was in beginsel 'n vergadering van die plebejers alleen en die stemeenheid daarin was ook die stam. Die *comitia centuriata* was die vergadering van die *populus* wat verantwoordelik was vir die verkiesing van Rome se hoofmagistrate. Die plebejese magistrate is weer verkies deur die *concilium plebis*. Na die aanname van die *lex Hortensia* van 287 v C het die *concilium plebis* presies gelyke wetgewende magte met dié van die ander vergaderings verkry.³

Wanneer die verskynsel van verteenwoordiging by die volksvergaderings van die Romeinse republiek ondersoek word, kan in die eerste plek daarop gewys word dat hierdie vergaderings primêre vergaderings was en nie verteenwoordigende vergaderings nie.⁴ Die vergaderings het naamlik bestaan uit die hele massa van gekwalifiseerde burgers en in die geval van die *concilium plebis* uit alle gekwalifiseerde plebejese burgers en nié uit 'n klein getal verteenwoordigers wat verkies was om *namens* die geheel op te tree nie. In die tweede plek moet daarop gelet word dat die enigste funksie van so 'n vergadering was om te stem oor die voorstelle wat voor die vergadering gelê was vir goedkeuring en enige vorm van bespreking was uitgesluit. Dit beteken egter nie dat daar geen publieke bespreking van die sake waarmee hierdie vergaderings belas was, plaasgevind het nie. Die rede

¹ Wylie *Roman Constitutional History* (1948) 8 e.v. Die periode van die vroeë en middel-Republiek is 509-200 v C. Die republikeinse periode loop in 27 v C ten einde wanneer keiser Augustus die absolute monargie inlei.

² "The Constitution of the Roman Republic" 1940-1945 *Historia* 76.

³ Staveley *op cit* 84.

⁴ Wylie *op cit* 54.

hiervoor is dat publieke kennisgewing plaasgevind het drie weke voordat so 'n vergadering saamgeroep is en hierdie tussenperiode het 'n gulde geleentheid vir openbare gesprek geskep. Indien 'n vergadering saamgeroep was vir wetgewende doeleindes was die volle teks van die voorgestelde maatreëls gepromulgeer voor publikasie van die kennisgewing wat die vergadering byeenroep. Dertens is van belang die feit wat reeds hierbo beklemtoon is, naamlik dat hierdie vergaderings gesien kon word as verteenwoordigend van die volk as geheel⁵ en nie as verteenwoordigend van besondere belangegroepes in die volk nie. Daar moet verder ook daarop gelet word dat elke vergadering bestaan het uit stemgroepe (byvoorbeeld *centuriae* of *tribus*) en dat 'n voorstel aanvaar is indien die meerderheid daarvoor gestem het. Dit was egter nie die meerderheid van die vergadering as geheel nie maar van die groepe. Die stem van elke groep is bepaal deur 'n meerderheid van daardie groep se lede.

Dit blyk gevolglik duidelik uit hierdie kort samevatting van die posisie in die Romeinse staatsreg dat die beginsel van verteenwoordiging waar verteenwoordigers namens hul gemeenskappe optree in belang van die volk as geheel, dit wil sê die nasionale belang, glad nie bekend was nie.⁶

In die Romeinse *provinsiale raad* was daar egter wel afgevaardigdes van die *civitas* wat die provinsie as geheel verteenwoordig het. Die raad het wel 'n beperkte reg gehad om belastings op te lê en kon gedinge teen die plaaslike hoof van die administrasie aangaan,⁷ maar het geen algemene wetgewende bevoegdheid gehad nie. Die enigste werklike belang van hierdie raad was die invloed daarvan op die ontwikkeling van die vroeë rade van die kerk. Soos later in besonderhede aangedui sal word, was die invloed van die Romeinse *privaatreg* op die prosedure van kerklike vergaderings en op die kerklike of kanonieke reg grootliks daarvoor verantwoordelik dat die beginsel van verteenwoordiging by hierdie vergaderings ontstaan het.⁸

Nog 'n belangrike skrywer oor verteenwoordiging in Griekse en Romeinse tye, Larsen,⁹ kom tot die gevolgtrekking dat nóg die Griekse demokrasie wat die kollektiewe oordeel van die massa verkies het bo die oordeel van deskundige verteenwoordigers, nóg die Romeinse staatsinstellings die verskynsel van verteenwoordiging geken het. Hy wys egter daarop dat die oligargiese regering in Griekeland meer geneë was om owerheidsfunksies aan verteenwoordigers te deleger. Hy toon met ander woorde aan (soos ook Clarke hierbo) dat die provinsiale regerings (veral in die provinsies wat die vroeëre Griekeland was) wel die verskynsel van verteenwoordiging geken

⁵ Hierdie begrip kom ooreen met die begrip van die "community of the realm" van die Engelse staatsreg wat hieronder in besonderhede bespreek sal word.

⁶ Clarke *Medieval Representation and Consent* (1964) 280 onderskryf hierdie standpunt: "The great territorial expansion of Rome did not make representation (in the political sense of the term) an element of the Roman Constitution. There was no such pressure on the Roman governing class as to induce it to replace the popular assemblies and the Senate of the old Roman city-state by a body or bodies of elected representatives from different parts of Roman territory."

⁷ Clarke *op cit* 282.

⁸ Sien hieroor o a *Post Studies in Medieval Legal Thought* (1964) 91 e v.

⁹ *Representative Government in Greek and Roman History* (1955) 1 e v.

het. Hieroor merk Larsen¹⁰ egter op: "The unsatisfactory character of the provincial assemblies of the late Empire and their ultimate disappearance were the last stages of failure of representative government in antiquity."

Verteenwoordiging was nie deel van die staatsregtelike erfenis van die Romeinse ryk nie. Die Romeinse staatsreg is gevolglik nie vir die ondersoek na die historiese ontwikkeling van verteenwoordiging van veel belang nie. Soos hieronder sal blyk, het die Romeinse staatsreg na die vierde eeu van ons jaartelling sy invloed in Engeland verloor.¹¹

1 3 Ontwikkeling in Engelse staatsreg

1 3 1 Teoretiese ontleding

By die historiese ondersoek na die beginsel van verteenwoordiging in die staatsreg kan die Engelse staatsregtelike ontwikkeling van verteenwoordiging gevolglik as vertrekpunt geneem word en dan veral vanaf die Anglo-Saksiese periode van Engelse konstitusionele gekiedenis wat begin het in ongeveer die vierde eeu en ten einde geloop het met die Normandiese Inval in 1066.¹² Die Normandiese baronne het die feodale stelsel in Engeland ingevoer en dit aangepas by hulle behoeftes.¹³ Die feodale stelsel het daaruit bestaan dat die koning met die hoogste leenhere in direkte verhouding getree het. Hierdie leenhere het weer in verhouding met hulle leenmanne getree en die leenmanne op hulle beurt weer in direkte verhouding met hul vasalle. In die sogenaamde feodale piramide het die leenhere hul leenmanne *teenoor* die koning verteenwoordig. Op hierdie verskynsel sal hieronder teruggekom word, aangesien dit van belang is by die teorie van verteenwoordiging. Daar het egter mettertyd 'n aanslag op feodale gebruik ontstaan. Die koning wou sy magsposisie teenoor die baronne versterk en 'n beweging om die mag in die hande van die koning te sentraliseer, het gevolglik ontstaan. Die *Magna Carta* van 1215 was 'n poging deur die feodale baronne om die monargie binne sy feodale beperkinge te hou.¹⁴ Die baronne

¹⁰ *op cit* 161.

¹¹ Sien hieroor o a Lovell *English Constitutional and Legal History* (1962) 3 e v. Die invloed van die Romeinse staatsreg in Engeland word soos volg deur Lovell saamgevat: "The three hundred and fifty years of Roman occupation failed to introduce into England any forms of government or law strong enough to withstand the impact of the Anglo-Saxons in the fourth and fifth centuries."

¹² Bronne waarin die periode van ontwikkeling vanaf die Normandiese tyd tot die tyd van Lancaster en York se konings bespreek word, is Pollock en Maitland *The History of English Law* (1968) en Lyon *Constitutional and Legal History of Medieval England* (1960). Oor die ontwikkeling tot en met die *Magna Carta* in 1215 sien Richardson en Sayles *The Governance of Mediaeval England* (1964).

¹³ Joliffe *The Constitutional History of Medieval England* (1961) 174 e v.

¹⁴ Plucknett *Taswell-Longmead's English Constitutional History* (1960) 65 en Joliffe *op cit* 304. Thompson *Magna Carta* wys op die invloed wat hierdie feodale dokument gehad het as 'n "liberty document" wat die regte en vryhede van onderdane gewaarborg het. Cam "Mediaeval Representation in Theory and Practice" 1954 *Speculum* (voortaan na verwys as Cam (1)) 48 verklaar: "The lawyers who helped the barons to draft Magna Carta — the manifesto of revolt which became the first statute on the statute books — were preparing the way for those members of fourteenth century parliaments whose petitions were transformed into statutes . . ."

het egter misluk in hul poging om die feodale balans te herstel en 'n sterk monargie het tot stand gekom. Die koning het in hierdie tydperk ook die ridders in die graafskappe ("shires") gedagvaar om 'n nasionale vergadering by te woon. Die redes hiervoor was die finansiële behoeftes van die koning, veral om oorlog te kon voer, sowel as die stryd tussen die koning en die baronne waar die koning die direkte steun van die laer klasse in die feodale piramide wou verkry.¹⁵

Die parlement het sy ontstaan te danke aan die magtige monargie wat in die Middeleeuse Engeland tot stand gekom het.¹⁶ Die historiese ontwikkeling van die Britse parlementêre stelsel moet kortliks geskets word voordat teoretiese regverdiging vir die ontwikkeling van die beginsel van verteenwoordiging gesoek kan word.

Die politieke magsposisie waarin die Engelse koning verkeer het, het hom in staat gestel om die feodale stelsel omver te werp en om in stryd met die feodale gebruik die regeringsgesag in sy hande te *sentraliseer*. Die koning het hom tot die laer klasse van die feodale piramide gewend vir steun in hierdie proses van sentralisasie van regeringsgesag. Die steun van die laer klasse was veral nodig as gevolg van die finansiële behoeftes wat die koning ondervind het. Hieruit ontwikkel die praktyk waar die koning, wanneer hy belastings wou oplê, vereis het dat die gemeenskappe — eers die "shires" en later ook die "boroughs" — verteenwoordigers stuur na die nasionale vergadering om toestemming tot hierdie belastings *namens* die gemeenskappe te verleen. Die verteenwoordigers by die nasionale vergadering het geleidelik tot die besef gekom dat hul die kontrole oor die regeringsgesag kon bekom deur op groter konstitusionele regte aanspraak te maak.¹⁷ Op hierdie wyse is die regeringstelsel van 'n absolute monargie, waar die koning regeringsgesag op arbitrêre wyse uitgeoefen het, omvergewerp en in die plek daarvan het die nasionale vergadering (*Commons*) gekom wat die regeringsgesag op so 'n wyse uitoefen dat gesê kan word dat die moderne parlementêre regeringstelsel in Brittanje 'n "verteenwoordigende regering" daarstel.

Dit is gevolglik duidelik dat die verskynsel van verteenwoordiging *tesame met* die opkoms van die Britse parlementêre stelsel ontstaan het. Dit is ook duidelik dat die verskynsel van verteenwoordiging sy oorsprong gehad het in die koning se behoefte aan belastings wat in die praktyk bestaan het en waarvoor die *toestemming* van die gemeenskappe nodig was. Die historiese ontwikkeling van die Britse parlementêre instellings gee op sigself nog nie 'n verklaring van die aard en wese van verteenwoordiging nie.

Aandrang op toestemming vir belastings en die manier waarop so 'n toestemming verleen word, dit wil sê of die koning *regtens* kon vereis dat die gemeenskappe toestemming verleen en of die gemeenskappe, aan die ander kant, *regtens* kon vereis dat geen belasting sonder hul toestemming

¹⁵ Lovell *op cit* 62.

¹⁶ Keith *Constitutional Law* 42 e v.

¹⁷ Sien hieroor Plucknett *op cit* 326 e v asook 418 e v.

opgelê mag word nie, is aspekte wat in die moderne verteenwoordigings-verskynsel opgesluit lê en ondersoek moet word. Verdere aspekte wat nader ondersoek moet word, is die wyse waarop die bogenoemde beginsel van toestemming tot belastings gelei het tot die aanvaarding van die beginsel van verteenwoordiging, naamlik waar verteenwoordigers verkies is om *namens* die gemeenskappe toestemming tot belastings te gee. Daar moet ook gelet word op die wyse waarop hierdie beginsel van verteenwoordiging weer op sy beurt gelei het tot die aanvaarding van die beginsel in die Engelse staatsreg dat die verteenwoordigers by die *Commons* die hele Britse staat, die "community of the realm," verteenwoordig.

In die eerste plek kan by hierdie ondersoek in meer besonderhede gelet word op die feit dat die koning sy baronne en ridders deur middel van bevelskrifte of "writs" byeengeroep het. Dit is van waarde om veral te let op die aard van die toestemming wat in die koninklike bevelskrifte vereis is. Die bevelskrifte van die koning het naamlik vereis dat die verteenwoordigers die *plena potestas* moes hê.¹⁸ Die toestemming of *plena potestas* wat vereis is, het feodale sowel as Romeins-Kanonieke elemente bevat.¹⁹ 'n Skrywer soos Post²⁰ lewer 'n belangrike bydrae met sy ondersoek na die aard van die *plena potestas* wat in die koninklike "writs" vereis is en hy beklemtoon die herlewing van die Romeinse en Kanonieke reg wat die volgende in hierdie verband voorsien het: "... almost indispensable procedure of corporate representation by agents... who were given full powers."

Die betekenis van die *plena potestas* in die Romeins-Kanonieke hofprosedure kan soos volg weergegee word: "It signified the litigant's full acceptance of, or consent to, the court's decision of the case."²¹ Hierdie feit is van besondere belang, angesien dit daarop neerkom dat toestemming vooruit gegee is tot die beslissing van die hof. Dit is duidelik wat die betekenis van die begrip *plena potestas* was, soos wat dit toepassing gevind het by hierdie hofprosedures en kerklike vergaderings.

¹⁸ Post *loc cit.* Post ondersoek die aard van die toestemming wat in die koninklike "writs" vereis is onder die opskrif: "Plena Potestas and Consent." Cam (1) 350 wys ook daarop dat Edward I aangedring het daarop dat die verteenwoordigers *plena potestas* moes hê. Sien ook Hoyt "Recent Publications in the United States and Canada on History" 1954 *Speculum* 362 en 368 (vervolgens aangehaal as Hoyt (1)). Hoyt wys daarop dat die betekenis van middeleuse verteenwoordiging nie na behore verstaan sal kan word indien nie ook op die teorie van "procurator and consent," soos wat dit gevind word in die Middeleuse reg, ingegaan word nie. McKisak *Parliamentary Representation of the English Burroughs during the Middle Ages* (1962) 19 e v ondersoek ook hierdie bevelskrifte of "writs" en verklaar (23): "By 1307 precedents had been formed which were to determine the composition and method of summons, though not the functions of all subsequent parliaments." McKisak wys daarop dat verteenwoordigers reeds in hierdie tydperk so dikwels gedagvaar is dat hul teenwoordigheid onontbeerlik geword het.

¹⁹ Hoyt (1) 360.

²⁰ *op cit* 91 e v.

²¹ Post *op cit* 110. Hy verklaar verder: "Judicial, procedural consent, that is consent to the decision of the court, was obviously not voluntary — it was no limitation on the *imperium* of the king and his judges."

Het *plena potestas* egter dieselfde soort *toestemming* beteken by die latere koninklike vergaderings? 'n Gedetailleerde ondersoek na die "royal prerogative in the face of individual and community rights" lei tot die gevolgtrekking dat die groeiende *koninklike mag* tot die verdere aanvaarding van Romeins-Kanonieke idees bygedra het en dat dit tot 'n werklike toepassing van die verteenwoordigingsbeginsel van *plena potestas* gelei het soos dit in die Romeins-Kanonieke reg toepassing gevind het.²² Die Romeinse reg dien as teoretiese regverdiging vir die feit dat die koning die *reg* gehad het om te vereis dat die onderdane toestemming tot belastings verleen. Die onderdane se toestemming moes naamlik op grond van die Romeinsregtelike beginsel uit die privaatreë, *quod omnes tangit ab omnibus approbetur*, gegee word indien daar 'n noodtoestand bestaan het wat die belange van *almal* geraak het.²³ In so 'n geval kon die koning die onderdane verplig om met die *plena potestas* aanwesig te wees om die nodige toestemming tot belastings te kon gee. Selfs indien 'n mens nie sonder meer aanvaar dat die Romeinse reg wel as teoretiese regverdiging vir hierdie toedrag van sake dien nie,²⁴ steun die *praktyk* in die Middeleeuse Engeland die afleiding, omdat die koning wel deeglik oor die politieke mag beskik het om te kon vereis dat verteenwoordigers met volmag moes verskyn om toestemming te verleen tot belastings.

Die beginsel dat die koning *regtens* kon vereis dat die gemeenskappe verteenwoordigers met volmag (*plena potestas*) na sy vergaderings moes stuur, blyk gevolglik baie duidelik uit 'n ondersoek na die politieke toestande in die Middeleeuse Engeland sowel as uit die ondersoek na die koninklike bevelskrifte. 'n Ander beginsel wat by 'n ondersoek van verteenwoordiging van die uiterste belang is, is egter die beginsel dat belastings *regtens* nie opgelê kon word sonder die *toestemming* van die gemeenskappe nie. Hierdie beginsel van toestemming kan ook die "doctrine of consent"²⁵ genoem word.

Die Romeinse reg het nooit die beginsel van toestemming tot belastings geken nie.²⁶ 'n Ondersoek na die belastingsstelsel van die Middeleeuse Engeland bring aan die lig dat die baronne in die vroegste tye 'n "gracious aid" *vrywilliglik* aan die koning verskuldig was. Hierdie toedrag van sake het later daartoe gelei dat belastings nie sonder die toestemming van die

²² Post *op cit* 111 e v.

²³ Post *op cit* 114 omskryf hierdie konsepte soos volg: "When a state of emergency existed . . . the king by his general prerogative as well as by his more specific powers of administration and jurisdiction, had the right to demand aid in order to meet the danger which touched the welfare of all — *status regis* and *status regni*."

²⁴ Sien hieroor Hoyt (1) 370: "What we know the monarchies actually desired and accomplished, does not always seem to fulfil or correspond with the theoretical limits implied in the phraseology or official records. In short, it would appear possible that mediæval monarchies were capable of using Romanesque terminology without being concerned as to whether the word and deed coincided."

²⁵ Clarke *op cit* 249 e v. In haar boek *Medieval Representation and Consent* bespreek Clarke die sogenamde "doctrine of consent," dit wil sê die beginsel dat belastings nie sonder toestemming opgelê mag word nie.

²⁶ *Ibid.*

onderdane gehef kon word nie.²⁷ Reeds met die aanname van die *Magna Carta* in 1215²⁸ was die beginsel dat toestemming tot belasting gegee moes word 'n werkende beginsel in die Middeleeuse Engeland.²⁹ Hierdie beginsel het ook toepassing gevind by die kerklike vergaderings: om te besluit of hulle hul toestemming tot belasting wou gee het die kerklikes byvoorbeeld in 1226 'n vergadering belê waar afgevaardigdes namens sekere dele van die kerk aanwesig moes wees.

'n Probleem wat egter in hierdie verband ontstaan, is die vraag waarom die koning gedwing is om die *beginsel van toestemming* te aanvaar, terwyl sy prerogatiwe in verband met die oplegging van belasting baie ver gestrek het. Die fiskale voorregte waaroor die koning beskik het was die volgende:³⁰ "Danegeld" (direkte belasting op grond), "tallage" ('n arbitrêre belasting "on the royal demesne") en die reg om uitvoere en invoere te reël deur "custom duties." Elkeen van hierdie belasting sou opsigselfstaande genoegsaam gewees het om die finansiële onafhanklikheid van die koning te waarborg en hierdie belasting kon verder sonder toestemming gehê word.

'n Skrywer soos Clarke³¹ lewer 'n belangrike bydrae en wys op die proses waardeur hierdie belasting vir alle praktiese doeleindes tot niet gegaan het. Dit was naamlik altyd regtens moontlik om hierdie belasting te vorder, maar nie altyd dienstig nie. Die beginsel van toestemming ("doctrine of consent") was gevolglik verantwoordelik vir die erosie van die koninklike reg op hierdie belasting en mettertyd is wette aangeneem wat die toestemming van die parlement tot sekere van hierdie belasting vereis het, terwyl ander soos die "tallage" heeltemal afgeskaf is deur staatswet.³² Die "gracious aid" het, na hierdie bogenoemde ontwikkelinge (soos wat dit deur die samelewing as vrywillige belasting uitgebrei is), is, die enigste bron van inkomste geword en die opkoms van die liggaam wie se toestemming daarvoor nodig was, is verseker.³³ Die opkoms van die parlementêre stelsel kan gevolglik as 'n triomf vir die beginsel van *verteenwoordiging* beskou word.

²⁷ Mitchell *Taxation in Medieval England* 239 verklaar soos volg oor die feodale belastingstelsel: "The source of taxation was the feudal contribution aid, the voluntary contribution the vassal made to relieve the wants of his lord."

²⁸ Clarke *op cit* 252-255. Na die aanname van die *Magna Carta* het Hendrik III nie weer probeer om sonder toestemming 'n "gracious aid" te verkry nie. Die relevante gedeelte van die *Magna Carta* lui: "No scrutage or aid shall be imposed unless by the common counsel of the realm, save for the three aids, of course."

²⁹ Clarke *op cit* 267: "They had not submitted to the heavy taxation of Henry III without a hard struggle. In the heat of the conflict they not only popularised the doctrine of consent but they also contrived machinery to enforce it. As their watch-word they took a maxim embedded in the private law of Rome: "*quod omnes tangit ab omnibus approbetur.*"

³⁰ Clarke *op cit* 250 e v.

³¹ *op cit* 268-276.

³² Sien ook Hoyt *Royal Demesne, Parliamentary Taxation 1294-1322* waar hy hierdie direkte belasting bespreek. (Vervolgens word hierna verwys as Hoyt (2)). Sien ook in hierdie verband Mitchell *op cit* 236 e v.

³³ Hoyt (2) 276: "Through co-operation, thus invited, Parliament gradually gained control, and after nearly a century of contention, the prerogative of indirect taxation was virtually lost to the monarchy. The way in which the English kings surrendered in Danegeld, tallage and the custom duties their three great chances to build up a revenue independent of their subjects, demonstrates the imovable resistance that the doctrine of consent could offer to royal power." Sien ook in hierdie verband Mitchell *op cit* 156 e v.

'n Skrywer soos Hoyt beklemtoon (soos Clarke) die feit dat die beginsel van verteenwoordiging nie so sou ontwikkel het nie "unless it had gained direction and reality as the vehicle for the doctrine of consent."³⁴ Dit is gevolglik duidelik dat die beginsel van verteenwoordiging, naamlik dat verteenwoordigers verkies is deur die gemeenskappe om *namens* hulle toe te stem tot belasting, ontwikkel het uit die beginsel van toestemming, oftewel die "doctrine of consent" soos wat dit deur hierdie skrywers genoem word. Vervolgens moet teoretiese regverdiging gesoek word vir die "vrye mandaatsteorie" wat die geldende teorie van verteenwoordiging in die huidige positiewe Engelse staatsreg is.

Van besondere belang by hierdie ondersoek is 'n historiese ondersoek na die aard van die *gemeenskappe* wat bestaan het in die Middeleeuse Engeland. 'n Skrywer soos Cam³⁵ wys in hierdie verband daarop dat die vraag van *wat* dit is wat verteenwoordig word van die allergrootste belang is by die teorie van verteenwoordiging. Dit is naamlik *gemeenskappe* ("communities") wat in die Middeleeuse Engeland verteenwoordig was en Cam noem hierdie gemeenskappe "living communities."³⁶

Cam³⁷ sien die "village" as die eerste "true community" en "as such the lawyers can personify it and conceive it to be capable of being represented." In 'n latere ontwikkeling het die "borough" (dorp) in die plek van die "village" gekom. Die "borough" was inderdaad 'n "legal corporation" en die verteenwoordigers daarvan (die "burgesses") is inderdaad "corporators" genoem. Alhoewel die "shire" (graafskap) nie die regstatus van die "borough" (dorp) geniet het nie, was dit ook 'n "living community" wat die grondslag was vir die ontwikkeling van die "community of the realm": "from the community of the vill and the community of the shire we pass to the community of the realm."³⁸ Uit die vroeë gemeenskappe in Engeland ontstaan gevolglik die begrip dat die *hele gemeenskap* in een orgaan, naamlik die *House of Commons*, verteenwoordig is.³⁹

Van die vroeë begin waar 'n verteenwoordiger sy "lewende gemeenskap" verteenwoordig het, ontwikkel nou die toedrag van sake waar elke verteenwoordiger die *hele staat* oftewel die *nasionale belang* verteenwoordig —

³⁴ Hoyt (2) 276.

³⁵ Cam (1) 351.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Cam (1) 349-359. Hierdie ondersoek na die ontwikkeling van die "community of the vill" na die "community of the realm" doen Cam in haar boek: *Liberties and Communities in Medieval England*, London 1963. (Vervolgens word hierna verwys as Cam (no 3)).

³⁸ Cam (1) 351.

³⁹ Cam *Law-Finders and Law-Makers in Medieval England* (vervolgens word hierna verwys as Cam (2)) 174-5: "It was the effective centralization of power . . . which in its turn made possible the growth of the conception of the community of the realm . . . From such a beginning there could develop, what by Tudor times, was a political commonplace, the conception that all England was represented in the house of commons. A man was there not only for his own locality but for something much more; he was a 'publick, a counsellor of the whole state.'"

'n feitetoestand wat neerkom op 'n aanvaarding van die "vrye mandaatsteorie."⁴⁰

Die rol van die *Commons* het gevolglik ontwikkel⁴¹ van die posisie waar dit 'n vergadering was wat moes toestem tot belastings totdat dit 'n vergadering was met soewereine *wetgewende gesag*⁴² waar statute met die toestemming van die hele *realm* aangeneem is en die *Commons* as die belangrikste deel van die parlement die "embodiment of national unity" geword het.⁴³

Uit die voorafgaande teoretiese ontleding is dit nou moontlik om oor die aard en wese van verteenwoordiging bepaalde stellings te maak:

1 3 2 Die beginsel van toestemming

Die feodale baronne en later ook die kerklikes het daarop aangedring dat hul toestemming nodig is alvorens die koning belastings kon opleë ingevolge die beginsel *quod omnes tangit omnibus approbetur*. Aan die ander kant het die koning ingevolge dieselfde beginsel van die Romeinse privaatreë, en omdat hy die plig gehad het om die algemene welvaart van almal

⁴⁰ *Ibid.* Die standpunt van Cam sluit verder by Post se standpunt (*supra*) aan waar sy wys op die rol wat die begrip van algemene welvaart ("common good" of "general welfare") in hierdie proses gespeel het: "Mr Post shows how the idea of the common good, as formulated by the legalists and canonists, can be both a justification and a limitation of royal power, how its expression in the phrase 'community of the realm' foreshadowed the modern concept 'the state'; how the king could at once be head and member of the community whose welfare he was bound to promote." Sien verder Cam (1) 351 en veral Cam (2) 158: "By common action in the pursuit of a dimly realized goal of a common responsibility, parliament had come to be at once the school and the expression of common consciousness." Hier kan ook gewys word op Stubbs (hy maak 'n ondersoek na die dokumente wat gelei het tot parlementêre soewereiniteit in *Select Charters of English Constitutional History*) se bydrae, nl dat die parlement ontwikkel het tot 'n liggaam van "national unity." Cam (2) 158 wys daarop dat hy kritiek teen baie van Stubbs se stellings in sy ondersoek gemaak het, maar dat Stubbs tog in hierdie verband 'n groot bydrae gelewer het. Stubbs se ondersoek is vervat in drie volumes getitel *The Constitutional History of England* 4e uitg (1873).

⁴¹ Cam (2) 158. Sien in hierdie verband ook Hoyt *Royal Taxation and the Growth of the Realm in Medieval England Speculum* 25 (1950) (vervolgens na verwys as Hoyt (3)) 36 e v waar gewys word op die opkoms van die "community of the realm" in die Middeleeuse Engeland.

⁴² Hoyt (1) 360 e v. Hoyt wys alreeds op die debat oor *wanneer* presies die *Commons* sy konstitusionele reg om toe te stem tot wette verkry het. Hoyt wys ook op skrywers (o a Wilkinson) wat geneem het dat dié reg alreeds in 1322 met die *Statute of York* ontstaan het. Sien in hierdie verband Wilkinson *Constitutional History of Medieval England 1216-1399* (1948-1958). Vir andere (die sg "Maitland-McIlwain-Richardson and Sayles"-skool) was hierdie standpunt egter nie aanvaarbaar nie. Volgens Cam (1) 158 was dit egter eers in 1689 dat dat parlementêre statute nie meer opgeskort kon word deur koninklike dekreet nie.

⁴³ Hierdie standpunt kom ook daarop neer (soos die standpunte van skrywers hierbo bespreek) dat verteenwoordiging sy ontstaan gehad het in die feit dat toestemming tot belastings gegee moes word, welke toestemming die koning in die praktyk nie kon omseil nie (selfs al sou hy teoreties geregtig gewees het om sekere belastings sonder toestemming te vorder). Hoyt (1) 365 sluit ook by hierdie skrywers aan: "It was the monarchy, rather than the magnates, that fostered the concept of a *communitas regni* in connection with corporate *consent* to taxation, long before representatives of the *Commons* were active in granting aids; and that the origins of taxation must not only be sought in the royal tallage, whose final abandonment by the government coincides with the emergence of the parliamentary grant at two rates."

(*status regni*) te bevorder,⁴⁴ die reg gehad om te vereis dat die gemeenskappe verteenwoordigers stuur om toestemming tot belastings te gee. Selfs al sou die standpunt gehuldig word dat hierdie beginsels van die Romeinse privaatreg en die Kanonieke reg nie op die wêreldlike nasionale vergaderings van toepassing gemaak moet word nie, steun die politieke praktyk van die Middeleeuse Engeland hierdie afleidings. Die koning was naamlik in 'n baie sterk politieke posisie en hy kon op die steun van die gemeenskappe staatmaak toe hy die politieke mag in sy hande wou sentraliseer. Aan die ander kant het die koning se reg op direkte en arbitrêre belastings verval en was hy later vanweë oorwegings van dienstigheid gedwing om hom te wend na die onderdane om hul toestemming tot belastings te verkry.

1 3 3 Die beginsel van verteenwoordiging

Die beginsel van verteenwoordiging⁴⁵ ontwikkel uit die beginsel van toestemming, deurdat die verteenwoordigers volmag oftewel *plena potestas* verkry het om *namens* hul onderskeie gemeenskappe toestemming tot belastings by die nasionale vergadering te verleen.

1 3 4 Die "vrye mandaatsteorie" van verteenwoordiging

Die gemeenskappe wat aldus verteenwoordig is, was "living communities" wat deur "corporators" verteenwoordig kon word. Die toestemming wat verleen is — eers tot belastings en later tot wetgewing — het naamlik namens die gemeenskappe deur verteenwoordigers geskied. Uit die feit dat daar sulke lewende gemeenskappe met verteenwoordigers was, ontwikkel die konsep van die "community of the realm" oftewel die Engelse *gemeenskap as geheel*. Die "vrye mandaatsteorie" ontwikkel nou omdat verteenwoordigers nie meer hul onderskeie gemeenskappe (kiesafdelings) nie, maar die gemeenskap as geheel, dit wil sê die hele "realm," verteenwoordig. Die beteken dat verteenwoordigers nie in die belang van hul plaaslike kiesafdeling se kiesers wat hul verkies het optree nie, maar optree om die *algemene welvaart* ("common good" of "general welfare") van die hele nasionale staat te bevorder. Met ander woorde, verteenwoordigers tree op in die nasionale belang en is nie deur besondere kiesersmandate nie, maar deur hul plig tot die behartiging van die algemene welvaart gebonde. Hierdie is ook die standpunt van die positiewe staatsreg in Brittanje wat die sogenaamde "vrye mandaatsteorie" onderskryf en dit word uiteengesit in die saak van *Osborne v Amalgamated Society of Railway Servants*:⁴⁶ "But authoritative instructions; mandates issued, which the member is bound blindly and implicitly to obey . . . and to argue though contrary to the clearest

⁴⁴ Clarke *op cit* 296. Die koning kon op sy beurt weer regtens vereis dat toestemming gegee moes word. Clarke wys op die vroeë voorbeelde van verteenwoordiging: "In commanding the attendance of their representatives, he was acting on the principle already expressed in his canons — *quod omnes tangit ab omnibus approbetur.*"

⁴⁵ McKisak *op cit* 127: The fact remains that it was one of the earliest functions of the Commons to accede to money grants and it was in the sphere of taxation that they first won any appreciable control over the Crown . . . it seems idle to dispute the importance of the financial motive, or to deny that consent to taxation, however formal, was intimately connected with representation."

⁴⁶ 1909 1 Ch 163 225.

conviction of his judgment and conscience . . . these are things utterly unknown to the laws of this land . . . he is not a member of Bristol, he is a member of parliament." In ooreenstemming hiermee verklaar Coke in sy *Institutes of the Laws of England* dat "though he be chosen for one particular county . . . yet when he is returned and sits in parliament he serveth the whole realm."⁴⁷ Die feitlike situasie in die Brittanje van vandag is gevolglik dat die hele gemeenskap in een orgaan, naamlik die *House of Commons*, verteenwoordig is.

Hierdie drie stellings bied teoretiese regverdiging vir die ontwikkeling van die stelsel van verteenwoordiging wat hierbo in sy historiese verband bespreek is, dit wil sê die historiese ontwikkeling van die *Commons* as die magtigste deel van die soewereine wetgewende gesag in die hedendaagse Brittanje.

Die "vrye mandaatsteorie" oor verteenwoordiging wat die beginsel van verteenwoordiging is wat vandag in die positiewe Engelse staatsreg aanvaar word, het deel geword van die Engelse staatsreg deur 'n *evolutionêre proses*. Die ontwikkeling van verteenwoordiging het plaasgevind tesame met die omvorming van die regeringstelsel vanaf 'n Middeleeuse tot 'n moderne regeringstelsel. Hierdie ontwikkeling is van besondere belang vir die teorie van verteenwoordiging en verg nadere ondersoek.

Immink⁴⁸ ondersoek die slingerbeweging tussen 'n "monargale absolutisme" wat die Middeleeuse regeringstelsel was en "volksowereniteit" wat die moderne regeringstelsel is. Immink definieer vir die doeleindes van sy ondersoek die volk in *wye* sin as die totaal van individue wat aktief aan die staatlke lewe deelneem. In die feodale stelsel was die volk in enge sin gevolglik slegs diegene wat in 'n direkte verhouding tot die koning gestaan het en die volk in *wye* sin *teenoor* die koning verteenwoordig het.⁴⁹ Met die opkoms van die moderne staat ontstaan in die moderne régime van volksowereniteit 'n nuwe verteenwoordigingsbeginsel, naamlik dat verteenwoordiging aan verkiesings gekoppel word en die volk in *wye* sin *deur* die volk in enge sin verteenwoordig word.

Müller⁵⁰ wys ook daarop dat in die feodale stelsel van die Middeleeuse Brittanje die landshere ingevolge feodale gebruik hul leenmanne *teenoor* die koning verteenwoordig het. Hierdie Middeleeuse opvatting oor verteenwoordiging, waar een persoon teenoor 'n ander verteenwoordig word, is 'n privaatregtelike beginsel van verteenwoordiging (Vertretung) en kom neer op wat as 'n "imperatiewe mandaatsteorie" van verteenwoordiging omskryf

⁴⁷ Soos aangehaal deur Kramnick "An Augustan Debate: Notes on the History of the idea of Representation" Pennock en Chapman *Representation* (1968) 65. Kramnick wys ook daarop dat die voorstander van hierdie siening Edmund Burke was en vervolg deur op verskeie skrywers te wys wat die siening van Burke deel.

⁴⁸ Immink "Beskouing van die ontwikkeling van die begrippe volk en verteenwoordiging" *Publiekrechtelike Opstellen Van der Pot* (1950) 120 e v.

⁴⁹ Immink *op cit* 130.

⁵⁰ Müller *Das Imperative und Freie Mandat* (1966) 125 e v.

kan word. Hierdie Middeleeuse opvatting oor verteenwoordiging het ontwikkel tot die moderne opvatting oor verteenwoordiging wat Müller *Repräsentation* noem.⁵¹ *Repräsentation* is staatsregtelike verteenwoordiging en vind plaas deur middel van die parlementêre stelsel in Brittanje waar die *Commons* die sentrum van samewerking van die *hele nasionale staat* geword het. *Repräsentation* kom gevolglik neer op wat as die “vrye mandaatsteorie” omskryf kan word. Hierbo is alreeds aangetoon dat hierdie vandag die aanvaarde opvatting van die positiewe staatsreg oor verteenwoordiging in Brittanje is. Die opvatting oor Middeleeuse verteenwoordiging (soos vervat in die sogenaamde “imperatiewe mandaatsteorie”) het gevolglik ontwikkel tot die moderne opvatting oor verteenwoordiging (soos vervat in die “vrye mandaatsteorie”).

’n Skrywer soos Mansfield⁵² onderskryf ook die benaderingwyse van die bogenoemde twee skrywers. Hy toon naamlik ook aan dat die opvatting oor Middeleeuse verteenwoordiging as verteenwoordiging van (’n deel van) die onderdane teenoor die koning (of regering) ontwikkel het tot die moderne opvatting oor verteenwoordiging wat daarop neerkom dat verteenwoordiging bestaan uit verteenwoordiging van die hele gemeenskap deur die regering: “The modern debate assumes that the people are a whole to be represented by their government, while the medieval debate assumes that the people are a part to be represented to their government.”⁵³ Anders as die twee skrywers wat alreeds bespreek is, sien Mansfield die ontwikkeling vanaf ’n monargale absolutisme waar die Middeleeuse opvatting oor verteenwoordiging gegeld het tot ’n moderne verteenwoordigende regering waar die moderne opvatting oor verteenwoordiging geld, as ’n revolusionêre breuk en nie as ’n evolusionêre historiese ontwikkeling nie.⁵⁴ Middeleeuse monargale absolutisme was naamlik volgens Mansfield ’n regering “by divine right” en om hierdie regering te verander na ’n moderne “verteenwoordigende regering” was nuwe godsdienstige en filosofiese oordele nodig.⁵⁵ Met die standpunt van Mansfield dat die ontwikkeling van die Middeleeuse tot die moderne opvatting oor verteenwoordiging in Brittanje nie ’n evolusionêre proses was nie,⁵⁶ kan nie saamgestem word nie. Die

⁵¹ Müller *op cit* 126.

⁵² “Modern and Medieval Representation” Pennock en Chapman *Representation* (1968) 55 e v.

⁵³ Mansfield *op cit* 58.

⁵⁴ Mansfield *op cit* 74 verklaar: “Modern governments embody many medieval ideas and institutions, but if modern representation is secular, it is hard to see how it could have evolved either from ecclesiastical organization or from parliaments by unconscious inheritance. There must have been a break in the history of representation. New ‘ideas’ must have replaced the system of divine right and those ideas must have been new political ideas, the ideas of new rulers or older rulers thinking in a new way.”

⁵⁵ Hierdie is die standpunt van die sogenaamde sosiologiese skool wat die historiese benadering verwerp. In aansluiting by die standpunt dat oordele nodig is om die instellings van die Middeleeue te omvorm tot moderne verteenwoordigende vergaderings, verklaar Strayer en Rudisill (soos aangehaal deur Müller *op cit* 173): “Rather it was the fact that the new representative idea was grafted into a very old tradition, a tradition of political unity, of the universal authority of the king’s court, and of an almost complete absence of provincial autonomy and separatism.”

⁵⁶ Mansfield *op cit* 60. Mansfield verwys ook na ander skrywers soos Maine en Ford wat hierdie siening huldig.

standpunt wat in hierdie verkies behoort te word verband is dat die ontwikkeling van moderne "verteenwoordigende regering" in Brittanje 'n evolusionêre proses was.

Die historiese ontwikkeling van verteenwoordiging in die Engelse staatsreg⁵⁷ kan kortliks saamgevat word deur daarop te wys dat die opvatting oor verteenwoordiging wat gegeld het by die Middeleeuse stelsel van verteenwoordiging — die sogenaamde "imperatiewe mandaatsteorie"⁵⁸ — tesame met die omvorming van die monargale absolutisme tot 'n moderne verteenwoordigende regeringstelsel ontwikkel het tot die moderne opvatting oor verteenwoordiging, oftewel die sogenaamde "vrye mandaatsteorie." Op hierdie begrippe sal hieronder weer in besonderhede op teruggekom word.

Ten einde tot 'n bevredigende gevolgtrekking te kom oor die betekenis van die historiese ontwikkelingsgang van die verteenwoordigingsverskynsel, is dit nie alleen dienlik nie maar ook noodsaaklik om die historiese ontwikkelingsgang van verteenwoordiging in Europa te vergelyk met die ontwikkeling van verteenwoordiging in die Engelse staatsreg.

1 4 Ontwikkeling in Franse staatsreg

Die historiese ontwikkeling van verteenwoordiging in die Franse staatsreg verskil wesenlik van die historiese ontwikkelingsgang wat verteenwoordiging in die Engelse staatsreg deurloop het.⁵⁹ In die Franse politieke stelsel het die presedent bestaan dat die plaaslike vergaderings van die gemeenskappe deur die koning bloot moreel en nie regtens nie verplig is tot steun vir sy finansiële behoeftes en die sentrale nasionale vergadering het bloot 'n aanvullende funksie hiertoe vervul.⁶⁰ Die Franse adellikes wou ten alle koste hul onafhanklikheid van die koning behou en wou nie, soos die posisie in die Middeleeuse Engeland was, die kontrole oor die regering gesag oorneem deur middel van 'n nasionale vergadering nie.⁶¹ Die

⁵⁷ Sien Kramnick *op cit* 83 wat wys daarop dat die debat tussen die "vrye mandaatsteorie" en die "imperatiewe mandaatsteorie" ook in die pers in die jare 1739 tot 1744 in Engeland gevoer is. Soos by herhaling egter daarop gewys, is die standpunt in die positiewe reg (en praktyk) van Engeland dat die "vrye mandaatsteorie" geld. Mansfield *op cit* 79 wys dan ook op Burke se toespraak van 1774 dat "members of Parliament must represent the people by using their own judgment instead of reflecting the popular will." McKisak *op cit* 145 wys daarop dat verteenwoordigers se taak bemoelijk was deurdat die kiesafdelings in vroeëre tye "local" druk op hulle uitgeoefen het en dat hul steeds ook hul pligte in "national" belang moes uitvoer.

⁵⁸ Kramnick *op cit* 86 onderskryf ook die siening van Middeleeuse verteenwoordiging as wat in hierdie navorsing onder die "imperatiewe mandaatsteorie" verstaan word: "The radical theory of the representative as delegate of his constituents is deeply rooted in the medieval constitution. As far back as the fourteenth century the notion of the representative as attorney for his constituent's interests can be found."

⁵⁹ Hoyt (1) 366-367.

⁶⁰ Taylor en Strayer *Studies in Early French Taxation* (1939) 105 e.v.

⁶¹ So verklaar Cam (1) 352: "The French Estates evolve[d] in independence of the King's parliament" en 352-3: "[It was] this triumph of *regionalism* over royal attempts at centralization that deprived the French Estates General of the all-important power of the purse. In 1561, as in 1314, the Crown failed to secure financial aid from the national gathering; the function of granting aids had come to be jealously retained by the provincial representative assemblies."

gevolg van bogenoemde ontwikkelinge was dat die *Etats Généreaux* as sentrale nasionale vergadering van geen nut vir die koning was nie.⁶² Die *Etats Généreaux*, in teenstelling met die plaaslike vergaderings, het selde byeen gekom. Verder het die *Etats Généreaux* geweier om toe te stem tot belastings. Die houding van die plaaslike gemeenskappe was gevolglik dat hul wel bereid is om toe te stem tot belastings, maar nie bereid was om verteenwoordigers te magtig om dieselfde namens hulle te doen by 'n nasionale vergadering nie.⁶³ 'n Skrywer soos Hoyt noem hierdie houding van die Franse gemeenskappe in die Middeleeue "French particularism."⁶⁴ Hy meen dat die rede vir hierdie verskynsel die Franse se gevoel was dat die Britse parlement gefaal het om die *volonté générale*⁶⁵ te omvat, sowel as om stabiliteit te verseker.

Die redes vir die verskil in die ontwikkeling van die verskynsel van verteenwoordiging in Frankryk en Brittanje kan nou soos volg geskets word: Die Franse koning het in 'n swak politieke posisie verkeer teenoor die sterk politieke magsposisie waarin die Engelse koning in hierdie tydperk verkeer het.⁶⁶ Die Franse konings was dienooreenkomstig nie in staat om te vereis dat die plaaslike gemeenskappe verteenwoordigers stuur na 'n nasionale vergadering wat universeel gerespekteer was nie. Die gemeenskappe in Frankryk — wat vergelyk kan word met die drie "estates of the realm" in die Middeleeuse Engeland — het gevolglik nie die sentrale regering gesag van die koning genoegsaam gevrees om te besef dat die verouderde idees van Mideleeuse beperkings⁶⁷ op koninklike mag nie meer hul doel gedien het nie, en het dienooreenkomstig hul vertrouwe in hierdie beperkings

⁶² Cam (2) 173 verklaar: "The explanation of the greater effectiveness and ultimate survival of the English parliament as against the continental estates is to be found . . . in the policy of the monarchy. Everything turned on the question whether a national representative assembly was or was not of use to the king: if it was he convoked it; if not, he used the provincial estates as in France."

⁶³ Dur "The Right to Taxation in the Political Theory of the French Religious Wars" 1945 *Journal of Modern History* 303.

⁶⁴ Hoyt (1) 367; Ulph "The Mandate System and Representation" 1951 *Journal of Modern History* 225 e v (vervolgens na verwys as Ulph (1)). Sien ook Ulph "Jean Bodin and the General Estates of 1576" 1947 *Journal of Modern History* 289 e v (vervolgens na verwys as Ulph (2)). Oor die ontwikkeling vanaf die stande-vergaderings van die *Etats Généreaux* tot 'n stelsel van monargale absolutisme, sien Brissaud *A History of Public Law* (1969) 258 e v.

⁶⁵ Hoyt (1) 367. Hoyt haal Rousseau, wat oor die *volonté générale* geskryf het, in hierdie verband aan.

⁶⁶ Major "The Third Estate in the Estates General of Pontoise" 1954 *Speculum* 16 verklaar hieroor: "The barons, prelates and townsmen seemed to have had little desire to attend the newly created national assemblies, and only the strongest rulers could force them to do so." Hy wys ook op die oorheersende invloed van die provinsiale vergaderings wat hul eie posisie wou versterk het.

⁶⁷ Hoyt (1) 375. Hierdie beperkings ("limitations") kan omskryf word as: "*la police* (the great body of customary, private rights and the laws at their basis) and *la justice*, that is, judicial declaration of those limits inherent in the royal authority of jurisdiction." Institusioneel was hierdie beperkings: "pre-eminently represented by the Estates General and the 'Parlement' of Paris." Een van die beperkings wat deur die *Etats Généreaux* op monargale gesag uitgeoefen is, was volgens die legaliste "consent to taxation as a rightful and original limitation." Hier kan ook op die negatiewe invloed van Bodin gewys word op enige moontlikheid van die feit dat die *Etats Généreaux* in 'n orgaan kon ontwikkel wat wetgewende gesag met die koning gedeel het.

geplaas. In die Middeleeuse Frankryk het daar dus nooit die idee posgevat dat die drie “estates of the realm”, die adellikes, die geestelikes en die gewone onderdane, in een nasionale vergadering moet saamkom wat die kontrole van die regering uiteindelik kon oorneem nie.⁶⁸ Verder het Frankryk nooit die instelling geken van gemeenskappe wat verteenwoordigers na ’n nasionale vergadering gestuur het om namens hulle toe te stem tot belastings nie.⁶⁹ Die teorie van toestemming namens die hele gemeenskap of die “community of the realm” ontwikkel nie tot ’n beginsel van verteenwoordiging soos in die Middeleeuse Engeland die geval was nie.⁷⁰ Die vrye mandaatsteorie van verteenwoordiging wat daarop neerkom dat die verteenwoordigers nie die plaaslike gemeenskappe wat hulle afgevaardig het om die nasionale vergadering by te woon, verteenwoordig nie, maar dat hulle die “community of the realm” of die hele gemeenskap verteenwoordig, ontwikkel gevolglik nie in Frankryk deur ’n evolusionêre historiese proses soos wat in Brittanje die geval was nie.

Die verskynsel van verteenwoordiging was egter inderdaad bekend in die Middeleeuse Frankryk. Dienooreenkomstig is die vereiste gestel dat die Franse afgevaardigdes na die plaaslike (provinsiale) vergaderings wel die *plena potestas* moes hê,⁷¹ soos dit ook vereis is in die Middeleeuse Engeland.

’n Vraag wat vir hierdie navorsing van besondere belang is, is die volgende: Wat was die aard van hierdie Middeleeuse verteenwoordiging in Frankryk? In die bevelskrifte het die koning vereis dat die gemeenskappe “full powers to do anything that his constituents could do if present” moes hê.⁷² Indien aanvaar word dat hierdie die korrekte interpretasie is

⁶⁸ McIlwain *Constitutionalism Ancient and Modern* (1947) 112 skryf soos volg oor die Engelse staatsregtelike ontwikkeling van parlementêre wetgewende soewereiniteit: “The triumph of parliament meant the reinforcement of the subject’s rights by an addition for the first time of a legal and a political control over government sufficient to protect these rights from royal encroachment. In this substitution of control by the representatives of the governed for the old mediaeval idea of limitation lies the beginning of modern constitutionalism” (my kursivering).

⁶⁹ Cam (2) 352 verklaar dat “the most marked contrast is the centralization of the English practice . . . [I]n France the provincial assemblies not merely survived but, as provincial estates, effectively obstructed the growth of strong national estates. According to canonist doctrine, consent, to be valid, should come from the community as a whole, but Mr. Post has to admit that ‘the theory of consent was not perfectly practised in France.’”

⁷⁰ Cam (1) 357: “Representation alone cannot create a national parliament; communities by themselves are not enough to secure the effective value of consent of the governed. There must be a larger community, a ‘tradition of political unity’ that did not exist in France, and that in England had been built up by the ‘universal authority of the king’s court.’”

⁷¹ Cam (1) 353: “Again, the practical importance of the *plena potestas* . . . is forcibly brought out by the conduct of the French deputies.” Die Franse afgevaardigdes het, volgens Cam, meer onafhanklik teenoor die koning gestaan, terwyl in Engeland ’n “close relationship between king and parliament” bestaan het. Cam (1) 354 wys ook daarop dat die “presentation of petitions” deel was van die taak van die Franse afgevaardigdes in die 14e eeu: “It was the possession of common weighty grievances and the hope of influencing royal policy on the burning issues of administration and religion which made the assembly of Pontoise so active in 1561; the desire of the Crown for money was met by their desire for redress.”

⁷² Taylor *op cit* 112 e v sien hierin nog ’n groter probleem: “Is it possible that a proctor with full powers was not thereby, as institutional practice went, a free agent?” Taylor verwys na die ondersoek wat Post gemaak het oor die “writs” en die *plena potestas* wat alreeds hierbo in besonderhede bespreek is.

van die volmag wat vereis is, bly dit steeds 'n vraag of die *plena potestas* waaroor die verteenwoordigers in die Middeleeuse Frankryk moes beskik, beteken het dat hulle 'n vry mandaat ontvang het, dit wil sê dat hul in die belang van die hele gemeenskap opgetree het. 'n Skrywer soos Taylor wys daarop dat die gemeenskap wat die verteenwoordiger gestuur het volledig ingelig moes gewees het en nie 'n bloot formele *plena potestas* moes hê nie. 'n Skrywer soos Müller⁷³ wys weer daarop dat hierdie *plena potestas* wat die Franse verteenwoordigers by die stande-vergaderings in die Middeleeue moes hê, daarop neergekom het dat hierdie verteenwoordigers 'n imperatiewe mandaat van hul gemeenskappe ontvang het.⁷⁴ Die verteenwoordigers het gevolglik namens hul "kiesers" (die gemeenskappe) by die plaaslike vergaderings opgetree en was gebonde aan die mandaat wat hul van die gemeenskappe ontvang het. Die stande (*par ordre*) het naamlik volgens hul mandate gestem en hierdie stemming het hoofdelik (*par tête*) geskied.⁷⁵ Die belangrikste rede vir die feit dat die imperatiewe mandaatsteorie van verteenwoordiging gegeld het in die Middeleeuse Frankryk (soos ook hierbo in besonderhede aangetoon is), was dat die stande *obstruksiemiddels*⁷⁶ (beperkings) teen die koning se regeringsgesag wou gebruik. Die *imperatiewe mandaat* is naamlik ook as 'n obstruksiemiddel gebruik waardeur die stande die koning se prerogatief kon beperk, sowel as om alle pogings van die koning vir die daarstel van 'n sentrale nasionale vergadering te verhinder, soos dit hierbo uiteengesit is.

Met die Franse Rewolusie in 1791 is die "imperatiewe mandaatsteorie" as die heersende opvatting oor verteenwoordiging in die Franse staatsreg egter verwerp.⁷⁷

⁷³ *op cit* 161-204, waar hy die ontwikkeling van die verteenwoordigingsverskynsel in die Middeleeuse Frankryk bespreek.

⁷⁴ Ulph (1) 228. Ulph maak die volgende stelling: "The mandate imperativ by the deputies in attendance at the Estates General reveals the persistence of local particularism." Sien ook Hoyt (1) 377.

⁷⁵ Müller *op cit* 191. Müller toon verder aan dat die "imperatiewe mandaatsteorie" (soos dit in hierdie navorsing verstaan word) om verskeie redes genuanseerd in die Middeleeuse Frankryk gegeld het.

⁷⁶ Müller *op cit* 172: "Der Widerstand des Regionalismus richtet sich vor allem gegen die Bestrebungen der Krone, überregionale Repräsentativ-versammlungen einzuberufen. In England ist es bereits am Ende des 13. Jahrhunderts gelungen, ein Parlament mit Autorität für das ganze Regnum zu schaffen. Dieser Erfolg lässt sich aber weder aus der repräsentativen *Idee* noch aus dem politischen Konzept der englischen Herrscher, sondern nur aus der festen administrativen Organisation des Landes erklären." Die verskil met die Engelse ontwikkeling tot 'n sentrale parlement (*Commons*) wat die hele (nasionale) gemeenskap verteenwoordig, is weer eens hieruit duidelik.

⁷⁷ Müller 177-178 wys op Sieyès se voorstel in die *Assemblée Nationale*: "L'Assemblée déclare que la national française étant toujours tout entière légitimement représentée par la pluralité de ses députés, ni les mandats impératifs, ni l'absence volontaire de quelques membres, ni des protestations de la minorité ne peuvent jamais ni arrêter son activité, ni altérer la liberté, ni atténuer la force de ses statuts, ni enfin restreindre des limites de lieux soumis à sa puissance législative, laquelle s'étend, essentiellement sur toutes les parties de la nation et des possessions françaises." 'n Skrywer soos Müller wys op verskeie voorbeelde om aan te toon dat die "imperatiewe mandaatsteorie" voor die rewolusie die heersende opvatting was en dat die "vrye mandaatsteorie" na die rewolusie die heersende opvatting was. Die oorsaak van die rewolusie was die opkoms van monargale absolutisme omdat die koning nie die nodige steun van die stande kon kry nie (soos hierbo ook in besonderhede op gewys is).

Die feodale stelsel in die Middeleeuse Frankryk het ontwikkel tot 'n stelsel van monargale absolutisme en hierna is die stelsel van monargale absolutisme omvergewerp deur die Franse Rewolusie.⁷⁸ In die tydperk onmiddellik voor die Franse Rewolusie (wat uitloop op die Eerste Republiek in 1791) was gevolglik 'n regeringstelsel van monargale absolutisme van krag waar koning Lodewyk XIV die sentrale regeringsgesag tesame met sy ministers uitgeoefen het. Met die rewolusie verkry Frankryk 'n regeringstelsel waar volksoewereiniteit seëvier deurdat die grondwet van die Eerse Republiek 'n wetgewende vergadering daarstel, naamlik die *Assemblée Nationale* wat uit 750 verkose verteenwoordigers bestaan het. Met die rewolusie word die Franse regeringstelsel gevolglik omvorm vanaf 'n monargale absolutisme tot 'n "verteenwoordigende regering" waar volksoewereiniteit op hierdie wyse seëvier.⁷⁹

Die grondwet van die Eerste Republiek het verder 'n belangrike bepaling bevat oor die beginsel van verteenwoordiging. Die grondwet het naamlik bepaal dat die lede van die wetgewende vergadering (die verteenwoordigers) die "nation", in teenstelling met 'n "ministère particulier," moet verteenwoordig.⁸⁰ Hierdie bepaling kom neer op 'n aanvaarding van die "vrye mandaatsteorie" van verteenwoordiging. Verteenwoordigers tree naamlik nie in belang van hul kiesers op nie maar in nasionale belang. Hierdie is dan 'n beginsel van die Franse grondwetlike reg soos dit ook die posisie in Nederland en Duitsland is, soos hieronder aangetoon sal word. Hierdie is gevolglik die duidelikste bewys dat die "vrye mandaatsteorie" in Frankryk die heersende opvatting was oor verteenwoordiging na die Franse Rewolusie.

Op vergelykbare wyse as by die Engelse staatsregtelike ontwikkeling word die regeringstelsel in Frankryk van 'n stelsel van monargale absolutisme tesame met die Middeleeuse opvatting oor verteenwoordiging wat neerkom op 'n "imperatiewe mandaatsteorie" omvorm tot 'n regeringstelsel van "verteenwoordigende regering" tesame met die aanvaarding deur die Franse staatsreg van die moderne opvatting oor verteenwoordiging wat neerkom op 'n "vrye mandaatsteorie." Dit is egter duidelik dat hierdie omvorming in Frankryk as gevolg van 'n rewolusie (breuk) plaasgevind het. Mansfield⁸¹ se standpunt is dat die rede vir hierdie breuk was dat "nuwe oordele" die Middeleeuse opvatting oor verteenwoordiging, as synde verteenwoordiging van onderdane teenoor die koning (of regering), verander het na die moderne opvatting oor verteenwoordiging, as synde verteenwoordiging van die hele gemeenskap deur die regering. Mansfield se standpunt is nie verkies wat Brittanje betref nie, omdat die standpunt van skrywers dat daar in Brittanje 'n evolusionêre (historiese) ontwikkeling van die verteenwoordigingsbeginsel aangetref is, eerder as korrek aanvaar is. Die redes vir die verskil tussen die Engelse en Franse staatsregtelike ontwikkeling is

⁷⁸ Brissaud *op cit* 94 e v.

⁷⁹ Van der Pot *Handboek van Het Nederlandse Staatsrecht* (1972) 88 e v.

⁸⁰ Van der Pot *op cit* 93.

⁸¹ *op cit* 79.

duidelik hierbo uiteengesit. Die “verteenwoordigende regering” van Frankryk het naamlik nie deur evolusie tot stand gekom nie, maar deur rewolusie (’n breuk) en gevolglik lyk die standpunt van Mansfield korrek wat betref die ontwikkeling van verteenwoordiging in Frankryk.

In beide die moderne “verteenwoordigende regerings” van Brittanje en Frankryk word die “vrye mandaatsteorie” oor verteenwoordiging gevolglik as korrek aanvaar. Die wyses waarop hierdie moderne opvatting oor verteenwoordiging in die twee lande ontwikkel het, verskil egter wesenlik van mekaar.

1 5 Ontwikkeling in Nederlandse staatsreg

In Nederland, soos in die geval van Brittanje en Frankryk, tref ’n mens die feodale stelsel aan tydens die Middeleeue. Daar het in Nederland verder ook groot plaaslike gemeenskappe bestaan met ’n stedelike bestuur.⁸² Onderlinge stryd tussen die feodale here het gelei tot ’n konsentrasie van gesag in die hande van ’n sentrale owerheid.⁸³ Hierdie ontwikkeling het op sy beurt weer gelei tot ’n stelsel van monargale absolutisme.⁸⁴ Die koning is in sy bestuur bygestaan deur ’n advieskollege wat bestaan het uit die inheemse adellikes en geestelikes (die Raad van State) en een of twee kolleges van deskundiges, onder andere die Geheime Raad en die Raad van Finansies.⁸⁵ Hierdie sogenaamde *Staten-Generaal* is meermale byeengeroep, maar was nog geensins ’n homogene en volgens uniforme beginsels saamgestelde liggaam nie. Dit was ’n byeenkoms van die verteenwoordigers van die adel, die stede en die geestelikes.⁸⁶

Soos met Frankryk die geval was, het daar gevolglik gedurende die Middeleeue stande-vergaderings in Nederland bestaan.⁸⁷ Verteenwoordiging by hierdie stande-vergaderings het verder, soos ook die posisie was in Brittanje en Frankryk, ’n privaatregtelike karakter gehad.⁸⁸ Dit beteken dat elke lid of verteenwoordiger by hierdie vergadering die subjektiewe regte en belange van sy eie stand behartig het en dit wil verder sê dat ’n verteenwoordiger die belange van die persone wat hy verteenwoordig het by die vergadering behartig het. Die gedagte dat verteenwoordigers saamwerk in nasionale belang was geensins bekend nie. Hierdie Middeleeuse opvatting oor verteenwoordiging kom gevolglik neer op die “imperatiewe mandaatsteorie” van verteenwoordiging. In Frankryk het die *Etats Généreaux* na 1614

⁸² Kranenburg *Het Nederlandsch Staatsrecht* 6e druk 39.

⁸³ Immink *op cit.* 132.

⁸⁴ Kranenburg *op cit.* 39. (In die Nederlande was die koningshuis die Boergondiërs.)

⁸⁵ Van der Pot *op cit.* 111.

⁸⁶ Van der Pot *op cit.* 112.

⁸⁷ Van der Pot *op cit.* 291 e v.

⁸⁸ Van der Pot *op cit.* 292 sê die volgende hieroor: “De Staten-vergadering (wat hy vergelyk met die *Etats Généreaux* in Frankryk) van deze tyd is dus wel een verteenwoordiging maar deze heeft een privaatrechtelijk karakter. Ieder lid kom op voor de subjektieve rechten en belangen van zijn eigen stand. De gedachte, dat men gezamenlijk een taak verricht in het publiek belang, is nog ver te zoeken.” Weer eens kom hierdie stelling neer op ’n onderskeid tussen die “imperatiewe mandaat” van die verteenwoordigers by die Middeleeuse stande-vergaderings en die “vrye mandaat” van die verteenwoordigers by die moderne nasionale wetgewende vergadering.

nie weer vergader nie. In Nederland het die stande-vergaderings hierteënoor in die onderskeie "state" egter bly voortbestaan. Die onderskeie state is egter nie na 1588 verteenwoordig deur verteenwoordigers teenoor 'n landsheer (koning) nie, maar die state was self die draers van soewereiniteit. Die verteenwoordigers van die state het naamlik die Staten-Generaal⁸⁹ gevorm wat die sake van die hele Unie behartig het, soos hierbo uiteengesit. Wanneer oor belangrike sake besluit moes word, het hierdie verteenwoordigers oor 'n mandaat van hul "committenten" beskik.⁹⁰ Wanneer hierdie verteenwoordigers se volmag onvolledig was, moes hulle teruggaan na die "state" om die nodige volmag te verkry. Dit is duidelik uit hierdie verskynsel dat die mandaat wat die verteenwoordigers van die "state" verkry het om by die *Staten-Generaal* van hierdie tydperk op te tree, net soos in die geval van die mandate by die stande-vergaderings in die Middeleeue, 'n imperatiewe mandaat was.

Dit was eers met die "Staatsregeling" van 1798 dat die Nederlandse Staat as ondeelbare eenheid tot stand gekom het tesame met die gelyke aanspraak van alle burgers sonder onderskeid van stand of geloof op 'n aandeel in die regeringsgesag.⁹¹ Die nuwe *Staten-Generaal* in Nederland was 'n orgaan van selfstandige verteenwoordigers wat "stemmen voor zich zelve en zonder last of ruggespraak met de vergadering, door welke zij benoemde zijn." Dit was gevolglik 'n orgaan wat die hele Nederlandse volk verteenwoordig het en die beslissings daarvan was deur 'n meerderheid van stemme. Die beginsel wat hom hier manifesteer, naamlik dat die verteenwoordigers op onafhanklike wyse die hele (nasionale) gemeenskap verteenwoordig, is 'n aanvaarding van die "vrye mandaatsteorie" van verteenwoordiging.

Die konstitusionele ontwikkeling in Nederland kulmineer in die grondwet van 1814 wat 'n plotselinge en vinnige gebeurtenis was. Dit was 'n fundamentele omvorming van die Nederlandse staatswese.⁹² Hierdie kan selfs as 'n rewolusionêre gebeurtenis beskryf word. Dit is eers met hierdie gebeure dat 'n werklike "verteenwoordigende regering" in Nederland sy ontstaan het, naamlik die beginpunt in die ontwikkeling na 'n stelsel van beperkte en konstitusionele monargie en 'n parlementêre regeringstelsel.

Tesame met die vereniging met België in 1815 ontstaan in 'n volgende ontwikkeling 'n nuwe grondwet en word terselfdertyd grondwetlike erkenning aan die "vrye mandaatsteorie" van verteenwoordiging verleen: artikel 77 van die Grondwet van 1815 bepaal dat "de Staten-Generaal het geheele Nederlandse Volk verteenwoordigen." Kranenburg⁹³ dui aan dat hierdie artikel van die grondwet die volgende betekenis het: "Een tegenstelling met de oude staatsrecht: nl geen verteenwoordiging van de deelen, van de provinciën meer, geen imperatief mandaat meer van de vergadering, de lede

⁸⁹ Kranenburg *op cit* 49-50.

⁹⁰ Van der Pot *op cit* 292-293.

⁹¹ Kranenburg *op cit* 49-50.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *op cit* 235.

“benoemt” (art 83), maar orgaan van het geheel, *de* Nederlandse gemeenschap.” Artikels 88 en 96 van die huidige Nederlandse grondwet bepaal soos volg: “De Staten-Generaal vertegenwoordigen de gehele Nederlandse volk” en verder: “De leden stemmen sonder last of ruggenspraak die het benoemen.”⁹⁴ By die *Staten-Generaal* van die hedendaagse Nederland word die verteenwoordigers nie benoem nie, maar verkies.⁹⁵ Hiermee is (soos ook in Frankryk en Duitsland) die “vrye mandaatsteorie” van verteenwoordiging ’n beginsel van die konsusionele reg in Nederland.

Die imperatiewe mandaatsteorie oor verteenwoordiging soos wat dit in die Middeleeue by die stande-vergaderings gegeld het, het gevolglik ook in Nederland ontwikkel tot ’n vrye mandaatsteorie oor verteenwoordiging wat gelding het by ’n moderne “verteenwoordigende regeringstelsel.” Die omvorming van die regeringstelsel in Nederland en die gelyktydige verandering in die opvattinge oor verteenwoordiging was ’n plotseling gebeurtenis soos in Frankryk, en nie ’n evolusionêre proses soos in Brittanje nie.

1 6 Ontwikkeling in Duitse staatsreg

Wat Duitsland betref, is die geskiedkundige ontwikkeling van die regeringstelsel ook van belang. Dit blyk egter reeds duidelik uit die bespreking van die historiese ontwikkeling van die verteenwoordigingsverskynsel in Brittanje, Frankryk en Nederland wat die posisie in verband met verteenwoordiging gedurende die Middeleeue in Europa was. Die feodale stelsel en die regeringstelsel van ’n absolute monargie wat hierdie regeringstelsel vervang het, is reeds in besonderhede bespreek. Die ontwikkeling van die verskynsel van verteenwoordiging gedurende die Middeleeue in Europa word gevolglik nie hier herhaal nie.

Duitsland het eers in 1870 as staat tot stand gekom as die sogenaamde Tweede Ryk.⁹⁶ Die Derde Ryk kom tot ’n einde in 1945 en die moderne Duitse staat kom as ’n federale staat in 1949 tot stand.⁹⁷

Wat die verteenwoordigingsbeginsel betref, bepaal die grondwet in Duitsland dat dit verbode is om “opdragte, orders of wysigings” aan verteenwoordigers te gee.⁹⁸ Artikel 38 paragraaf 1 sin 2 van die Grondwet bepaal (in vertaalde vorm): “Afgevaardigdes van die totale volk (is) aan opdragte en aanwysings nie gebonde nie, en slegs aan hul gewete onderworpe.”⁹⁹ Hierdie bepalings kom neer op ’n aanvaarding van die “vrye mandaatsteorie” soos dit by die bespreking van die historiese ontwikkeling in Brittanje, Frankryk en Nederland uiteengesit is en dienooreenkomstig kom dit neer op ’n verwerping van die “imperatiewe mandaatsteorie” van verteenwoordiging.

⁹⁴ Oud *Het Constitutioneel Recht van Het Koninkrijk der Nederlanden* 491 e v.

⁹⁵ Lijphart *The Netherlands Continuity and Change in Voting Behaviour, Electoral Behaviour* 230.

⁹⁶ Urwin “Germany: Continuity and Change in Electoral Behaviour” in Rose R *Electoral Behaviour* (1974) 109.

⁹⁷ Gilissen *De Twee Duitslanden* (1977) 12.

⁹⁸ Müller *op cit* 1 e v.

⁹⁹ *Ibid.*

1 7 Eie omskrywing

Die historiese ontwikkeling van verteenwoordiging in Engeland, Frankryk, Nederland en Duitsland het as eindbestemming "verteenwoordigende regeringstelsels" en 'n aanvaarding deur die staatsreg van die onderskeie lande van die sogenaamde "vrye mandaatsteorie" van verteenwoordiging. Dit is nou moontlik en dienlik om beide van hierdie begrippe nader te omskryf.

a *Verteenwoordigende regering*: Dit beteken 'n regering waar die regeeringsgesag namens die onderdane of volk uitgeoefen word. Dit beteken gevolglik die afwesigheid van arbitrêre uitoefening van owerheidsgesag soos wat dit by 'n monargale absolutisme aangetref word. Die gemeenskaplike kenmerk in die ontwikkeling van die Westerse regeringstelsels wat bespreek is, is gevolglik die feit dat die ontwikkeling plaasgevind het van 'n toestand waar owerheidsgesag op arbitrêre wyse uitgeoefen is tot 'n toestand waar owerheidsgesag namens die onderdane uitgeoefen word. Dit blyk duidelik uit hierdie historiese ondersoek dat verteenwoordigende regeringstelsels deel is van die erfenis van die Westerse beskawing.

b *Die vrye mandaatsteorie*: Hierdie teorie van verteenwoordiging beteken dat die verteenwoordigers nie gebonde is aan mandate wat hulle van die kiesers ontvang nie en gevolglik dat die verteenwoordigers die regeeringsgesag in nasionale belang uitoefen, terwyl elke verteenwoordiger slegs aan sy eie gewete gebonde is. Dit wil sê die verteenwoordigers is die verteenwoordigers van die hele gemeenskap (die nasionale staat) en nie slegs die verteenwoordigers van die persone wat hul verkies het is nie. Die hele gemeenskap word gevolglik verteenwoordig in nasionale belang en die nasionale belang geniet voorkeur bo die belang van die persone wat die verteenwoordigers daargestel het.

Die imperatiewe mandaatsteorie van verteenwoordiging beteken dat die verteenwoordiger die persone wat hom verkies het (die prinsipaal) teenoor 'n derde persoon verteenwoordig. Die verteenwoordiger is verder gebonde aan mandate (of opdragte) van die kiesers (die prinsipaal). Die imperatiewe mandaatsteorie van verteenwoordiging is die Middeleeuse opvatting oor verteenwoording en staan lynreg teenoor die opvatting in die moderne staatsreg oor verteenwoordiging wat neerkom op die vrye mandaatsteorie. By die imperatiewe mandaatsteorie tree die verteenwoordiger op in belang van dié deel van die gemeenskap wat hy verteenwoordig (dit wil sê in belang van sy prinsipaal), terwyl by die vrye mandaatsteorie van verteenwoordiging die verteenwoordiger optree in belang van die *hele* gemeenskap (dit wil sê in die nasionale belang). Om hierdie rede kan gesê word dat die moderne vrye mandaatsteorie van verteenwoordiging daarop neerkom dat die onderdane deur die verteenwoordigers (regering) verteenwoordig word, terwyl die Middeleeuse imperatiewe mandaatsteorie daarop neergekom het dat die onderdane teenoor die koning (regering) verteenwoordig was.

Daar moet beklemtoon word dat die ontwikkeling van die Middeleeuse opvatting oor verteenwoordiging wat neerkom op die imperatiewe mandaatsteorie van verteenwoordiging tot die moderne opvatting oor verteenwoordiging wat neerkom op die vrye mandaatsteorie *tesame* met die

omvorming van die regeringstelsel in Europa van 'n monargale absolutisme tot 'n regeringstelsel van verteenwoordigende regering plaasgevind het.

(word vervolg)

Bydraes vir publikasie, boeke vir resensie, korrespondensie met die redakteur en advertensies moet gestuur word aan die redakteur, posbus 1263 Pretoria 0001. Artikels moet in die reël nie langer wees nie as 7 000 woorde (20–25 bladsye getik op A4, dubbelspasiering). Tensy vooraf met die redakteur ooreengekom is, kan onmiddellike publikasie van bydraes nie beloof word nie.

Inskrywings op die blad moet gerig word aan die uitgewer: Butterworth, posbus 792, Durban 4000.

| | |
|---|----------------|
| WETSKAPSBIBLIOTEEK | |
| FAKULTeit - RECHTSGELEERDHEID | |
|  | |
| | DATUM |
| UNIVERSITEIT VAN PRETORIA | |

The application of the *audi alteram partem* rule in South African administrative law

(An analysis of the leading appellate division decisions)

Jérolde Taitz

LLB (Hons) Docts Jur B Iuris LLM

Senior Lecturer in the Faculty of Law, University of Cape Town

OPSOMMING

Ons howe het al verwys na die *audi alteram partem*-reël, of die reg om in 'n mens se eie verdediging aangehoor te word, as "heilig" en daar is erken dat dit gebaseer is op "natuurlike billikheid" of "fundamentele regverdigheid." Aanmerkings soos hierdie deur die hoogste regsprekende organe veronderstel dat daar volledig en vryelik aan die reël gehoor gegee word, behalwe onder buitengewone omstandighede. Dit is stellig waar dat geen persoon in Suid-Afrika deur die gewone howe, sowel straf- as burgerlike howe, onaangehoor veroordeel mag word nie. Tog is dit ook waar dat die geregtelike benadering tot die *audi alteram partem*-reël op die gebied van die administratiefreg, waar statutêre owerhede die bevoegdheid het om die lewe en vryheid van mense onherstelbaar te beïnvloed, sig nie leen tot so 'n eenvoudige aanwending nie. 'n Ontleding van die toonaangewende uitsprake van die appèlhof bring aan die lig dat die hof die toepassing van die reël op nie minder nie as sewe verskillende wyses regverdig. Sommige van hierdie regverdigings of benaderings bots, en sluit mekaar uit. Nogtans het die hof dit tot dusver nie goedgevind om hierdie botsende benaderings te verwerp of te kritiseer nie. Inteendeel, daar is onsuksesvolle pogings aangewend om die meer ernstig botsende benaderings met mekaar te versoen, en om 'n sintese te bereik. Die gevolg, soos hieronder aangetoon sal word, is 'n dubbelsinnige en verwarrende stel regsreëls.

Skyrwer bepleit ten slotte dat die howe die beginsel handhaaf dat elke persoon wie se regte deur administratiewe optrede geraak word of kan word, die absolute reg het om aangehoor te word, tensy hierdie reg hom deur die ondubbelsinnige geskrewe bevel van die parlement ontsê word.

1 INTRODUCTION

Whether the *audi alteram partem* rule¹ or "the right of an individual to be heard in his own defence"² owes its origin to divine clemency² or otherwise, there is little doubt that today the rule is of general application in all

¹ For a detailed analysis of the content of the Rule see Corder "The Content of the Audi Alteram Partem Rule in South African Administrative Law" 1980 *THRHR* 156.

² In *R v Chancellor, Masters and Scholars of the University of Cambridge* (1723) 1 STR 557 567 where the chief justice, referring to the Book of Genesis, stated "... even God himself did not pass sentence upon Adam before he was called upon to make his defence..." (see *The English Reports* vol 93, Kings Bench 698 704); cf Heuston *Essay in Constitutional Law* 2ed 115.

civilised states. In South Africa the rule has been referred to as “sacred”³ and its basis acknowledged as being founded on “natural justice or fundamental fairness.”^{3a} Comments such as these, from the highest judicial source in the country, presuppose a full and free compliance with the rule, save under exceptional circumstances.⁴ Certainly before the ordinary courts, criminal or civil, no person in South Africa may be condemned unheard.⁵ Yet in the field of administrative law where statutory authorities have the power to affect the lives and liberties of individuals irreparably, the judicial approach to the right of persons to be heard by such authorities, does not lend itself to such simple application.⁶ Apart from cases dealing with the right of an affected party to waive the *audi alteram partem* rule either expressly or by his actions and conduct^{6a} (or his acquiescence in the failure of an authority to afford him the right to be heard⁷), an analysis of the leading appellate division decisions indicates that the court has found justification for no fewer than seven different approaches to the application of the rule. Some of these judicial approaches are mutually exclusive. None the less, the court has seen fit not to overrule or criticise conflicting approaches. It has sought unsuccessfully to synthesise the more mutually destructive approaches. The result is, as will be observed below, an equivocal and confusing set of legal rules.

Before the relevant decisions are analysed it would not be inappropriate to consider briefly judicial review of administrative action. The supreme court has confirmed that it enjoys an inherent jurisdiction whereby it may supervise or review the exercise of power by administrative authorities.⁸ Such review jurisdiction is restricted to ensuring that, in the course of its proceedings, an administrative authority will not commit a judicially recognised irregularity or illegality.⁹ As a result of strict compliance with this approach, referred to as the *irregularity doctrine*, a list of judicially recognised irregularities has been established.¹⁰ The recognised irregularities may be classified under three headings:

i irregularities that relate to the jurisdiction of the authority, for example a decision that is beyond the jurisdiction of the authority (an *ultra vires* decision);

³ *Sachs v Minister of Justice* 1934 AD 11 38.

^{3a} *Winter v Administrator-in-Executive Committee* 1973 1 SA 873 (A) 890H.

⁴ In *Minister of Interior v Bechler & Others* 1948 3 SA 409 (A) 542 it was held that “. . . very exceptionally, the requirements of natural justice might be departed from.”

⁵ s 105 of the Criminal Procedure Act 51 of 1977; *Union Government v Mack* 1917 AD 731 739.

⁶ *Wiechers Administratiefreg* (1973) 225 *et seq*; Dean “Whither the Constitution?” 1976 *THRHR* 266 279 *et seq*.

^{6a} *Marlin v Durban Turf Club* 1942 AD 112 128.

⁷ LA Rose-Innes *Judicial Review of Administrative Tribunals in South Africa* (1963) 157–158.

⁸ *Johannesburg Consolidated Investment Corporation v Johannesburg Municipality* 1903 TS 111 114–115; *Klipriever Licensing Board v Ebrahim* 1911 AD 458 463–464; *Loxton v Kenhardt Liquor Licensing Board* 1942 AD 275 309 *et seq*; *Harnaker v Minister of Interior* 1965 1 SA 372 (C) 377.

⁹ *Shidiack v Union Government* 1912 AD 575 582–583; *National Transport Commission v Chetty's Motor Transport Co* 1972 3 SA 726 (A) 735.

¹⁰ *Harnaker v Minister of Interior* (*supra*) 377G.

ii an irregularity that offends the rules of natural justice, for example a failure by the authority to afford an affected party the right to be heard (within the judicial criteria considered below);

iii an irregularity resulting from an abuse of the power conferred by statute and/or of the common law (save as set out in (ii) above). This will include such irregularities as *mala fides*, ulterior purpose *et cetera* on the part of the authority.

Although the review jurisdiction of the court may be invoked through a number of procedures, for example declaration of rights, interdict *et cetera*, the most usual method is by way of common law review. An applicant instituting review proceedings must proceed by way of motion.¹¹ This procedure places a heavy burden on the applicant, particularly where he relies on circumstantial evidence.¹² In regard to whether a party has had the opportunity of being heard, proof of the factual situation in affidavit form would appear to present few problems. The difficulty facing an applicant under these circumstances is not of an evidential nature. Difficulties arise from the mutually destructive and often timid approaches to the *audi alteram partem* rule by the court. Any inconsistent or inequitable approach by the court to an important judicially recognised irregularity is critical, particularly when it is considered that the only relief that may be afforded an aggrieved individual is by virtue of the review jurisdiction of the court.

2 THE VARIOUS JUDICIAL APPROACHES TO THE *AUDI ALTERAM PARTEM* RULE

The major decisions that will be considered below span a twenty-one year period from 1954 to 1974. The decisions are all of the appellate division. The various judicial approaches will initially be found in the following four cases, *viz*:

- i *R v Ngwevela* 1954 1 SA 123 (A);
- ii *Laubscher v Native Commissioner, Piet Retief* 1958 1 SA 546 (A);
- iii *Pretoria Municipal Council v Modimola* 1966 3 SA 250 (A); and
- iv *South African Defence and Aid Fund v Minister of Justice* 1967 1 SA 263 (A).

These cases will be analysed separately and, where appropriate, subsequent appellate division decisions will be referred to.

2 1 R v Ngwevela 1954 1 SA 123 (A)

The facts:

i In terms of section 9 of the Suppression of Communism Act 44 of 1950 (presently known as the Internal Security Act), an individual may be served with a notice issued by the Minister of Justice, prohibiting him from

¹¹ Rule 53 of the Uniform Rules of Court.

¹² *Johannesburg Local Road Transportation Board v David Morton Transport Ltd* 1976 1 SA 887 895A-G.

attending any gathering of persons for a period stipulated in the notice (a banning order).

ii The act (more particularly section 11 (h)) provides that an individual failing to comply with the terms of a banning order is guilty of an offence and liable on conviction to a penalty in terms of the act.

iii The appellant Ngwevela, having been served with a banning order in terms of the act, attended a gathering in contravention thereof. He was accordingly charged before the magistrate's court and duly convicted. His appeal to the Cape provincial division was unsuccessful. With leave of that court he appealed to the appellate division.

iv Ngwevela appealed *inter alia* on the ground that before the minister exercised his banning powers, he, Ngwevela, as an affected party should have been given an opportunity of being heard in regard thereto. It was common cause that Ngwevela had not had an opportunity of being heard before the banning order was served on him.

The decision:

The appeal was upheld on the ground that the *audi alteram partem* rule had not been complied with.

The reasoning:

It was reasoned that in the cases where a statute empowers an authority to give a decision prejudicially affecting the property or liberty of an individual, such individual has the right to be heard before such action is taken against him, unless it is clear that parliament has expressly or by necessary implication excluded that right or that there are exceptional circumstances which would justify the court's not giving effect to the rule.¹³

Comment:

The five judges of appeal considering this case were unanimous in their decision. The court considered the possibility of a national emergency which may justify a failure to comply with the right to be heard. Centlivres CJ supported this reservation by reference to the English decision of *De Verteuil v Knaggs*¹⁴ in which Lord Parmoor held that "... a decision may have to be given on an emergency, when promptitude is of great importance; or there might be obstructive conduct on the part of the person affected."

Despite the subsequent decisions considered below,¹⁵ in 1970 in the case of *Publications Control Board v Central News Agency*¹⁶ Rumpff JA, while giving the unanimous decision of the court, expressed the law in regard to the *audi alteram partem* rule in the following terms:

¹³ Ngwevela's case 127, 129, 131 and 133.

¹⁴ 1918 AC 557 560-561.

¹⁵ *Laubscher v Native Commissioner, Piet Retief* 1958 1 SA 546 (A); *Pretoria City Council v Modimola* 1966 3 SA 250 (A); *S v Moroka* 1969 2 SA 394 (A); *South African Defence and Aid Fund v Minister of Justice* 1967 1 SA 263 (A) all of which are considered in this paper.

¹⁶ 1970 3 SA 479 (A) 488H-489A. Italics supplied.

"It is, of course, firmly established in our law that when a statute gives judicial or quasi-judicial powers to affect prejudicially the rights of person or property, *there is a presumption, in the absence of an express provision or of a clear intention to the contrary, that the power so given is to be exercised in accordance with the fundamental principles of justice.* One of the principles is that the person affected should be given an opportunity to defend himself or of being heard . . ."

This statement leaves little doubt as to the law. Rumpff JA considered the right to be heard as embodied in a presumption of law in favour of an affected individual, rebuttable only by the express provision or by the clear intention of the legislature. Citing *Ngwevela's* case with approval, Rumpff JA disagreed with the wording in the earlier case regarding the implied exclusion of the rule. In *Ngwevela's* case the court held that the rule was to be complied with unless parliament expressly or by necessary implication excluded its operation.¹⁷ The judge of appeal in the *Publications Control Board* case stated that before the rule could be excluded the court must find that this was the *clear intention* of the legislature and not merely the *necessary implication*.¹⁸

Referring again to the presumption the judge held:

"One begins with a presumption that the kind of statute referred to impliedly enacts that the *audi alteram partem* rule is to be observed, and because there is a presumption of an implied enactment the implication will stand unless the clear intention of Parliament negatives and excludes the implication . . ."¹⁹

The decision in the *Ngwevela* case as amplified by Rumpff JA in the *Publications Control Board* case may be considered as the first approach to the *audi alteram partem* rule and may be described as follows:

Every individual whose rights are affected by an administrative decision has the right to be heard unless it is clear that the legislature has excluded such right either expressly or that it clearly intended such exclusion. Under exceptional circumstances, for example a national emergency, the court may find that the circumstances of the particular case justified a failure in complying with the rule.

This first approach may be considered the judicial high water mark regarding the subject.

2 2 Laubscher v Native Commissioner, Piet Retief 1958 1 SA 546 (A)

The facts:

i In terms of the Native Trust and Land Act 18 of 1936 (as amended) no person had the right to enter a native trust area without the written consent of the person acting under the authority of the trustee. In the case under consideration the official authorised to give such written consent was the respondent, the native commissioner of Piet Retief.

ii Laubscher, an attorney, applied for written permission to enter a trust area in order to consult his client, a local chief. Permission was refused by the native commissioner.

¹⁷ 127F.

¹⁸ 489B-D; cf *Minister van Naturellesake v Mohnakgotla* 1959 3 SA 517 (A) 521.

¹⁹ 489C-D.

iii Laubscher applied unsuccessfully to the supreme court (the Transvaal provincial division) for relief. He thereupon appealed to the appellate division.

iv The gravamen of his complaint was that the respondent had not afforded him an opportunity of being heard before refusing his application to enter the trust property for the purposes of carrying out his lawful profession.

The decision:

The appeal was dismissed on the ground that there was no obligation on the part of the native commissioner to give Laubscher a hearing.

The reasoning:

Although the decision was unanimous, two separate and distinct *rationes decidendi* appear in the three judgments handed down.

The first, per Schreiner JA, may be considered a corollary to the first judicial approach as contained in *Ngwevela's* case. He ruled that the applicant was not entitled to a hearing, as he enjoyed no antecedent right to enter the trust land. The refusal by the native commissioner did not prejudicially affect his property or liberty, nor did the refusal affect any legal right he already held.²⁰ The judge stated that trust land should not be equated with private property and that the duty of the native commissioner was only to consider the application.²¹

The second judgment is that of Hall AJA. This judge, despite an earlier judicial caution by Schreiner JA in *Pretoria North Town Council v A1 Electric Ice Cream Factory (Pty) Ltd*²² against the adoption of the functional approach, based his ruling on the notoriously untenable functional classification.²³ He found that:

“... where an official is required by Statute to exercise a purely administrative discretion, he is under no obligation whatsoever to acquaint an applicant for permission with information upon which that decision may have been based.”²⁴

The third judgment handed down, that of Reynolds AJA, endeavours to straddle the judgments of Schreiner JA and Hall AJA and requires no further comment. Both the two other judges, Fagan CJ and Steyn JA concurred in the judgment of Schreiner JA.

Comment:

According to the rules of *stare decisis* it follows that the reasoning of Schreiner JA should have constituted the basis of any future decision on the point.²⁵

²⁰ 549E-G.

²¹ 549G.

²² 1953 3 SA 1 (A) 11.

²³ Robson *Justice and Administrative Law* (1951) 424 *et seq*; Street “Quasi-Judicial Acts and the Maxim Audi Alteram Partem” 1967 SALJ 386; Wiechers *Administratiefreg* 127 *et seq*.

²⁴ 554H.

²⁵ Kahn “*Ratio Decidendi and Divided Courts*” 1955 SALJ 6.

The functional approach with its trichotomy of administrative functions *viz* "judicial," "quasi-judicial" and "purely administrative" classifications owes its origin to the conceptional period of English administrative law. The place of this approach in South African law is doubtful. There was absolutely no reason for its adoption into South African law. Unfortunately neither space nor time permits any real criticism of the approach although further comment will be made in regard to it when the decision in *South African Defence and Aid Fund v Minister of Justice*²⁶ is considered below.

En passant Schreiner JA expressed the doubtful view that the value of the *audi alteram partem* rule would be lessened if it were applied outside its proper limits.²⁷ Irrespective of the correctness of this statement, subsequent courts, as will be observed below, used the statement as authority for further restricting the application of the rule.²⁸

Both the approaches adopted in *Laubscher's* case were used in *Administrateur van Suidwes-Afrika v Pieters*.²⁹ In terms of the existing law no foreign non-white may enter the territory of South West Africa without the necessary authority of the administrator-in-executive committee. Pieters, a non-white South African and qualified attorney, wished to reside and practise in South West Africa. He sought the necessary consent, which was refused without his having had the opportunity of being heard.

A South African attorney has the almost automatic right of admission as an attorney of the high court of South West Africa. Admission as an attorney entitled him to practise.

Pieters successfully applied to the high court of South West Africa for relief. His case was *inter alia* that he had not been afforded an opportunity of being heard. The appellate division reversed the decision of the court *a quo*. In regard to the *audi alteram partem* rule issue it based its decision on the two approaches found in *Laubscher's* case. Regarding the dichotomy of opinion in that case, the appellate division relied on both lines of reasoning. First, it found that Pieters had no existing rights that required protection³⁰ and, secondly, it found that the executive committee, in considering the application, exercised a "purely administrative" function with unlimited discretion.³¹

The finding that Pieters had no existing rights is difficult to comprehend. Clearly he had a right to practise as an attorney in the territory. This aspect does not appear to have been considered by the court. The facts in *Pieters's* case cannot be equated with those in *Laubscher's* case. *Laubscher* wished to consult with a client on the trust property. There was no reason for his not consulting with his client elsewhere. Pieters on the other hand had the right to practise in the territory. He had the further fundamental right to change his place of practice and residence.

²⁶ 1967 1 SA 263 (A).

²⁷ 549C.

²⁸ *Modimola's* case 262H; *S v Moroka* 398G.

²⁹ 1973 1 SA 850 (A).

³⁰ 861.

³¹ 861F.

The appellate division had occasion to refer to both *Laubscher's* case and *Pieters's* case in *Oberholzer v Padraad van Outjo*.³² The facts in that case were that one C made application to the respondent board for the closing of a private road on her property. The applicant, who lawfully used the road, lodged an objection against its closure with the respondent. The applicant received no notice of the respondent's meeting when the matter was to be considered and accordingly did not have the opportunity of being heard. The respondent, after hearing oral evidence by C, granted her application. The applicant instituted review proceedings and unsuccessfully sought to have the respondent's decision set aside before the court *a quo*.^{32a} In that court Hoexter J found that as the function exercised by the respondent was "purely administrative," there was accordingly no obligation on the part of the respondent to comply with the *audi alteram partem* rule. The judge cited both *Laubscher's* case and *Pieters's* case as authority for his decision. The appellate division, per Rumpff CJ, upheld an appeal by the applicant. The chief justice found that neither Laubscher nor Pieters in the two earlier cases enjoyed any right to enter the trust property (in the case of Laubscher) or South West Africa (in the case of Pieters). *Oberholzer's* case may be distinguished in that he was lawfully entitled to the use of the road on C's property.³³ He further found that certain issues resulting from the closure of a road may arise, which may be resolved only by the hearing of evidence.³⁴ Regarding the finding by the court *a quo* that the respondent's function was "purely administrative" and therefore that no hearing was necessary, Rumpff CJ adopted an approach similar to that taken by Schreiner JA in *Pretoria North Town Council v A1 Electric Ice Cream Factory (Pty) Ltd*.³⁵ While the Chief Justice did not question the rule that an authority performing a "purely administrative" function is under no obligation to comply with the *audi alteram partem* rule, he criticised the labelling of functions without due enquiry and gave warning of the consequences of such action. He stated:

"Hierdie etikettering van 'n funksie, sonder meer, is m.i. gevaarlik en kan lei tot ooreenvoudiging van die vraag of geregtigheid in besondere omstandighede geskied het of nie. Die doel, bewoording en samehang van wetgewing wat ter sprake is en die aard van die belang van 'n persoon wat deur optrede onder sodanige wetgewing geraak word, moet noukeurig oorweeg word."³⁶

Reverting to *Laubscher's* case, one may describe the two judicial approaches contained in the decision as follows: no person has the right to be heard (a) where the decision affecting him is of a "purely administrative nature" and (b) when the rights he seeks to protect are regarded by the court as being non-existent.

³² 1974 4 SA 870 (A).

^{32a} *Oberholzer v Die Padraad van Outjo* 1974 2 SA 168 (SWA).

³³ 1974 4 SA 870 (A) 876D.

³⁴ 876D.

³⁵ *supra*.

³⁶ 876A-B.

2 3 Pretoria City Council v Modimola 1966 3 SA 250 (A)

The facts:

i The local authority was empowered by law to expropriate immovable property in the interest of the community in terms of section 24(1) of the Group Areas Development Act 69 of 1955.

ii In the furtherance of a scheme allegedly in the interest of the community, a large area of land was expropriated. The land was the property of a number of owners including Modimola.

iii The local authority did not afford the owners an opportunity of being heard before the expropriation order was made.

iv Modimola successfully instituted proceedings in the Transvaal Provincial Division for the setting aside of the expropriation order on account of the failure of the authority to comply with the *audi alteram partem* rule. The local authority appealed against this decision to the appellate division.

The decision:

The decision of the court *a quo* was reversed, it being held that there was no obligation on the part of the local authority to afford a person affected by the expropriation order an opportunity of being heard in regard to it.

The reasoning:

The unanimous judgment of the court, per Botha JA, appears to be based on two separate lines of reasoning. The first is that where a group of persons is prejudicially affected by a decision of a public authority (in pursuance of an enabling statute) no single individual of that group is entitled to a hearing. This ruling by the learned judge is expressed as follows:

"In those statutes, for example, where a public authority is authorised to force a decision prejudicially affecting the property or liberty of the members of a whole community *e.g.*, to levy taxation on them or their property, or to restrict their movements, no principle of natural justice is violated by a decision taken under the statute without affording an opportunity to every individual member of the community to be heard before the decision, which obviously prejudicially affects his property or liberty, is taken."³⁷

The second line of reasoning is that where a statute confers powers on an authority which are to be exercised in the interest of the community as a whole, an affected party is not entitled to a hearing. The court is not concerned with the circumstances of any affected individual, the only question being whether the decision by the authority is in the interests of the community as a whole:

"In exercising its powers under such an enactment (*i.e.* an enactment which confers power on an authority to take a decision prejudicially affecting the members of a whole group) the public authority is guided solely by what is best for the community as a whole and the peculiar conduct or circumstances of any individual member of that community is a completely irrelevant consideration."³⁸

³⁷ 261H.

³⁸ 261H-262A.

Also of importance in this respect is the following:

"It is clear that sec 24(I)(a) is not directed against any individual. It authorises the Board to expropriate property required in the interest of the community as a whole. It is also clear . . . that the conduct or circumstances of an owner of property are in no way relevant to the question whether the acquisition of his property by way of expropriation is in the interest of the community or not."³⁹

Comment:

The first approach, *viz* that no individual member or group whose rights are prejudicially affected by an administrative act is entitled to be heard, was adopted with approval in *S v Moroka*.⁴⁰ The facts in that case were that a large group of blacks had occupied and resided upon a commonage, the property of the Native Land Trust. The local bantu commissioner, in terms of powers conferred on him by the Native Trust and Land Act 1936 (as amended), ordered the ejectment of the occupiers. A number protested on the ground that they had not been afforded the opportunity of putting their case before the ejectment order was made. The appellate division dismissed their appeal, basing its decision on the first line of reasoning in the *Modimola* case.⁴¹ It is interesting to note that counsel for the appellants argued that if no single individual was entitled to be heard, then the community as a whole should have been given an opportunity of being heard.⁴² This argument did not commend itself to the court. Viewed in the light of the judgment of Rumpff JA in the *Publications Control Board* case⁴³ and the tenuous difference between a person affected individually and a group affected jointly, this (first) line of reasoning appears illogical.

Perhaps a sounder line of reasoning may have been a finding that the nature of the particular expropriation order was of a legislative and not of an executive nature. No right to a hearing accrues to a party adversely affected by legislation or even subordinate legislation.⁴⁴ While the court has found that a proclamation made under the Group Areas Act is of a subordinate legislative nature,⁴⁵ it is doubtful whether an expropriation order under these circumstances may be afforded such status. In any event the point was not considered in *Modimola's* case.

The second approach is that where a statute confers power upon an authority to carry out an act or scheme (in the interest of the community as a whole), no individual prejudiced by such an act is entitled to be heard. The personal situation of an individual under these circumstances was considered irrelevant by the court. While this line of reasoning may appear sounder than the first, it is not convincing. The fact that a statute authorises an authority to act in the interest of the community, does not necessarily exclude the right of an affected individual to be heard. Neither does the

³⁹ 262F-G.

⁴⁰ *supra*.

⁴¹ 397A-398G.

⁴² 398A.

⁴³ 488H-489G.

⁴⁴ *South African Defence and Aid Fund case supra* 277H.

⁴⁵ *ibid*; see also *Harnaker v Minister of Interior supra* 378B.

particular enactment expressly or by clear implication exclude the *audi alteram partem* rule.

In *Modimola's* case the court failed to consider the basic rule of statutory interpretation requiring a strict construction to be placed upon statutory provisions which interfere with "elementary rights."⁴⁶ If this principle of interpretation has the meaning, particularly in regard to fundamental rights, given to it by the Roman-Dutch jurists⁴⁷ and subsequently ratified by the courts,⁴⁸ the decision in *Modimola's* case would appear to be erroneous. It could hardly be argued with any conviction that the right to be heard is not a basic fundamental right, although the decision in *South African Defence and Aid Fund v Minister of Justice* (as considered below) appears to place this submission in issue.

Reverting to the rule of strict construction regarding an interference with basic rights, one could contend that this rule is rendered ineffective by the presumption in favour of the public interest. This presumption also found favour with the Roman-Dutch jurists.⁴⁹ It is cited with approval in a number of cases.⁵⁰ In *Transvaal Investment Co v Springs Municipality*⁵¹ where the issue related to the validity of a retrospective enactment (but one in favour of the community as a whole) the court, per Solomon JA, held:

"The true rule seems to me to be, at any rate in the cases in which the public advantage alone is sought, that where the general object of the Act is plain, and where the natural meaning of the special provisions which operate retrospectively is clear, then the private rights concerned are, notwithstanding cases of hardship, governed by the retrospective provisions."⁵²

In *Modimola's* case it was not the validity of the legislative enactment that was in issue, but a decision made by the local authority in pursuance thereof. This decision was attacked on the ground that the fundamental right of an affected party to be heard had not been complied with. The cases which ratify the existence of a presumption in favour of the public interest relate to validity of the legislation *per se* and do not suggest the precedence of such legislation over the fundamental rights of the individual. This may be seen in regard to compensation for property expropriated. The cases which establish the presumption in favour of the public interest do not suggest that where compensation is not expressly mentioned in the enactment a party affected is not entitled to compensation simply because the expropriation is in the public interest. On the contrary, there is authority that in the absence of express legislative provision or clear intention to the

⁴⁶ *Dadoo Ltd v Krugersdorp Municipal Council supra* 552; *Vrystaat Ko-operasie Bpk v Minister van Landbou-Ekonomie en Bemarking* 1965 3 SA 377 (A) 382.

⁴⁷ Steyn *Die Uitleg van Wette* 5 ed 103 *et seq.*

⁴⁸ *Dadoo Ltd v Krugersdorp Municipality supra* 552; *Transvaal Investment Co v Springs Municipality* 1922 AD 337 347; *Shaboodien v Sekretaris van Binnelandse Sake* 1971 3 SA 684 (C) 688-689.

⁴⁹ Steyn *op cit* 124 *et seq.*

⁵⁰ *Stellenbosch Divisional Council v Myburgh* (1887) 5 SC 8 13; *Cape Provincial Administration v Honiball* 1942 AD 1 14.

⁵¹ 1922 AD 337.

⁵² 358.

contrary an individual is entitled to compensation for property expropriated.⁵³ The right to be heard is no less valid nor less important than the right to compensation.

Modimola did not contest the validity of the enactment, nor did he enter into any issue regarding the precedence of his interest over that of the public. His complaint was that he was not afforded the right to be heard before the authority exercised its decision, an aspect which appears to have been overlooked by the court. Finally, Modimola's reasons for wishing to retain his property could not have been anticipated by the local authority or by the court until he had been given the opportunity of being heard. Can the present market value of expropriated land ever compensate an individual who, in future, may not be able to own any land on account of legislation to the contrary?

Arising from *Modimola's* case are the following further judicial approaches to the *audi alteram partem* rule, viz (a) no single member of the community as a whole, whose rights jointly and/or severally is prejudicially affected by an administrative decision is entitled to be heard; and (b) no person has the right to be heard if his rights are prejudicially affected in the interest of the community as a whole.

2 4 South African Defence and Aid Fund v Minister of Justice 1967 1 SA 263 (A)

The facts:

i(a) In terms of section 2 of the Suppression of Communism Act 1950 (now the Internal Security Act 1950) the State President may by proclamation outlaw any organisation if satisfied about the existence of certain factual situations, for example that the organisation professes by its name or otherwise to be an organisation for propagating the principles of or promoting the spread of communism or has as one of its purposes the object of propagating the principles of, or the furthering of any of the objects of communism *et cetera*.

i(b) The effect of an organisation's being so outlawed is its liquidation and the vesting of its assets in a liquidator. After the payment of the organisation's debts, the legal costs of its liquidation *et cetera*, any free residue may be distributed to such scientific or charitable organisations as may be determined by the Minister of Justice. Any property not realised by the liquidator is to be disposed of in such manner as the minister may direct.

A further consequence of the organisation's being outlawed is that it becomes an offence for any person to continue to be a member or officer of such organisation or to carry on directly or indirectly in any activity which the organisation could have previously engaged in (sections 3 and 4 of the act).

⁵³ *Freeman v Colonial Secretary* 1889 NLR 71 73; *Blackmore v Moodies GM and Exploration Co Ltd* 1917 AD 402 416; *Union Government v Schierhout* 1925 AD 322 348.

i(c) In terms of the act a three-stage procedure leading up to the outlawing of an organisation is provided for, *viz*:

1 An enquiry into the functions of the organisations by a committee of three members appointed by the minister is held. One member of this board is to be a senior magistrate. After its enquiry the board is obliged to submit a factual report about the organisation to the minister (section 17);

2 The minister is obliged to consider such factual report. He may thereafter place the matter before the state president to take the necessary action (section 17);

3 Thereafter if satisfied about the unlawful functions of the organisation, the state president may issue the necessary proclamation (section 2(2)).

i(d) In terms of section 2(2) the state president is specifically empowered to take the necessary action without giving any notice to the organisation.

ii The applicant, the South African Defence and Aid Fund, (hereafter referred to as the Fund) was an organisation whose objects were: the protection of human rights and civil liberties; the assistance of persons thought to have lost such rights or liberties; and the collecting of funds for these objects.

iii In terms of the act an enquiry was made into the functions of the Fund. The necessary procedures were carried out and the Fund was declared an unlawful organisation in terms of the act.

iv It was common cause that the Fund was at no stage afforded an opportunity of being heard in its defence.

v The Fund unsuccessfully applied to the Cape provincial division for the setting aside of the proclamation. On appeal before the appellate division the Fund argued that, although it was not entitled to be heard by the state president before he issued the proclamation, it should have been heard in its defence either before the board of enquiry or by the minister.

The decision:

By a majority of three (Steyn CJ, Botha and Van Blerk JJA) to two (Williamson and Trollip JJA dissenting) the appellate division held that the Fund was not entitled to a hearing.

The reasoning:

The majority judgment was expressed by Botha JA. From a full analysis of the judgment it would appear that the majority held, first, that unless the rights of a party are affected by the exercise of delegated power, such an act is not of a "quasi-judicial nature." Flowing from this ruling, the court further held that unless the (administrative) act is of a "quasi-judicial nature" the individual concerned is not entitled to a hearing.⁵⁴ The judgment does not end on this note. The majority of the court introduced an extraordinary

⁵⁴ 270C-G 271H-272C; cf the dissenting judgment of Williamson JA 278B-G.

approach to the *audi alteram partem* rule. It was held that where non-compliance with the this rule is alleged an “initial enquiry” into the relevant legislative enactment must be instituted by the court. The purpose of the enquiry is to establish whether the right to be heard has been provided for in the enactment either expressly or impliedly.⁵⁵ In other words, the court held that the right to a hearing is nothing more than a privilege which, if not provided for by the legislature (either expressly or by implication), does not exist. This ruling runs contrary to the first approach established by the court in the *Ngwevela* case.⁵⁶ Once he had rejected this first approach or criterion Botha JA was able to examine the nature of the functions exercised by the enquiry board and by the minister in terms of the act and state regarding such examination:

“The question whether Parliament has in any particular case either expressly or by clear implication excluded the incorporation of the maxim *audi alteram partem* can only arise where, upon the true construction of the enactment concerned, the incorporation of the maxim is implied, for, where it cannot be implied, there is obviously no need to exclude it. The first question to be determined must, therefore, always be whether the enactment concerned impliedly incorporates the maxim . . .”⁵⁷

Botha JA found that the function of the investigating board was merely to ascertain the factual situation and submit a report to the minister. He held that it was not required to decide anything and therefore its report could not affect the rights of the Fund. While conceding that the factual report of the board and its consideration by the minister were essential steps that could ultimately lead to the issue of the proclamation “and even substantially contribute to it” the judge found that

“ . . . it cannot be said that, in terms of the relevant provisions of the Act, there exists between the report and the decision by the State President to declare an organisation an unlawful organisation such a causal relationship to justify the conclusion that the rights of the organisation are affected by the report.”⁵⁸

Further, the judge found that neither the minister nor the state president was limited to the information contained in the factual report. They could rely on information gleaned elsewhere.^{58a} Finally, in regard to the Fund’s being heard by the minister, Botha JA expressed the view that in performing his functions in terms of the act, the minister in no way affected the rights of an organisation. The Fund was therefore not entitled to a hearing.⁵⁹

Comment:

The dissenting judgments of Williamson JA⁶⁰ and Trollip JA⁶¹ follow the traditional approach as established in the *Ngwevela* case⁶² and subsequently ratified in the *Publications Control Board* case.⁶³ Williamson JA expressed doubt as to the efficacy of the functional approach.⁶⁴ He suggested

⁵⁵ 270F.

⁵⁶ *Ngwevela’s* case *supra* 127E-F; *Publications Control Board* case *supra* 488H 489D.

⁵⁷ 270E-F.

⁵⁸ 271D-E.

^{58a} 271B.

⁵⁹ 275B.

⁶⁰ 275.

⁶¹ 283.

⁶² 127E-F.

⁶³ 488H-489D.

⁶⁴ 278B-F.

that recourse be had to certain well-known English decisions as authority for the *audi alteram partem* rule, more particularly *Ridge v Baldwin*,⁶⁵ *Local Government Board v Arlidge*⁶⁶ and *R v Registrar of Building Societies*.⁶⁷

Trollip JA refused to accept the basis of the initial critical enquiry as expounded by Botha JA. "The only question that . . . arises here" he held, "is, does the act itself expressly or by necessary implication exclude (the Rule?)"⁶⁸ He also turned to English law for authority and cited with approval⁶⁹ the following statement by Swift J in *Denby (William) and Sons Ltd v Minister of Health*:⁷⁰

"It was argued before me that the person who held the enquiry was not a judicial functionary but was merely a collector of information . . . I do not think that this is the right view to take of the position of the person who holds the enquiry. He is, in my opinion, an administrative officer helping in the administration of the Act of Parliament, but he comes more nearly to the position of a judicial functionary, or as nearly to that position as the Minister himself does. It seems to me obvious that he, in discharging his duties, must be bound by the dictates of natural justice."

The strict relevance of certain of the English cases cited, including *Denby (William) and Sons Ltd v Minister of Health* and *Local Government Board v Arlidge* was questioned by the chief justice in a brief judgment.⁷¹ This criticism by the chief justice appears well-founded.

The finding by Botha JA that the right to be heard is available to an aggrieved party if, and only if, provision for the right has been made by the legislature has no foundation in South African law. There is no authority for this proposition in Roman-Dutch law or in English law, the two systems upon which South African law is founded. The fact that the majority judgment saw fit to fly in the face of existing decisions of the appellate division without finding that the previous decisions were given *per incuriam*, casts doubt on the integrity of the *stare decisis* doctrine. It begs the very question as to the value of the doctrine, raised subsequently by Botha JA in *Theron v Wellington Ring van die NG Sendingkerk in Suid-Afrika*.⁷² In that case Botha JA found himself in the minority despite his expressing a correct interpretation of the existing law. In that case his judgment rings with the plea for the very doctrine he ignored in the *Defence and Aid Fund* case.

The *Publications Control Board* case was decided subsequent to the *Defence and Aid Fund* case and it appears that the court wished to relegate the *Defence and Aid Fund* decision to the limbo of cases better forgotten. But it was not to be. The issue has become more complicated with the resurrection of the *Defence and Aid Fund* decision in *Winter v Administrator-in-Executive Committee*,⁷³ and the attempt in that case by the court to reconcile the mutually destructive approaches contained in the *Ngwevela* and the *Defence*

⁶⁵ (1963) 2 All ER 66, cited at 276E-F.

⁶⁶ 1915 AC 120, cited at 278H.

⁶⁷ (1960) 2 All ER 549, cited at 280B-H.

⁶⁸ 284A.

⁶⁹ 287A-B.

⁷⁰ (1936) 1 KB 337 342.

⁷¹ 266, 267.

⁷² 1976 2 SA 1 (A) 11H.

⁷³ 1973 1 SA 873 (A) 888H-889C.

and *Aid Fund* cases. In *Winter's* case the applicants (the Bishop of Damaraland and certain other serving members of the Anglican Church in South West Africa) were issued with deportation orders. They were afforded no opportunity of being heard in regard thereto. The applicants unsuccessfully appealed to the appellate division. Ogilvie Thompson CJ who gave the unanimous decision of the court, found that the applicants did not have a right to be heard. In his judgment the Chief Justice based his decision on the *Defence and Aid Fund* case and more particularly on the *Ngwevela* decision:

"The Proclamation makes no express provision for a prospective deportee to state his case. The deportation orders, however, obviously prejudicially affected the liberty, and possibly also the property, of the applicants. Under such circumstances the applicability of the maxim *audi alteram partem* will, generally speaking, ordinarily be applied (*South African Defence and Aid Fund and Another v Minister of Justice* 1967 (1) SA 263 AD at p 270) but, as was also pointed out in that case (*ibid*), the initial enquiry must nevertheless always be whether the particular enactment in issue impliedly incorporates the maxim. Before addressing myself more specifically to that enquiry, I make three preliminary observations. First . . . Secondly, after an exhaustive examination of the maxim *audi alteram partem* in *R v Ngwevela* 1954 (1) SA 123 (AD), it was stated by Centlivres CJ at p 131H that:

*'The maxim should be enforced unless it is clear that Parliament has expressly or by necessary implication enacted that it should not apply or that there are exceptional circumstances which would justify the Court's not giving effect to it.'*⁷⁴

Clearly the chief justice regards the two criteria as being co-extensive and has endeavoured to reconcile them. The judgment continues with comment on the meaning of "necessary implication" and the decision in *Publications Control Board v Central News Agency* was brought into the crucible, as follows:

" . . . the use of the word "necessary" in this context has been criticised as placing the criterion of exclusion unduly high . . . this Court has now accepted that the implication that maxim should apply operates 'unless the clear intention of Parliament negatives and excludes the implication' (see *Publications Control Board v Central News Agency Ltd* 1970 (3) SA 479 (AD) at 489) . . ."⁷⁵

The chief justice failed to come to grips with the fact that the *Ngwevela* decision and the decision in the *Defence and Aid Fund* case are mutually destructive. The attempt to reconcile these decisions appears to be illogical. Either the right to be heard is available to all persons who are prejudicially affected by an administrative decision (except where this right has been excluded by parliament expressly or by clear implication), or the right to be heard is available only where parliament has expressly or by necessary implication included such right. What appears to have confused the issue is the suggestion by Botha JA in the *Defence and Aid Fund* case that parliament impliedly intended the right of a hearing to be included where a person is prejudicially affected by the administrative act.⁷⁶ Whether or not the approach in the *Defence and Aid Fund* case is logical when not reconciled with the approach in the *Ngwevela* case, it remains incorrect in law.

Reverting to the *Defence and Aid Fund* case, one must still consider the appraisal by Botha JA of the functions of the enquiry board and that of the minister. The judge found no "causal relationship" between the factual

⁷⁴ 888H-889B (italics supplied).

⁷⁵ 889C-D (italics supplied).

⁷⁶ *SA Defence and Aid Fund* case 270C-G.

report by the board and the decision by the state president.⁷⁷ He explained the term "causal relationship" in these terms:

"No causal link can . . . be said to exist between the committee's report and the State President's decision . . . and they cannot in any way be regarded as constituting one single proceeding."⁷⁸

Seen in the light of the three (legislative) phases leading to the outlawing of an organisation, this line of reasoning is not convincing. The fact that the state president is not obliged to rely on the factual report does not make this reasoning any more convincing. Although the statute in question confers the power upon the state president to issue the necessary outlawing proclamation if he is satisfied about the unlawful activities of the association,⁷⁹ might the reference to the State President not mean "the state president acting by and with the advice of the executive council, i.e. the state president-in-council? This was the finding by Corbett J in the court *a quo*.⁸⁰ This finding and its significance appear to have been neglected by Botha JA and if correct in law, the reference to the *causal connection* between the board and the state president is quite meaningless. The significance of the finding is that the decision to outlaw an organisation is made by the minister or by the executive council, and that the function of the state president in issuing the proclamation may be likened to that of a mere rubber stamp. In any event the board conducts an enquiry into a factual situation and must ultimately present a report. The notion of a body of three individuals simply recording data in a mechanical fashion without making a decision that may affect the subject of the enquiry is equally unconvincing. The board must get its information from some extraneous source. The choice of witnesses or methods of investigation into the factual situation necessitates decisions that may directly affect the rights of the organisation.⁸¹ Finally, if the state president refers to the report at all, the rights of the organisation are affected. In the general scheme of things it would be highly unlikely that the minister would submit the matter to the state president for the necessary action if the factual report denies unlawful conduct on the part of the organisation.

On the other hand, if the report by the board was in favour of the organisation, or was so bland as to be ineffective, the submission of the matter to the state president by the minister must be based on information gleaned by him elsewhere or be activated by some ulterior motive on his part. The ruling by the court that the minister's function does not affect the rights of the organisation is therefore equally unsound.⁸²

By basing its decision on a combination of the tenuous functional approach and the ruling that the *audi alteram partem* rule is applicable only if included by the legislature, the majority decision has sown the seeds of

⁷⁷ 271C-E.

⁷⁸ 273D-E.

⁷⁹ s 2(2) of the Suppression of Communism Act (now the Internal Security Act) 44 of 1950.

⁸⁰ *SA Defence and Aid Fund v Minister of Justice* 1967 1 SA 31 (C) 33F.

⁸¹ For a critical review of the *SA Defence and Aid Fund* case see Wiechers 1967 *THRHR* 56. Wiechers found the logic of the majority judgment difficult to comprehend.

⁸² 275B.

doubt and confusion regarding the rule. In conclusion, it would not be inappropriate to quote a criticism of the majority decision in the *Defence and Aid Fund* case by a renowned English jurist:

"I believe . . . that it is impossible to decide cases of this kind by labelling a function as 'quasi-judicial' or 'administrative.' Proceedings that lead up to Government decisions are so complex that there is no single answer."⁸³

The two judicial approaches which were established in this case may be summarised as follows:

a No person is entitled to a hearing unless the administrative act is of a "quasi-judicial" nature. Unless the rights of the affected individual are affected by such administrative act, it is not of a "quasi-judicial" nature. In other words, no person is entitled to be heard unless the administrative act complained of is of a "quasi-judicial" nature.⁸⁴

b The right to be heard is not impliedly incorporated in any legislative enactment nor is it part of the common law of South Africa. A judicial enquiry is necessary in order to ascertain whether the right to be heard is incorporated either expressly or by necessary implication in the legislative enactment. In this approach the right to be heard is seen as a privilege which may be conferred only by legislation, expressly or by implication.

If the approach in the *Ngwevela* case as amplified by the *Publications Control Board* case may be considered the judicial high water mark, then the relegation of the right to be heard from a presumption of law to a mere privilege which depends on the result of a judicial enquiry whether the legislature intended to include such privilege, must be considered the ebb-tide mark regarding the subject.

3 CONCLUSION

In the final analysis the following seven judicial rulings regarding the right of an individual to be heard in respect of an administrative decision may be considered to be the existing law.

i Every individual whose rights are prejudicially affected by an administrative act has the right to be heard unless it is clear that parliament has excluded such right either expressly or by clear intention. Under very exceptional circumstances, e.g. a national emergency, the court may find that a failure to comply with the rule is justifiable. The right to be heard may be considered a presumption in favour of the affected individual.⁸⁵

ii No person has the right to be heard where the act complained of is of a "purely administrative" nature or is the result of an authority performing a "purely administrative" function with an unlimited discretion.⁸⁶

⁸³ Street *op cit* 387.

⁸⁴ The "functional" approach in this case may be compared with that in *Laubscher's* case 554H (above); see text relating to notes 22 and 35.

⁸⁵ *R v Ngwevela supra* 127 *et seq*; *Publications Control Board v Central News Agency* 488H-489D.

⁸⁶ *Laubscher v Native Commissioner, Piet Retief supra* 554 and *Administrateur van Suidwes-Afrika v Pieters supra* 861D-F.

iii No person has the right to be heard unless the administrative act complained of is of a "quasi-judicial" nature.⁸⁷

iv No person has the right to be heard where the rights he seeks to protect are considered by the court to be non-existent.⁸⁸

v No member of a community or group either jointly or severally has the right to be heard under circumstances where the whole group is prejudicially affected by an administrative decision.⁸⁹

vi No person has the right to be heard where his rights are prejudicially affected in the interest of the community as a whole.⁹⁰

vii The *audi alteram partem* rule is not available to an affected individual as of right. Where such party seeks judicial relief on the ground that the relevant administrative authority has failed to comply with the rule, the court will examine the legislative enactment in order to ascertain whether it was the intention of the legislature, either expressly or by implication, to include the provisions of the rule. Thus the right to be heard is seen as a privilege which may be afforded to an affected party by the legislature.⁹¹

That the right to be heard in one's defence is one of the most fundamental judicial rights which an individual enjoys, is to state the obvious. Unless this right is fully recognised, justice can hardly be seen to be done and even less be said to be done. Yet the court has, through the machinations of the functional approach and other legalistic reasoning, curtailed this right. Why has the court adopted this limited approach?

It is perhaps appropriate at this stage to consider the appellate division decision in *Turner v Jockey Club of South Africa*.⁹² In this case the court, per Botha JA,⁹³ came out strongly against the failure by a disciplinary tribunal of the Jockey Club to afford the applicant a fair hearing in regard to certain allegations of corrupt practices against him. In the course of the disciplinary trial, the applicant had not been informed that certain evidence, obtained at an earlier hearing against a third party, was considered by the tribunal to count strongly against him nor was he afforded an opportunity of rebutting this evidence. In his decision, Botha JA equated the "principles of national justice" with "fundamental principles of fairness."⁹⁴ The judge cited numerous English decisions in support of his findings regarding the application of the "principles of fairness" which "... underlie our system of law as well as the English law."⁹⁵

⁸⁷ *South African Defence and Aid Fund v Minister of Justice* 1967 1 SA 263 (A) 270A *et seq.*

⁸⁸ *Laubscher v Native Commissioner, Piet Retief supra* 549.

⁸⁹ *Pretoria City Council v Modimola supra* 261H and *S v Moroka* 1969 2 SA 394 (A) 398.

⁹⁰ *Pretoria City Council v Modimola supra* 262F.

⁹¹ *South African Defence and Aid Fund v Minister of Justice* 1967 1 SA 263 (A) 270B-E; *Winter v Administrator-in-Executive Committee supra* 889.

⁹² 1974 3 SA 633 (A).

⁹³ The judgment in *Modimola's* case and the majority judgment in *SA Defence and Aid Fund* case are also that of Botha JA.

⁹⁴ *inter alia* 645F-A; 646G; 651C-D.

⁹⁵ 645F-G.

While this decision appears to open the door to the adoption of the English judicial approach of "fundamental fairness"⁹⁶ this is not the position. The judge indicates clearly that the duty to act fairly relates only to domestic tribunals of voluntary associations.⁹⁷ In regard to statutory tribunals (administrative authorities) he finds that their

"... obligation to observe the elementary principles of justice derives from the expressed or implied terms of the relevant enactment."⁹⁸

In other words, Botha JA merely reiterated his basic ruling in the *Defence and Aid Fund* case, viz that an affected party is entitled to a hearing, only if the enabling act has provided for such hearing, either expressly or by necessary implication.

The judgment by Botha JA in *Turner's* case exposes once again the disturbing and questionable judicial failure to enforce the right of an individual, affected by executive action, to be heard in his defence. The use of the fine terms in *Turner's* case such as "fundamental fairness," "fair-play" and "fundamentally unfair" in regard to a failure to comply with an individual's right to be heard before a domestic tribunal only appears to make a mockery of the *audi alteram partem* rule. It is not possible to answer the question why he court has seen fit to limit the right of an individual to be heard in regard to the decision of an administrative authority, in simple terms. However, the answer to another simple question will indicate how illogical and unjust any judicial decision limiting the right of any individual to be heard in his defence is. That question is "*would the authority making the decision have acted differently if the individual concerned had been given a hearing?*" If the answer is in the negative, then clearly no harm would have ensued by allowing the party to state his case. If, on the other hand, there would have been or may have been a different decision, then in interests of simple justice a hearing should have been granted.

Elsewhere a plea to the court to establish an informal judicial bill of rights has been made.⁹⁹ One of the three principles which the court was requested to enshrine is the absolute right of any individual, who is or who may be affected by any administrative decision, to be heard in his defence — such right to be denied only on the unequivocal written command of parliament.

□

⁹⁶ For a detailed analysis of the English approach to fundamental fairness, see Baxter "Fairness and Natural Justice in English and South African Law" 1979 *SALJ* 607, more particularly 625 *et seq.*

⁹⁷ *Turner's* case 646A.

⁹⁸ 645A.

⁹⁹ Taitz "Let the Courts Protect our Rights" *Sunday Times* 15 Nov 1981.

Beheerde Aandeleblokskemas v Deeltitelskemas (*vervolg*)*

CG van der Merwe

BA (Hons) BCL LLB

Professor in die Privaatreg aan die Universiteit van Stellenbosch

DW Butler

B Comm LLB

Senior Lektor in die Handelsreg aan die Universiteit van Stellenbosch

4 VERSKILLE TUSSEN AANDELEBLOKSKEMAS EN DEELTITELSKEMAS

Uit die voorgaande blyk dit dat die Wet op die Beheer van Aandeleblokke grootliks in sy doel geslaag het om deur strengere beheer 'n aandeleblokskema 'n veilige en aantreklike alternatief vir groepsbehuising naas 'n deeltitelskema te maak. Daar bestaan egter nog basiese verskille tussen die twee skemas wat die een skema in sommige opsigte voordeliger en die ander skema in ander opsigte voordeliger maak. In wat volg sal die belangrikste verskille tussen 'n aandeleblokskema en 'n deeltitelskema aangetoon word en sodoende op die voor- en nadele van die onderskeie skemas gewys word.

4 1 Aard van skema

Afhangende van die soort skema wat deur die ontwikkelaar beoog word, sal dit in sommige gevalle vir hom wensliker wees om die skema eerder in die vorm van 'n aandeleblokskema as in die vorm van 'n deeltitelskema te ontwikkel. Weens die vereistes waaraan 'n deeltitelskema moet voldoen, sal dit in ander gevalle vir die ontwikkelaar slegs moontlik wees om 'n aandeleblokskema te ontwikkel.

Die Wet op Deeltitels¹²⁷ stel verskeie vereistes met betrekking tot die belang in die grond waarop 'n deeltitelskema ontwikkel word, die hoedanigheid van die grondstuk en die aard van die gebou wat op die grond opgerig word. Indien nie aan hierdie vereistes voldoen word nie, kan 'n ontwikkelaar nie 'n deeltitelskema nie, maar wel nog 'n aandeleblokskema

* Sien 1982 *THRHR* 109-131.

¹²⁷ 66 van 1971.

op die perseel ontwikkel. Die Wet op Deeltitels vereis dat die ontwikkelaar die geregistreerde eienaar moet wees van die grond wat as deeltitelskema geëksploteer word.¹²⁸ Ingevolge die Wet op die Beheer van Aandeleblokke, daarenteen, hoef die aandeleblokmaatskappy nie noodwendig die eienaar te wees van die grond waarop die skema ontwikkel word nie, maar kan die maatskappy die grond slegs huur.¹²⁹ Die grond waarop die deeltitelskema bedryf word, moet verder binne die regsgebied van 'n plaaslike bestuur, soos 'n dorpsraad, buitestedelike raad, afdelingsraad of gesondheidsraad geleë wees.¹³⁰ In gebiede wat buite die regsgebied van 'n plaaslike bestuur val, soos bergagtige streke van Natal en dele van Oos-Transvaal, kan 'n ontwikkelaar wat vakansiewoonstelle beoog nog steeds van 'n aandeleblokskema gebruik maak.¹³¹ Die Wet op Deeltitels vereis verder dat 'n deeltitelskema nie op twee afsonderlike grondstukke ontwikkel mag word nie en dat die twee grondstukke gekonsolideer moet word in die akteskantoer voordat met deeltitelontwikkeling begin kan word.¹³² Sodanige konsolidasie word nie vereis vir die ontwikkeling van 'n aandeleblokskema nie. Vermoedelik kan 'n aandeleblokskema dus ontwikkel word op twee aangrensende grondstukke wat aan die aandeleblokmaatskappy behoort of deur die maatskappy gehuur word. Met betrekking tot die gebou wat op die grondstuk opgerig word, vereis die Wet op Deeltitels dat die gebou of geboue wat op die grond opgerig word in ten minste twee dele verdeel kan word¹³³ en dat die gebou 'n bouwerk van permanente aard moet wees.¹³⁴ Hieruit volg dat 'n deeltitelskema nie betrekking kan hê op 'n groep losstaande rondawels en 'n woonstelblok tesame met een of meer losstaande rondawels¹³⁵ of 'n karavaanparkskema waarby houtafskortings verskillende staanplekke aandui en 'n skema wat bestaan uit 'n groep voorafvervaardigde eenhede nie. Aangesien die Wet op die Beheer van Aandeleblokke geen vereiste ten opsigte van die gebou stel nie, kan aandeleblokskemas waarskynlik in bogenoemde gevalle aangewend word om die beoogde resultaat te bereik.

Die Wet op Deeltitels stel verder verskeie kriteria waaraan 'n deeltitelskema moet voldoen voordat dit deur die plaaslike bestuur goedgekeur kan word. Eerstens mag 'n deeltitelskema nie bots met 'n goedgekeurde of voorgenome dorpsaanlegskema nie.¹³⁶ Hoewel die Wet op die Beheer van Aandeleblokke 'n soortgelyke voorskrif bevat,¹³⁷ maak 'n oorgangsbepaling hierdie verbod nie van toepassing op geboue wat reeds voor

¹²⁸ a 1(xxi) van Wet 66 van 1971.

¹²⁹ a 7(1) van Wet 59 van 1980. Sien bv *Barcelona Ltd v Coinland (Pty) Ltd* 1977 4 SA 751 (D).

¹³⁰ a 1(xxi) en a 4(1) gelees met a 1(xxiv) wat na a 84(1)(f) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 32 van 1961 verwys.

¹³¹ Sien Van der Merwe *Sakereg* 289.

¹³² a 5(2)(a) van Wet 66 van 1971. Let daarop dat geboue wat deel van 'n aandeleblokskema vorm nie eens noodwendig op aangrensende grondstukke geleë hoef te wees nie. Dit kan onwenslike resultate tot gevolg hê.

¹³³ a 1(xxi) en 1(xi)(a).

¹³⁴ a 1(xi).

¹³⁵ Sien ook Cowen "Blockshareholding or Sectional Title?" 1975 *THRHR* 94.

¹³⁶ a 4(6) van Wet 66 van 1971.

¹³⁷ a 5(1) van Wet 59 van 1980.

inwerkingtreding van die aandeelblokskemas ooreenkomstig goedgekeurde bouplanne opgerig is nie.¹³⁸ Tweedens mag 'n plaaslike bestuur ingevolge die Wysigingswet op Deeltitels van 1981¹³⁹ nie 'n aansoek om goedkeuring van 'n skema oorweeg nie indien enige perseel in die gebou wat deur die skema behels word aan huurbeheer¹⁴⁰ onderworpe is of indien die ontwikkelaar gedurende 'n tydperk van twee jaar voor sy aansoek om goedkeuring van die skema 'n eenheid in die voorgenome skema verkoop het, te koop aangebied of geadverteer het sonder dat daar 'n deeltitelregister ten opsigte van daardie skema geopen is.¹⁴¹ Aangesien die Wet op die Beheer van Aandeleblokke geen sodanige beperkinge bevat nie, kan aandeelblokskemas wel in die bogenoemde gevalle ontwikkel word. Benewens die bogenoemde kriteria word geen verdere kriteria gestel waaraan 'n deeltitel-skema moet voldoen vir goedkeuring deur die plaaslike bestuur nie.¹⁴² Indien 'n plaaslike bestuur of die administrateur van die provinsie in appèl,¹⁴³ egter 'n aansoek afkeur, word vereis dat volledige redes verstrekk word.¹⁴⁴ Aan die hand van hierdie redes behoort mettertyd kriteria uit te kristalliseer waarvolgens deeltitel-skemas goedgekeur of afgekeur word.¹⁴⁵ Aangesien 'n aandeelblokskema as sodanig nie die goedkeuring van die plaaslike bestuur vereis nie, sal beperkings deur sodanige kriteria gestel, nie ten opsigte van aandeelblokskemas geld nie.

Met betrekking tot die ontwikkeling van 'n deeltitel-skema ten opsigte van 'n bestaande gebou¹⁴⁶ bepaal die Wysigingswet op Deeltitels van 1981 dat 'n ontwikkelaar nie 'n eenheid of 'n belang wat 'n voorgestelde eenheid heet te wees mag verkoop, te koop aanbied of adverteer nie alvorens 'n deelplan ten opsigte van die gebou en grond opgestel is en 'n deeltitelregister ten opsigte daarvan geopen is nie.¹⁴⁷ Dit beteken dat 'n ontwikkelaar nie eers die mark ten opsigte van 'n bestaande woonstelblok kan toets voordat hy 'n deeltitel-skema ten opsigte daarvan ontwikkel nie. Aangesien

¹³⁸ a 5(2) van Wet 59 van 1980 en bylae 2 van die regulasies. Sien ook Katz "Sectional Title versus Share Block Schemes — A Means of Securing Tenure to Portions of Buildings" 1980 *Modern Business Law* 138-139.

¹³⁹ Wet 12 van 1981.

¹⁴⁰ ingevolge die Wet op Huurbeheer 80 van 1976.

¹⁴¹ a 4(6)(b) en (c) van Wet 66 van 1971 soos gewysig deur a 1 van Wet 12 van 1981.

¹⁴² a 4(7) en (8) van Wet 66 van 1971.

¹⁴³ a 4(9) van Wet 66 van 1971.

¹⁴⁴ Regulasie 2(3) en 3(12). Volgens algemene beginsels sou 'n ontwikkelaar wie se skema deur die administrateur afgekeur is, die aangeleentheid in gepaste gevalle op hersiening na die hooggeregshof kan neem. Sien *The Administrator, Transvaal and the Firs Investments (Pty) Ltd v Johannesburg City Council* 1971 1 SA 56 (A) 86.

¹⁴⁵ Oor moontlike kriteria sien Rorke *Commentary on the Sectional Titles Act* (1971) 17; Van der Merwe *Sakereg* 298.

¹⁴⁶ a 8A(6) bepaal: "Die bepaling van hierdie artikel is nie van toepassing nie ten opsigte van 'n gebou wat na die datum van inwerkingtreding van die Wysigingswet op Deeltitels, 1981, opgerig word of op daardie datum in die proses van oprigting is." Die feit dat 'n ontwikkelaar reeds "eenhede" kan verkoop in 'n gebou wat nog nie opgerig is nie, plaas die koper in 'n onbenydenswaardige posisie omdat hy slegs 'n kontraktuele reg teen die ontwikkelaar verkry. Hierdie reg word eers saaklik by oordrag van die eenheid in sy naam na opening van 'n deeltitelregister vir die voltooid gebou en grond.

¹⁴⁷ a 8A van Wet 66 van 1971 soos ingevoeg deur a 2 van Wet 12 van 1981.

geen sodanige beperking bestaan ten opsigte van die adverteer en verkoop van aandele in 'n aandeelblokmaatskappy ten opsigte van 'n voorgenome aandeelblokskema nie, mag 'n ontwikkelaar dalk besluit om eerder die laasgenoemde skema aan te pak.

Ingevolge die Wet op Deeltitels mag die ontwikkelaar sommige eenhede in 'n deeltitelskema verkoop en ander verhuur.¹⁴⁸ 'n Ontwikkelaar wat nie onmiddellik of oor 'n kort tydperk sy wins wil realiseer nie (dalk om belastingsoorwegings), kan dus van hierdie metode gebruik maak om 'n bate wat eers later gerealiseer kan word in die onderneming te behou. In 'n skema wat woon- en sake-eenhede bevat, kan 'n ontwikkelaar byvoorbeeld slegs die wooneenhede verkoop en die sake-eenhede vir sy eie voordeel verhuur. Dit is wel moontlik om dieselfde ekonomiese resultaat in 'n aandeelblokskema te bereik,¹⁴⁹ maar 'n ontwikkelaar sal in sodanige geval die nadele van die onderlinge finansiële afhanklikheid van blokaandeelhouders wat hieronder bespreek word¹⁵⁰ op die koop toe moet neem. Die moontlikheid van 'n spoedige wins op 'n belegging is egter makliker te verwesenlik in die geval van 'n aandeelblokskema omdat 'n ontwikkelaar in 'n enkele transaksie of die gebou en die grond deur middel van die aandeelblokmaatskappy wat hy beheer of sy aandele in die maatskappy kan verkoop, terwyl die ontwikkelaar van 'n deeltitelskema elke eenheid afsonderlik moet verkoop.

Eiendomsreg ingevolge die Wet op Deeltitels bestaan altyd ten opsigte van 'n bepaalde gedeelte van die gebou (woonstel of sakelokaal) wat as deel op die deelplan aangedui word en 'n afsonderlike saak vir doeleindes van 'n deeltitelskema is. Daarom kan slegs eiendom of mede-eiendom ten opsigte van 'n deel gevestig word en nie een of ander vorm van deelbare reg nie. Hoewel 'n aandeelblok ook ooreenstem met 'n bepaalde fisiese gedeelte van die gebou, is die samestelling van aandeelblokke ten opsigte waarvan aandeelhouders nie eiendomsreg nie, maar slegs 'n persoonlike reg verkry,¹⁵¹ nie gebonde aan die reëls met betrekking tot die uitsluitlikheid van eiendomsreg nie.¹⁵² Meer buigsaamheid bestaan dus by die samestelling van 'n aandeelblok. Indien 'n aandeelblok byvoorbeeld uit 12 aandele bestaan, kan dié aandele aan 12 verskillende aandeelhouders verkoop word en mag elk deur sy aandeelhouding die reg verkry om 'n bepaalde maand van die jaar 'n bepaalde woonstel in 'n woonstelblok te bewoon. In hierdie opsig is 'n aandeelblokskema 'n moontlike metode om tydverdelingskemas ten opsigte van byvoorbeeld 'n vakansiewoonstelblok te ontwikkel, te meer nog omdat elke aandeel in sodanige aandeelblok gelyke stemreg moet verleen.¹⁵³ Indien 'n eenheid ingevolge die Wet op Deeltitels in mededeel-eiendom¹⁵⁴ gehou word, het die mede-eienaars gesamentlik slegs een stem.¹⁵⁵

¹⁴⁸ a 25 van Wet 66 van 1971.

¹⁴⁹ deur 'n aantal aandeelblokke te behou.

¹⁵⁰ Sien par 4 2 *infra*.

¹⁵¹ Sien par 4 4 *infra*.

¹⁵² Oor die ondeelbaarheid of uitsluitlikheid van eiendom sien Van der Merwe *Sakereg* 110.

¹⁵³ a 10(1) van Wet 59 van 1980.

¹⁵⁴ Mededeel-eiendom is wel moontlik ingevolge Wet 66 van 1971. Sien a 11(8): "Eiendomsreg in 'n eenheid kan deur twee of meer persone gesamentlik (*sic*) besit (*sic*) word."

¹⁵⁵ Bylae 1 reël 23.

Afhangende van die manier waarop 'n ontwikkelaar die grond waarop hy 'n ontwikkelingskema onderneem, verkry, het die feit dat hy 'n deeltitelskema of 'n aandeelblokskema ontwikkel, ook inkomstebelastingimplikasies.¹⁵⁶ Indien 'n ontwikkelaar in grond spekulêr¹⁵⁷ en die aandele in 'n bestaande maatskappy waarvan die grootste bate 'n grondstuk is, oorneem, sal dit verstandig wees om eerder 'n aandeelblokskema as 'n deeltitelskema op die grond te ontwikkel. By 'n aandeelblokskema sal inkomstebelasting bereken word op die verskil tussen die aankoopprys van die aandele in die maatskappy en die verkoopprijs van die aandeelblokke. By 'n deeltitelskema word sy wins egter bereken as die verskil tussen die oorspronklike aankoopprys van die grond wat deur die maatskappy betaal is (en baie gering mag wees), en die uiteindelijke verkoopprijs van die eenhede van die deeltitelskema.¹⁵⁸ Om hierdie nadelige gevolge te vermy, kan die ontwikkelaar slegs die grondstuk eerder as die aandele by die maatskappy koop en die grond dan verder ontwikkel of die eenhede ingevolge die deeltitelskema sporadies van jaar tot jaar verkoop om sy winste oor 'n aantal jare te versprei.

4 2 Finansiering en finansiële afhanklikheid

Die manier waarop 'n blokaandeelhouer die aankoop van 'n aandeelblok finansier, verskil wesenlik van die manier waarop 'n deeleienaar die aankoop van 'n eenheid reël. 'n Deeltitelskema word normaalweg gefinansier deur afsonderlike deelverbande ten opsigte van elke eenheid in die deeltitelskema te registreer. Geldleningsinstellings is egter ongeneë om soortgelyke individuele finansiering met blokaandele as sekerheid te onderneem, omdat die "verpanding" of sessie *in securitatem debiti* van aandele nie 'n gewilde vorm van sekerheidstelling is nie.¹⁵⁹ Die voornemende "koper" van 'n aandeelblok is dus op 'n ander, vir hom meer riskante, metode van finansiering aangewese. Omdat hierdie finansieringsmetode as die Achilleshiel van alle aandeelblokskemas beskou word, verdien dit en die risiko's daaraan verbonde volledige bespreking.¹⁶⁰

¹⁵⁶ Sien Cowen a w 94.

¹⁵⁷ Indien 'n ontwikkelaar met grond spekulêr, word die karaktertrek van spekulant ook aan 'n maatskappy wat aan die ontwikkelaar behoort, toegeskryf: *Elandsheuwel Farming (Edms) Bpk v Sekretaris van Binnelandse Inkomste* 1978 1 SA 101 (A).

¹⁵⁸ Sien Katz a w 139.

¹⁵⁹ Sien par 4 4(5) *infra*.

¹⁶⁰ Sien in die algemeen Cowen a w 99; Katz a w 140; Arthur "'Shareblock' Schemes & Summary" 1978 *SACJLJ* C7-C9; Silberberg *The Law of Property* 281; Kehoe *Cooperatives and Condominiums* (1974) 12 e v, 15 e v; Sinclair "Condominium in Canada" 1968 *Canadian Bar Review* 8 e v; Risk "Condominiums and Canada" 1968 *University of Toronto Law Journal* 6-7; Davis "Condominium and the Strata Titles Act" 1966 *Canadian Bar Journal* 474-475; Wisner "Financing the Condominium in New York: The Conventional Mortgage" 1967 *Albany Law Review* 32 e v; Berger "Condominium: Shelter on a Statutory Foundation" 1963 *Columbia Law Review* 933-1001; Aantekening "Federal Assistance in financing middle-income Cooperative Apartments" 1959 *Yale Law Journal* 597-605; Aantekening "Financing the Co-operative" 1948 *Harvard Law Review* 1410-1416; Houwing *Onroerend Goed* 371 e v; Blom "Is horizontale eigendom goed?" 1967 *De Naamloze Vennootschap* 149-152; De Vries "Is horizontale eigendom goed? Antwoord aan Dr FWC Blom" 4973 *WPNR* 173; Beekhuis "Eigendom van Appartementen en Lidmaatschapsrechten in een Cooperatiewe Vereniging" 4226 *WPNR* 27.

Normaalweg word 'n aandeelblokskema gefinansier deurdat die aandeelblokskema 'n lening met 'n geldleningsinstelling aangaan teen registrasie van 'n verband oor die grond en geboue wat deur die skema behels word.¹⁶¹ Hierdie verband stel die ontwikkelaar in staat om aandeelblokke aan voornemende kopers teen relatief lae pryse te verkoop om sodoe sy wins so gou as moontlik te realiseer, terwyl dit aan die kopers oorgelaat word om die verband af te betaal. In die praktyk word die leningsverpligting van die maatskappy proporsioneel onder die blokaandeelhouders ooreenkomstig hul aandeelhouing verdeel: elke aandeelhouer dra by om die verbandskuld van die maatskappy te finansier deur 'n rentevrye lening aan die maatskappy te maak. Hierdie lening is meestal onverseker en hulle word voorgeskiet op voorwaarde dat hulle slegs by likwidasie van die maatskappy of die verkoop van die grond en gebou terugbetaalbaar is.¹⁶² Op grond van die aanvanklike aankoop van 'n blok-aandeel verkry die koper ingevolge die gebruiksooreenkoms 'n reg om 'n bepaalde gedeelte van die gebou ('n woonstel, kantoor of sakelokaal) te gebruik en is hy verplig om maandeliks betalings aan die maatskappy te maak. 'n Groot gedeelte van die maandelikse bydraes word aangewend om die verbandskuld van die maatskappy af te betaal. Met die geleidelike afbetaling van die verbandskuld vermeerder die waarde van die lid se belang in die maatskappy.

Hierdie metode van finansiering is egter nie die wondermiddel wat dit met die eerste oogopslag skyn te wees nie. Alhoewel die maatskappy, en nie die aandeelhouders nie, aanspreeklik is vir die terugbetaling van die verbandskuld, is die maatskappy slegs in staat om die verbandpaaierement betyds terug te betaal indien geneen van die aandeelhouders in gebreke bly om hul proporsionele leningsverpligting na te kom nie. Indien 'n aantal aandeelhouders nie wil of kan betaal nie — in velerlei gevalle omdat hul verpligtings verhoog word vanweë die feit dat die ontwikkelaar probleme ondervind om sommige aandeelblokke te verkoop of die eenhede intussen te verhuur — kan dit tot gevolg hê dat die maatskappy nie in staat is om sy verbandverpligting na te kom nie. Aangesien die saaklike reg van die verbandhouer sterker is as die persoonlike regte wat die aandeelhouders teen die maatskappy het,¹⁶³ mag die verbandhouer in sodanige omstandighede die verband oproep en eksekusie op die grond en die geboue hef. By likwidasie is aandeelhouders, wat hulle leningsrekening betref, in die posisie van konkurrende skuldeisers en as aandeelhouders laaste aan die beurt: hulle verloor nie slegs 'n gedeelte of al die geld wat hulle in die skema belê het nie, maar ook hul gebruiksreg van 'n bepaalde gedeelte van die gebou.¹⁶⁴ Elke lid van 'n aandeelblokskema, hoe sterk sy finansiële posisie ook al persoonlik is, loop dus die risiko om deur die insolvensie van een van sy

¹⁶¹ Finansiering kan ook geskied deur die uitreiking van skuldbriewe aan die geldleningsinstelling. Indien dit die geval is, sal die skuldbriewe gewoonlik ook deur 'n verband oor die grond en die geboue gesekureer word.

¹⁶² Sien Arthur 1978 *SACLJ* C7-C8.

¹⁶³ Sien par 4 4 *infra* vir meer besonderhede.

¹⁶⁴ Sien Katz a w 140.

medelidmate sy belegging in die aandeelblokskema geheel of gedeeltelik te verloor.

Die bogenoemde finansiële verknorsing kan slegs vermy word deur op een of ander manier te verseker dat die maatskappy te alle tye oor voldoende fondse beskik om sy verbandverpligtinge na te kom. Om hierdie rede word daar soms in die statute van die maatskappy 'n retensiereg oor die aandele van 'n blokaandeelhouer beding om die betaling van leningsverpligtinge aan die maatskappy te verseker.¹⁶⁵ By nienakoming kan die maatskappy uit hoofde van sy retensiereg die betrokke aandeelblok verkoop en die opbrengs gebruik om die proporsionele verbandskuld te betaal. Ten tye van finansiële voorspoed en 'n onder-aanbod van behuising behoort 'n maatskappy nie probleme hiermee te ondervind nie. Indien toestande versleg, kan die maatskappy pogings aanwend om die betrokke lokaal te verhuur en die huurgeld ter delging van die verbandskuld aan te wend. Hierdie moontlikheid verlangsaam egter slegs die oproep van die verband, maar slaag gewoonlik nie daarin om dit finaal te stuit nie. In laaste instansie sal die solvente aandeelhouders voor die onaangename keuse gestel word of om self op te dok, of om hul belang in die maatskappy te laat vaar. Aangesien die gebruiksooreenkoms gewoonlik bepaal dat 'n aandeelhouer wat in gebreke bly om sy gedeelte van die verbandskuld te betaal, nie meer die reg op gebruik van 'n woonstel of sakelokaal het nie en alle betalings aan die maatskappy verbeur,¹⁶⁶ moet 'n aandeelhouer fyn bereken of hy wel die sinkende skip wil verlaat en of hy nie eerder gelyktydig met sy mede-aandeelhouders die verband moet laat oproep en dan die kastaiings uit die vuur krap nie. 'n Groot aantal aandeelhouders sal egter as gevolg van emosionele verknogtheid aan 'n woonstel of die hoop dat die aanvraag na aandeelblokke weer sal toeneem, eerder groter verpligtinge op hulself neem as om op 'n rasonale oomblik pad te gee. Namate al hoe meer aandeelhouders versuim om hul verpligtings na te kom, vermenigvuldig die druk op die reeds oorgetakseerde aandeelhouders totdat die hele aandeelblokskema soos 'n kaarthuis in duie stort. Die ramspoedige ondervinding met Amerikaanse "stock cooperatives" gedurende die dertigerjare, toe na beraming 75% van die skemas in New York en Chicago tot niet gegaan het, stel die risiko's inherent aan die onderlinge finansiële afhanklikheid van blokaandeelhouders duidelik aan die kaak.¹⁶⁷

Benewens die pasvermelde risiko hou sambreelfinansiering verskeie ander nadele vir 'n blokaandeelhouer in, veral omdat dit alle aandeelhouders tot 'n eenvormige finansieringsmetode verplig. 'n Individuele aandeelhouer kan nie vir homself besluit wat die omvang van sy maandelikse afbetalings van die verbandskuld moet wees nie en oor watter tydperk hy dié skuld sal vereffen nie. Slegs indien al die aandeelhouders in staat is om onmiddellik hul aandeelblokke te betaal, verval die behoefte aan 'n voortgesette verbandskuld of soortgelyke leningsverpligting. In hierdie opsig dra die feit dat 'n maatskappy nie finansiële bystand met betrekking tot die koop van

¹⁶⁵ Sien Arthur 1978 *SACIJ* C8-C9.

¹⁶⁶ Sien Arthur *loc cit* en Blom a w 149.

¹⁶⁷ Sien Aantekening 1948 *Harvard Law Review* 1411.

sy eie aandele mag verleen nie,¹⁶⁸ ook by tot die onbuigsaamheid van die finansiële reëlings by aandeelblokskemas.¹⁶⁹ Die onbuigsaamheid van gesamentlike verbandfinansiering blyk ook in gevalle waar geld benodig word vir die modernisering of uitbreiding van die skema. Herfinansiering deur 'n verhoging van die leningsverpligting deur die beswaring van bates van die maatskappy kan ingevolge artikel 14(1) van die Wet op die Beheer van Aandeelblokke slegs geskied indien 75% van die aandeelhouers, buiten die ontwikkelaar, daartoe toestem.¹⁷⁰ Ook by die herverkoop van aandeelblokke ontstaan probleme vir die voornemende verkoper. Deurdat die leningsverpligting reeds gedeeltelik afbetaal is, het die waarde van die verkoper se belang in die maatskappy dienooreenkomstig toegeneem en mag dit wees dat die voornemende koper nie oor genoeg fondse beskik om die aandele en verpligtinge van die verkoper oor te neem nie.¹⁷¹

Die risiko's verbonde aan die onderlinge finansiële afhanklikheid van blokaandeelhouers kan op verskeie maniere verminder word:

1 Daar kan as vereiste gestel word dat die aandele van die maatskappy kontant gekoop moet word of dat 'n groot aanvanklike bydrae vereis word sodat die verbandskuld binne die eerste paar jaar afbetaal word. Aangesien die verbandskuld die grootste enkele finansiële verpligting van die maatskappy is, sal die afbetaling daarvan die risiko's verbonde aan finansiële onderlinge afhanklikheid grootliks verminder. Daar moet egter in gedagte gehou word dat slegs vermoënde persone finansiël daartoe in staat sal wees om hul aandele sonder 'n leningsverpligting te finansier. Indien hoër aanvanklike bydraes vereis word, sal dit aandeelblokke buite die bereik van middel- en laer inkomstegroepe plaas.¹⁷²

2 'n Aandeelblokkemaatskappy wat op 'n redelike groot verbandfinansiering moet staatmaak, behoort nie riskante ontwikkelings te onderneem nie. Sodanige aandeelblokkema behoort byvoorbeeld nie so ingedeel te word dat die aandeelblokke slegs 'n klein aantal luukse woonstelle verteenwoordig nie. Sodanige woonstelle verkoop of verhuur nie maklik in 'n tydperk van resessie nie. Die feit dat die aandeelblokkemaatskappy beoog om slegs sommige van die aandeelblokke te verkoop en ander woonstelle te verhuur, is ook 'n faktor wat weens die geldelike las wat die ontwikkelaar

¹⁶⁸ a 38 Maatskappywet 61 van 1973.

¹⁶⁹ Sien ook Cowen a w 100 vn 22. Indien die koper van 'n aandeelblok kontant vir sy aandele betaal, kan die maatskappy wel geldelike bystand ten opsigte van die verkryging van 'n leningsrekening verleen. Sien *Zentland Holdings (Pty) Ltd v Saambou Nasionale Bouvereniging* 1979 4 SA 574 (C) 581.

¹⁷⁰ Vir modernisering van geboue ingevolge 'n deeltitelskema word 'n spesiale besluit vereis. Sien par 4 8 *infra*.

¹⁷¹ Indien die voornemende koper 'n sekondêre lening moet aangaan om die koopprys te bekostig, kan sy finansiële toestand kommer vir die orige aandeelhouers baar as gevolg van hulle onderlinge finansiële afhanklikheid.

¹⁷² Katz a w 140 se voorstel dat die wetgewer dit moet oorweeg om leningsverpligtinge by aandeelblokskemas te verbied, sal die risiko's verbonde aan hierdie skemas drasties verminder, maar dit daarenteen buite die bereik van die gewone man plaas. By herverkoop sal in sodanige geval ook kontant betaal moet word: die verhandelbaarheid van aandeelblokke sal daardeur aansienlik aan bande gelê word, veral omdat buite-finansiering moeilik bekombaar is.

in hierdie omstandighede dra, onstabieleit in die hand werk. Sodanige ondernemings moet liefs in 'n aandeelblokskema met 'n groot verbandskuld vermy word.¹⁷³

3 In die statute van die aandeelblokmaatskappy kan voorsiening gemaak word vir 'n mate van keuring van voornemende aandeelhouders. Persone wat finansiële onbetroubaar is of wat met aandeelblokke wil spekulêer, moet om finansiële stabiliteitsoorwegings uit die skema geweer word. Spekulasie kan beperk word deur 'n verbod op herverkoop van die aandele vir 'n bepaalde tydperk, of deur te bepaal dat 'n bepaalde gedeelte van die wins by herverkoop in die heffingsfonds betaal word.

4 Verskeie ontwikkelaars voel hulle teenoor kopers van aandeelblokke moreel gebonde¹⁷⁴ terwyl ander dit uit 'n bemarkingsoogpunt wenslik ag om die verbandskuld te waarborg. In sommige gevalle is geldleningsinstellings nie bereid om geld aan die maatskappy uit te leen vir aandeelblokskemas tensy die ontwikkelaar bereid is om sodanige waarborg te verskaf nie.

5 'n Reserwefonds kan moontlik gestig word waaruit die agterstallige bydraes van aandeelhouders betaal word en toekomstige kopers van aandeelblokke gefinansier word. Die riskante aard van hierdie reëling is voor-die-hand-liggend.

6 Die aandeelblokmaatskappy kan verder versekering uitneem teen die wanbetaling van bydraes tot die verbandskuld. Daar moet egter in gedagte gehou word dat hierdie metode waarskynlik 'n onaanvaarbare verhoging in bestuurskoste sal meebring.

7 'n Laaste moontlikheid is dat 'n bank of ander finansiële instelling gevind word wat bereid is om die verbandskuld te onderskrywe. Die bank onderneem hiermee om die aandele van 'n wanbetaler te koop vir 'n bedrag gelykstaande aan die uitstaande leningsverpligting van die wanbetaler indien 'n buitestander nie binne 'n redelike tyd (byvoorbeeld 90 dae) aanbied om die aandele vir dieselfde of 'n hoër prys te koop nie.¹⁷⁵

Die onderlinge finansiële afhanklikheid van blokaandeelhouders geld nie slegs ten opsigte van die verbandverpligtinge van die maatskappy nie, maar ook ten opsigte van ander lopende verpligtinge soos die betaling van erfbelasting en uitgawes in verband met die instandhouding van die gebou en die bestuur van die skema.¹⁷⁶ Net soos by verbandskulde word die maatskappy vir hierdie skulde aanspreeklik gehou, maar moet die fondse uit die maandelikse bydraes van die blokaandeelhouders voorsien word. Versuim een van die aandeelhouders om sy bydrae betyds te maak, word sy skuld afgewikkel op die ander aandeelhouders wat moet inspring om hul belang in die maatskappy te verskans. Anders as in die geval van die

¹⁷³ Bestuurskoste moet ook binne die vermoë van die betrokke blokaandeelhouders wees. Sien ook Arthur 1978 *SACLJ* C7-C9.

¹⁷⁴ Sien Cowen a w 99.

¹⁷⁵ Sien Arthur 1978 *SACLJ* C8-C9.

¹⁷⁶ Die betaling van versekeringspremies en die koste van gemeenskaplike elektrisiteitsvoorsiening val ook hieronder.

verbandskuld, is hierdie bydraes slegs 'n klein gedeelte van maandelikse betalings en lei wanbetaling selde tot likwidasië. Om beslaglegging van die bates van die maatskappy te vermy en om te verhoed dat hulle in die posisie van mededingende skuldeisers geplaas te word, sou dit vir solvente aandeelhouers verstandig wees om in laaste instansie¹⁷⁷ die relatief klein uitstaande verskuldigde bedrag proporsioneel onder mekaar te verdeel ten einde hul belegging te beskerm.

Die finansiering vir die aankoop van eenhede ingevolge 'n deeltitel-skema geskied daarenteen deur die registrasie van 'n deelverband met die eenheid as sekerheidsvoorwerp.¹⁷⁸ Aangesien 'n eenheid as stedelike vaste eiendom beskou word,¹⁷⁹ mag 'n bougenootskap ook lenings ingevolge die Wet op Bouverenigings¹⁸⁰ voorsien. Hierdie finansieringsmetode hou groot voordele vir sowel die deeleienaar as die geldleningsinstelling in. Aangesien 'n afsonderlike verband op elke eenheid rus, is deeleienaars nie onderling finansiëel van mekaar afhanklik nie en loop hul dus nie die gevaar om as gevolg van die insolvensie van 'n buurdeeleienaar hul eenheid te verloor nie. Die eenheid as sodanig is die voorwerp waarop eksekusie gehef word by insolvensie van 'n deeleienaar. Verder is daar groter buigsaamheid by hierdie manier van finansiering. Elke deeleienaar kan, wat die aanvanklike afbetaling, die omvang van die maandelikse paaieimente en die tydperk van afbetaling betref, 'n reëling in oorleg met die geldleningsinstelling uitwerk wat by sy finansiële posisie aanpas. Bowendien is daar geen probleme by die herverkoop van 'n eenheid wat met verband beswaar is nie. Volgens artikel 14 van die Wet op Deeltitels is die bepaling van die Akteswet met betrekking tot die vervanging van verbande *mutatis mutandis* van toepassing op gevalle waar so 'n eenheid oorgedra word.¹⁸¹ Die voordele wat individuele verbandversekering vir geldleningsinstellings het, is onder meer dat die risiko oor 'n groot aantal individuele verbandgewers versprei word, dat die kredietwaardigheid van die onderskeie deeleienaars met 'n groot mate van sekerheid bepaal kan word en dat dié instellings met 'n groot aantal persone in aanraking kom wat moontlik later van hul ander dienste (dink maar aan 'n lewensversekeringsmaatskappy) gebruik kan maak.¹⁸² Aan die ander kant is die koste¹⁸³ verbonde aan die vestiging, diensverskaffing en oproeping van 'n groot aantal deelverbande hoër as soortgelyke uitgewes aan 'n gesamentlike verband oor die grond en die gebou.

Geldleningsinstellings stel egter hoë eise vir die verskaffing van geld ten opsigte van deeltitelkemas, veral omdat hulle nie dieselfde mate van beheer oor 'n deeltitelkema as 'n aandeelblokskema kan uitoefen nie. Hulle kan naamlik slegs indirekte beheer uitoefen deur middel van individuele

¹⁷⁷ Die veronderstelling hier is dat die verbandskuld afbetaal is. Indien die verbandskuld nie afbetaal is nie, sal hierdie bykomstige verpligtinge juis die laaste strooi wees wat die kameel se rug sal breek.

¹⁷⁸ Sien veral Cowen a w 99-100; Berger a w 994 e v.

¹⁷⁹ a 3(2) van Wet 66 van 1971.

¹⁸⁰ a 29 van Wet 24 van 1965.

¹⁸¹ a 56 en 57 van Wet 47 van 1937.

¹⁸² Sien Berger a w 994 e v.

¹⁸³ Sommige van die kostes word deur die verbandgewer gedra.

deeleienaars. Aangesien die waarde van die individuele eenhede nou saamhang met die sorgsame instandhouding en doeltreffende bestuur van die skema, vereis hulle dikwels dat passende voorskrifte hieromtrent in die reëls van die skema opgeneem word. In sommige gevalle beding hulle vir hulself 'n onherroeplike volmag om namens die deelverbandgewer oor bepaalde aangeleenthede op die algemene vergadering te stem. Gewoonlik dring kredietinstellings verder daarop aan dat, vir geval van algehele vernietiging of beskadiging van die gebou, nie met allesomvattende versekering van die hele gebou volstaan moet word nie, maar dat die betrokke deeleienaar bykomstiglik individuele versekering ten opsigte van sy eenheid uitneem. Ten spyte van hierdie voorsogmaatreëls loop die verbandnemers nog steeds die risiko dat hulle na oproeping van die verband nie 'n eenheid van die hand sal kan sit nie en dus opgeskeep sit met die betaling van bydraes tot die instandhoudingsfonds ooreenkomstig die deelnemingskwota van die betrokke eenheid.

4 3 Totstandkoming

Die totstandkoming van 'n aandeleblokskema is reeds uitvoerig hierbo bespreek.¹⁸⁴ Die belangrikste dokumente van die skema, naamlik die akte van oprigting, die statute, die gebruiksooreenkoms en die koopkontrak van aandele moet met groot sorg opgestel word. Die registrasie van die aandeleblokmaatskappy deur die registrateur van maatskappye kan redelik spoedig en relatief goedkoop afgehandel word. Die totstandkoming van 'n deeltitelskema is daarenteen 'n langsaam prosedure en geensins goedkoop nie. Die belangrikste dokument van die skema, die deelplan, moet deur 'n argitek of landmeter opgestel word.¹⁸⁵ Die bylae van reëls wat by die deelplan gevoeg word, vereis verder besondere aandag.¹⁸⁶ Voordat die skema in werking gestel word, moet dit bowendien deur twee openbare instansies, naamlik die betrokke plaaslike owerheid en die registrateur van aktes goedgekeur word.¹⁸⁷

4 4 Deeleiendom teenoor aandeelhouding

Daar bestaan 'n beginselonderskeid tussen die regsposisie van 'n deeleienaar in 'n deeltitelskema en dié van 'n blokaandelehouer in 'n aandeleblokmaatskappy. Die koper van 'n aandeleblok verkry nie eiendom van 'n bepaalde woonstel, beroeps- of sakelokaal in die gebou nie.¹⁸⁸ Juridies is hy slegs 'n aandeelhouer in 'n aandeleblokmaatskappy. Die voorwerp van sy reg, naamlik die woonstel of sakelokaal, is nie 'n selfstandige onroerende saak ten opsigte waarvan hy eiendomsreg of enige ander saaklike reg kan vestig nie. Ingevolge die statute en die gebruiksooreenkoms verkry hy slegs

¹⁸⁴ Sien 1982 *THRHR* 110-112.

¹⁸⁵ a 6(7) van Wet 66 van 1971.

¹⁸⁶ Sien die VEESA-publikasie *Guidelines for Sectional Titles Rules* (1974) met 'n inleiding deur Cowen.

¹⁸⁷ Sien ook Cowen a w 101. Goedkeuring van die deelplan deur die landmetergeneraal word egter nie vereis nie (a 6(6)).

¹⁸⁸ Sien Sinclair a w 9; Cowen a w 98 e v; Katz a w 140.

'n persoonlike reg teen die maatskappy om onder andere te eis dat hy 'n bepaalde gedeelte van die gebou kan gebruik. Bowendien verwerf die aandeelhouer nie eiendom of 'n beperkte saaklike reg ten opsigte van die grond of die gebou nie. Eiendom in die grond en die gebou setel in die maatskappy. Uit die voorafgaande volg dit dat die aandeelhouer nie as 'n "aandeelblokeienaar" beskou word nie; intendeel, hy is slegs 'n persoonlik geregigte wat uit hoofde van sy aandeelhouding bepaalde prestasies van die aandeelblokmaatskappy kan eis.

Daarenteen verkry die koper van 'n eenheid in 'n deeltitelskema wel eiendom van 'n woonstel, kantoor of sakelokaal. Die Wet op Deeltitels deurbreek die Romeinse stelreël *superficies solo cedit* en skep 'n splinternuwe selfstandige onroerende saak, naamlik 'n "eenheid."¹⁸⁹ Die resultaat hiervan is dat die koper sowel eiendom as ander beperkte saaklike regte ten aansien van 'n eenheid in die deeltitelregister in die akteskantoor kan registreer. Na registrasie word die koper deeleienaar.¹⁹⁰ Daarbenewens verkry hy saam met die ander deeleienaars gemeenskaplike eiendom in die grond en die gemeenskaplike gedeeltes van die gebou.¹⁹¹

Die onderskeid tussen deeleiendom en aandeelhouding gee aanleiding to verskeie praktiese verskille:

1 Die deeleienaar verkry egte eiendom van sy deel: hy is heer en meester van sy woonstel of sakelokaal. Hy het volle gebruiks- en genotsbevoegdheede daarvan, onderworpe aan geregistreerde saaklike regte, die bepalings van die Wet op Deeltitels en gebruiks- en genotsbeperkings deur die reëls van die skema opgelê.¹⁹² Daarenteen is die aandeelhouer nie eienaar van 'n woonstel of sakelokaal wat aan sy andeleblok gekoppel word nie. Daar kan dus in beginsel ingrypende beperkings ten opsigte van sy gebruik en genot in die statute van die maatskappy of in die gebruiksooreenkoms vervat wees.¹⁹³

2 Deeleiendom verleen duursaamheid aan die verblyf van die deeleienaar. Hy hoef nie, soos 'n huurder, uitsetting te vrees nie. Reëls wat 'n uitsettingsbevoegdheid aan die trustees of ledevergadering verleen, sal slegs in die uiterste omstandighede afdwingbaar wees. Die blokaandeelhouer daarenteen kan nie dieselfde aanspraak op permanente verblyf maak nie. Die statute van 'n maatskappy kan sy regmatige uitsetting op minder ernstige gronde voorskryf.¹⁹⁴

¹⁸⁹ Sien Van der Merwe "Die Wet op Deeltitels in die lig van ons Gemeenregtelike Saak- en Eiendomsbegrip" 1974 *THRHR* 115 e v en *Sakereg* 280.

¹⁹⁰ Sien Van der Merwe 1974 *THRHR* 120 e v en *Sakereg* 281.

¹⁹¹ M b t die verskille tussen mede-eiendom en gemeenskaplike eiendom ingevolge die Wet op Deeltitels sien Van der Merwe 1974 *THRHR* 124 e v en *Sakereg* 283 e v.

¹⁹² Sien Van der Merwe *Sakereg* 303 e v.

¹⁹³ 'n Voorbeeld van sodanige bepaling is die volgende: "The holder shall not make structural alterations or alterations to water, gas, steam or plumbing pipes or electrical conduits without the prior written consent of the directors."

¹⁹⁴ 'n Voorbeeld hiervan is die volgende: "If a holder breaches any of the provisions of the occupation agreement or the directors' regulations the company may cancel this agreement forthwith, obtain repossession forthwith of the accommodation, have the right as agent on behalf of the holder *in rem suam* to let the accommodation and collect all rents and moneys . . . and without prejudice to any other rights, sell in such manner as it deems fit the share block and the holder's interest in the loan account . . ."

3 'n Deeleienaar geniet saaklike beskerming in die geval van insolvensie van die beherende orgaan van die deeltitelskema, naamlik die regspersoon. Die skuldeisers van die regspersoon het geen saaklike reg op sy eenheid ten einde die skulde van die regspersoon te bevredig nie. Daar is reeds daarop gewys dat die blokaandeelhouer geen saaklike beskerming by die insolvensie van die aandeelblokmaatskappy geniet nie. Hy behou geen aanspraak op sy genots- en gebruiksreg van 'n woonstel of sakelokaal nie en het slegs 'n persoonlike eis teen die maatskappy.¹⁹⁵

4 'n Deeleienaar kan sy eenheid in beginsel vrylik vervreem.¹⁹⁶ Enige ingrypende inperking van hierdie inherente eiendomsbevoegdheid in die reëls sou in gepaste omstandighede nietig verklaar kon word.¹⁹⁷ 'n Aandeelhouer kan daarenteen verskeie beperkings in die statute opgelê word met betrekking tot die vervreemding van sy aandele. Dit is trouens normaal dat die vervreemding van aandeelblokke in die praktyk afhanklik gemaak word van die goedkeuring van die direksie of die ledevergadering.¹⁹⁸

5 Aangesien 'n eenheid as 'n afsonderlike entiteit beskou word, kan dit as sodanig met saaklike regte soos dié uit huurkontrakte, asook servitude en verbande beswaar word.¹⁹⁹ Omdat dit bowendien as stedelike "vaste eiendom" beskou word,²⁰⁰ kwalifiseer 'n eenheid soos reeds vermeld as verbandvoorwerp vir lenings ingevolge die Wet op Bouverenigings.²⁰¹ Daarenteen kan geen saaklike regte as sodanig ten opsigte van 'n aandeelblok gevestig word nie. Dit maak veral die finansiering daarvan problematies. Die blokaandeelhouer kan slegs sy aandele as sekerheidsvoorwerp bied.²⁰² Bouverenigings word egter verbied om lenings met aandele te verseker en ander finansiële instellings is ongeneë om "verpanding van aandele" of sessie van aandele *in securitatem debiti* as sekerheid vir die verskaffing van geld te aanvaar.²⁰³ Die rede hiervoor is dat die aandeelhouer geen saaklike sekerheid kan verskaf vir die geval waar die maatskappy insolvent raak nie. Daarbenewens is dit vir die geldverskaffer moeilik om die markwaarde van bepaalde aandeelblokke te peil, aangesien dit nou saamhang met die finansiële posisie van die maatskappy, die doeltreffendheid van bestuurs- en onderhoudsreëlins en die verkoopwaarde van aandeelblokke. Soos by

¹⁹⁵ Sien ook Cowen a w 99. Ingevolge a 35 van die Wet op Deeltitels is die deeleienaars *pro rata* aanspreeklik vir die onvoldane skulde van die regspersoon. Hierdie aanspreeklikheid is subsidiër. Teoreties kan 'n eis deur 'n skuldeiser tot beslaglegging op 'n eenheid en die verkoop daarvan in eksekusie lei.

¹⁹⁶ Sien par 4 5 *infra* vir 'n vollediger uiteensetting.

¹⁹⁷ Vgl egter a 12 van die Duitse *Wohnungseigentumsgesetz* ingevolge waarvan vervreemding van 'n eenheid in die reëls van 'n deeltitelskema afhanklik gemaak kan word van die goedkeuring van die deeleienaarsvergadering.

¹⁹⁸ Sien verder par 4 5(2) *infra*.

¹⁹⁹ Sien Van der Merwe *Sakereg* 307.

²⁰⁰ a 3(2) van Wet 66 van 1971.

²⁰¹ a 29 van Wet 24 van 1965.

²⁰² Volgens Arthur 1978 *SACLC*-11 word die sessie van aandele in sommige statute verbied, tensy die leningsverpligting daarmee saam oorgedra word.

²⁰³ Sien ook Cowen a w 99; Silberberg *The Law of Propety* 281; Sinclair a w 9; Kehoe a w 29. Volgens Katz a w 143 sal leningsinstellings as gevolg van die afkondiging van die Wet op die Beheer van Aandeelblokke meer gewillig wees om geld op die sterkte van aandeelblokke te verskaf.

alle gevalle van sessie *in securitatem debiti* van vorderingsregte loop die gelduitlener die risiko dat die aandele reeds gesedeer is omdat geen publikasie van vorige sessie duidelik blyk nie.²⁰⁴

4 5 Oordrag

Die oordrag van 'n aandeleblok verskil in verskeie opsigte van die oordrag van 'n eenheid ingevolge die Wet op Deeltitels.

1 Die aanvanklike en latere koste verbonde aan die oordrag van 'n aandeleblok is geringer as dié verbonde aan die oordrag van 'n eenheid.²⁰⁵ Oordrag van aandeleblokke vereis slegs die registrasie as lid van die aandeleblokmaatskappy; oordrag van 'n eenheid vereis registrasie van die eenheid in die naam van die deeleienaar in die deeltitelregister.

2 Oordrag van aandeleblokke word gewoonlik in die statute afhanklik gemaak van die toestemming van die direksie of ledevergadering.²⁰⁶ Sodanige vervreemdingsbeperking verseker 'n mate van stabiliteit en is 'n doeltreffende manier om ongewenste elemente uit die aandeleblokkema te weer.²⁰⁷ Om hierdie uitsluitingsmoontlikheid ook te waarborg in die geval van uiterste wilsbeskikkings en beslaglegging op aandeleblokke, kan die maatskappy vir homself 'n voorkoopsreg in die statute of gebruiksooreenkoms beding.²⁰⁸ Hoewel soortgelyke bepalinge ook in die reëls van 'n deeleiendomschema opgeneem kan word, bestaan die moontlikheid dat dit as ongeldig geskou kan word omdat hulle die verhandelbaarheid van eenhede aan bande lê en sodoende die omvattendheid van deeleiendomsreg aantas.²⁰⁹

3 Die Wet op die Beheer van Aandeleblokke bevat uitvoerige bepalinge omtrent die aard en inhoud van aanbiedinge en koopkontrakte van aandeleblokke.²¹⁰ Benewens die feit dat 'n koopkontrak van 'n eenheid skriftelik moet wees, stel die Wet op Deeltitels verskeie vereistes vir die registrasie van 'n deel in die deeltitelregister.²¹¹

²⁰⁴ Die sessionaris word in die praktyk beskerm deurdat die aandelesertifikaat aan hom oorhandig word.

²⁰⁵ Sien ook Cowen a w 101.

²⁰⁶ Indien toestemming op onredelike gronde weerhou word, kan die weiering in die hof aangeveg word. Sommige weieringsgronde wat wel as redelik beskou word, is die riskante finansiële posisie van die voornemende koper en die feit dat hy kennelik sy vorige verblyfplek verwaarloos het of glad nie met sy bure oor die weg kon kom nie. Sien 1959 *Yale Law Journal* 611.

²⁰⁷ Sien in die algemeen Cowen a w 102; Berger a w 992-993; 1959 *Yale Law Journal* 610-612; 1948 *Harvard Law Review* 1416-1420; Aantekening van Beekhuis op Zeijlemaker "De financiering van die aankoop van een serviceflat en haar juridiese aspekte" 5292 *WPNR* 65.

²⁰⁸ Sien 1948 *Harvard Law Review* 1419; Sinclair a w 9; Cowen a w 102. In die VSA word reëls dikwels in koöperatiewe behuisingskemas gevoeg met betrekking tot die verkoopprijs van aandele, bv dat die verkoper nie die eenheid vir meer mag verkoop as die totaal van sy afbetalings daarop nie, of dat die verkoper die eenheid in die eerste plek teen die boekwaarde daarvan aan die regspersoon moet aanbied. Hierdie beperkings dra by tot die stabiliteit van die skema omdat spekulante afgeskrik word.

²⁰⁹ Sien ook Cowen a w 102.

²¹⁰ a 16 en 17 en Bylae 2 van Wet 59 van 1980. Sien 1982 *THRHR* 127 en verder Leandy "Share Blocks Control Act 59 of 1980" *De Rebus* 530; Katz a w 142.

²¹¹ Sien o a a 11(4) en 32(f) van Wet 66 van 1971.

4 6 Strafmaatreëls

Meer doeltreffende strafmaatreëls kan by wyse van die statute van 'n aandeelblokskema voorsien word as by wyse van die reëls van 'n deeltitelskema. Die Wet op Deeltitels maak slegs voorsiening dat 'n deeleienaar sy stemreg ontnem kan word indien hy in gebreke bly om sy bydraes tot die onderhoudskoste te betaal.²¹² Daarbenewens word dikwels in die reëls voorsiening gemaak vir boetes in geval van oortreding van bepaalde reëls. Die doeltreffendste sanksie, naamlik gedwonge verkoop van 'n eenheid deur die regspersoon in gevalle waar 'n deeleienaar aanhoudend versuim om sy bydraes te betaal of saamleef met hom ondraaglik maak, sal waarskynlik as 'n te drastiese beperking van die eiendomsreg van die deeleienaar beskou word en daarom nie in die reëls opgeneem kan word nie.²¹³ Daarenteen word daar normaalweg in die statute van 'n aandeelblokmaatskappy voorsiening gemaak vir die opsegging van die gebruiksooreenkoms in bogenoemde omstandighede en selfs vir minder drastiese oortredings soos die nie-nakoming van huisreëls.²¹⁴ In geval van opsegging is die blokaandeelhouer geregtig op die restant van die opbrengs van die publieke veiling na aftrekking van sy verpligte bydraes.

4 7 Bestuur

Die bestuur van 'n deeltitelskema en 'n aandeelblokskema stem in breë trekke ooreen. Die sentrale bestuursorgane, naamlik die regspersoon en die maatskappy, beheer en bestuur die skema deur middel van trustees (direkteure) en die ledevergadering. Beide skemas word ook deur middel van reëls bestuur wat in die tersaaklike wetgewing en die statute van die aandeelblokmaatskappy of die bylae tot die deelplan van 'n deeltitelskema vervat is.²¹⁵ Veral by groot skemas word in beide gevalle van die dienste van 'n onafhanklike professionele bestuurder gebruik gemaak.

In wat volg, sal die aandag gevestig word op 'n paar geringe verskille wat veral na die afkondiging van die Wet op die Beheer van Aandeelblokke tussen die onderskeie skemas bestaan.

1 Die Wet op die Beheer van Aandeelblokke poog om te voorkom dat 'n ontwikkelaar, behalwe in die geval waar hy self die nakoming van die verpligtinge van die maatskappy waarborg, 'n magstposisie in die direksie

²¹² Bylae 1 reël 23.

²¹³ Sien Cowen a w 102. Ingevolge a 18 en 19 van die Wes-Duitse en a 10 van die Oostenrykse *Wohnungseigentumsgesetz* kan sodanige bepalings wel in die reëls van 'n deeltitelskema opgeneem word. In die praktyk blyk dit 'n doeltreffende afskrikmiddel te wees.

²¹⁴ Sien in die algemeen Cowen a w 102; Risk a w 7; Berger a w 993; 1959 *Yale Law Journal* 608.

²¹⁵ Die reëls van die statute van 'n aandeelblokmaatskappy kan gewoonlik by spesiale besluit ingevolge a 199 van die Maatskappywet gewysig word. Volgens a 27 van die Wet op Deeltitels kan die reëls van Bylae 1 (meestal formele reëls omtrent trustees, deeleienaarsvergadering en stemreg) slegs deur eenparige besluit gewysig word, terwyl die reëls van Bylae 2 (meestal gebruiksreëls) deur spesiale besluit (soos in a 1 van die Wet op Deeltitels omskryf) gewysig kan word.

van die maatskappy verwerf.²¹⁶ Ingevolge artikel 12 verkry die blokaandeelhouders buiten die ontwikkelaar die reg om ten minste een direkteur aan te stel,²¹⁷ mag die ontwikkelaar nie stem by 'n besluit om hierdie direkteur ingevolge artikel 220 van die Maatskappywet te ontslaan nie²¹⁸ en word hierdie direkteur se teenwoordigheid vereis vir 'n kworum by 'n direksievergadering.²¹⁹ Verder is enige bepaling in die akte van oprigting, die statute of die gebruiksooreenkoms ingevolge waarvan die ontwikkelaar die bevoegdheid verleen word om die meerderheid van die direkteure aan te stel, nietig.²²⁰ Die verdere voorskrif dat elke aandeel in 'n aandeelblokmaatskappy dieselfde stemreg verleen,²²¹ verhoed ook dat die ontwikkelaar deur middel van gelaaide stemregmeganismes vir hom 'n magsposisie kan verseker selfs nadat hy nie meer die meerderheid van die aandele het nie. Die ontwikkelaar kan slegs 'n magsposisie verseker deur die aandeelblokke wat hy behou met 'n groot aantal aandele te laai.

Net soos by 'n aandeelblokskema kan 'n ontwikkelaar beheer oor 'n deeltitelskema behou deur 'n groot aantal eenhede vir homself te hou, maar dan haal hy ook, net soos by 'n aandeelblokskema, proporsioneel groter verpligtings op die hals. Hierbenewens kan 'n ontwikkelaar egter deur middel van spesiale reëls wat saam met die deelplan geregistreer word, verorden²²² dat hyself die meerderheid van die trustees kan aanstel of dat hyself of sy verteenwoordiger as permanente bestuurder van die skema aangestel word. As gevolg van misbruike is die ontwikkelaar se wye bevoegdhede in hierdie opsig al deur die Duitse wetgewer beperk.²²³

2 Die Wet op die Beheer van Aandeelblokke verplig die aandeelblokmaatskappy om 'n heffingsfonds te stig ten einde die beheer, instandhouding, bestuur en administrasie van die skema te finansier. Elke aandeelhouer is verplig om proporsioneel tot hierdie fonds by te dra en alle gelde moet in 'n afsonderlike rekening in 'n bank of bougenootskap of deur 'n praktisyn of eiendomsagent in sy hoedanigheid as sodanig gehou word.²²⁴ Rekeningkundige verslag moet van die besteding van hierdie geld gehou word. Die Wet op Deeltitels bevat soortgelyke reëlende voorskrifte: die regspersoon kan vir administratiewe uitgawes 'n fonds instel²²⁵ en hy kan 'n lopende of spaarrekening by 'n bank of bouvereniging open, die gelde belê en daarop

²¹⁶ Sien 1982 *THRHR* 128 e v en ook Leandy a w 530; Katz a w 141.

²¹⁷ a 12(1) van Wet 59 van 1980.

²¹⁸ a 12(2).

²¹⁹ a 12(4).

²²⁰ a 12(3).

²²¹ a 10(a). Vir 'n bespreking daarvan sien 1982 *THRHR* 126.

²²² a 5(3)(f) van Wet 66 van 1971.

²²³ Sien tans a 26(1) van die Wes-Duitse *Wohnungseigentumsgesetz* wat bepaal dat 'n bestuurder vir hoogstens 5 jaar aangestel mag word.

²²⁴ a 13. a 15 bevat soortgelyke bepalings m b t die afbetalings van leningsverpligtings deur blokaandeelhouders. Die doel van hierdie bepalings is om direkteure te verhoed om hierdie gelde te verduister en sodoende te veroorsaak dat die verband opgeroep word. Die wetgewer het gemeen dat die strafsanksies vir oortreding van hierdie bepalings vervat in a 21 voldoende beskerming aan aandeelhouders bied. Sien Katz a w 141. Vgl *Barcelona Ltd v Coinland (Pty) Ltd* 1977 4 SA 751 (D).

²²⁵ a 30(1)(a) van Wet 66 van 1971.

werk.²²⁶ Die uitgebreide reëls van 'n deeltitelskema bevat egter dikwels 'n bepaling wat die regs persoon verplig om nie slegs 'n heffingsfonds nie, maar 'n reserwefonds in die lewe te roep as voorsorg teen onvoorsiene toekomstige uitgawes.²²⁷

3 In 'n aandeelblokskema verleen elke aandeel een stem.²²⁸ Afhanklik van die aantal aandele daaraan toegedeel, sal die stemme van elke aandeelblok egter nie gelykwaardig wees nie. In 'n deeltitelskema daarenteen het elke deeleienaar, onafhanklik van die grootte van sy deel, slegs een stem.²²⁹

4 Die koste verbonde aan die boekhouding en jaarlikse ouditering van aandeelblokskemas is baie hoër as dié verbonde aan deeltitelskemas.²³⁰

4 8 Onderhoud en verbeterings

Die plig om die gebou en die gemeenskaplike gedeeltes van die gebou in stand te hou, rus op die regs persoon van 'n deeltitelskema²³¹ en die direksie van 'n aandeelblokskema.²³² Indien 'n maatskappy skade gely het weens die versuim van 'n direkteur, kan 'n lid kragtens die Maatskappywet 'n geding ten behoeve van die maatskappy begin om sodanige verlies te verhaal.²³³ Indien die direksie van 'n aandeelblokmaatskappy versuim om die gebou in stand te hou, kan enige blokaandeelhouer dus 'n geding ten behoeve van die maatskappy aan die gang sit om skade gely as gevolg van hierdie optrede van die direksie te verhaal.²³⁴ Geen sodanige bevoegdheid word deur die Wet op Deeltitels aan 'n individuele deeleienaar verleen nie.²³⁵

Enige verbetering of modernisering van die gebou of gemeenskaplike gedeeltes kan ingevolge die bylae van reëls tot die Wet op Deeltitels slegs onderneem word indien dit by spesiale besluit op 'n algemene vergadering goedgekeur is.²³⁶ Solank die kontraktuele regte ingevolge 'n aandeelblokskema nie aangetas word nie, kan verbouings, verbeterings en modernisering van die gebou of grond onderworpe aan die statute ingevolge 'n gewone meerderheidsbesluit onderneem word. Indien die geld wat hiervoor benodig word uit 'n verhoogde leningsverpligting verkry word, moet die verhoging deur ten minste 75% van die lede goedgekeur word.²³⁷

²²⁶ a 30(1)(e) en (1).

²²⁷ Dit is in ooreenstemming met a 30(1)(a).

²²⁸ a 193(1) van Wet 61 van 1973.

²²⁹ Bylae 1 reël 23. Dit geld nie vir stemming per brief of vir spesiale besluite nie. In hierdie gevalle stem die waarde van die stem van 'n deel ooreen met die deelnemingskwota daarvan.

²³⁰ Cowen a w 100.

²³¹ a 29(1)(e) van Wet 66 van 1971.

²³² gewoonlik ingevolge die statute van die maatskappy.

²³³ a 66(1) van Wet 61 van 1973.

²³⁴ Sien Cowen a w 100-101.

²³⁵ Die Israelse wetgewing oor *condominium* bevat wel so 'n reël. Sien Bylae 1 reël 3.

²³⁶ Bylae 2 reël 3.

²³⁷ a 14(1) van Wet 59 van 1980. Sien Leandy a w 530.

4 9 Beëindiging

Indien die gebou waarop 'n skema betrekking het in sy geheel of gedeeltelik vernietig word of met verloop van jare so verouderd raak dat dit nie die moeite werd is om te restoureer nie, moet die deelnemers besluit of hulle die gebou wil opknop of die skema vaarwel wil sê.²³⁸ Die Wet op Deeltitels vereis in die eerste plek 'n eenparige besluit²³⁹ of 'n hofbevel²⁴⁰ dat die skema vernietig is en dan of 'n eenparige besluit om te herbou²⁴¹ of 'n meerderheidsbesluit om die skema te beëindig.²⁴² 'n Ander manier om 'n deeltitelskema te beëindig, is om 'n eenparige besluit te neem om die skema in sy geheel te vervreem.²⁴³ In die geval van 'n aandeelblokskema kan die statute bepaal watter soort besluit vereis word om die skema te beëindig, maar 'n maatskappy kan nie ingevolge die Wet op Aandeelblokke die grond of 'n huurkontrak ten opsigte van die grond sonder 'n spesiale besluit vervreem of sedeer nie.²⁴⁴

Die buigsame reëling van aandeelblokskemas is onses insiens verkieslik. 'n Gebou sal nie in der ewigheid geskik wees vir 'n deeleiendom of blok-aandeelhouing nie. Sodra dit verouderd en vervalte raak, sou dit ekonomies dalk meer voordelig wees om die gebou as huurkompleks te benut. Andersins sal lapwerk aan die gebou die gebou geleidelik laat verkrot, totdat dit uiteindelik waardeloos is. Deur nie op 'n eenparige besluit aan te dring nie, bevat die statute van aandeelblokskemas onses insiens 'n meer realistiese reëling in verband met die beëindiging van 'n skema.²⁴⁵

4 10 Kleinere verskille

Die aandeelhouers van 'n aandeelblokskema is nie persoonlik aanspreeklik vir die skulde van die maatskappy nie: hulle word beskerm deur die afsonderlike regspersoonlikheid van die maatskappy. Daar is egter reeds daarop gewys dat 'n groot gedeelte van elke blokaandeelhouer se bates in die maatskappy opgesluit is en dat likwidasië van die maatskappy hom dus besonder nadelig kan tref. Ten einde likwidasië te vermy en sodoende hul belange te beskerm, sal blokaandeelhouers dikwels vrywillige bydraes aan die skuldeisers van die maatskappy maak.²⁴⁶ Hoewel geredelik aanvaar word dat die regspersoon van 'n deeltitelskema wel regspersoonlikheid het,²⁴⁷ bepaal die Wet op Deeltitels uitdruklik dat die deeleienaars proporsioneel aanspreeklik is vir die onvoldane skulde van die regspersoon.²⁴⁸ In hierdie

²³⁸ Sien in die algemeen Cowen a w 102; Blom "Is Horizontale Eigendom Goed?" 1967 *Naamlose Vennootskap* 151.

²³⁹ a 36(1)(b) van Wet 66 van 1971.

²⁴⁰ a 36(1)(c).

²⁴¹ a 36(3)(a).

²⁴² a 37(1).

²⁴³ a 13(1) gelees met a 13(5) en (6).

²⁴⁴ a 8(1)(c) van Wet 59 van 1980.

²⁴⁵ Sien veral Blom *loc cit*.

²⁴⁶ Sien teks tot vn 177 *supra*.

²⁴⁷ Sien Van der Merwe *Sakereg* 314; Leyser "The Ownership of Flats — A Comparative Study" 1958 7 *ICLQ* 31 45.

²⁴⁸ a 35 van Wet 66 van 1971.

opsig kan deeleienaars dus nie skuil agter die regs persoonlikheid van die "regspersoon" nie en geniet hulle nie dieselfde regsbeskerming as 'n blok-aandeelhouer nie.

Die deelnemingskwota van 'n deeltitelskema en die aantal aandele in 'n aandeelblok bepaal die waarde van 'n deeleenaar of blokaandeelhouer se stem, sy proporsionele bydraes tot die bestuur en onderhoud van die skema en sy onverdeelde aandeel in die gemeenskaplike gedeeltes van die skema.²⁴⁹ Die maatstaf waarvolgens die deelnemingskwota bereken word, is die vloeroppervlakte van 'n deel.²⁵⁰ Geen vaste formule word by wetgewing of andersins voorgeskryf vir die toedeling van aandele aan 'n bepaalde aandeelblok nie. Gewoonlik word aandele toegeken in dieselfde verhouding tot die totale aantal aandele as wat die waarde van die aandeelblok tot die totale waarde van die skema is. Die relatiewe waarde van 'n aandeelblok speel dus 'n groter rol by die toebedeling van aandele daaraan as die vloeroppervlakte daarvan.²⁵¹ As gevolg van groter buigzaamheid by blokaandeeltoebedeling is aandeelblokskemas somtyds die mees geskikte metode om skemas wat enkel en alleen uit sakelokale bestaan, of gemengde skemas bestaande uit sake-, beroeps- en wooneenhede, of skemas wat ewegroot eenhede maar met verskillende waardes bevat, te ontwikkel.

Sowel gesamentlike verskering wat die hele gebou dek as individuele verskering ten opsigte van 'n bepaalde eenheid kan ingevolge die Wet op Deeltitels uitgeneem word.²⁵² Hoewel dit groter beskerming aan deeleienaars en verbandskuldeisers bied, skep dit probleme in verband met oorversekering. Omdat die blokaandeelhouer nie eenaar is van die gedeelte van die gebou waarop hy 'n gebruiksreg het nie, kan hy nie die gedeelte as sodanig verseker nie.²⁵³ Hy kan egter wel versekering uitneem ten opsigte van sy gebruiksreg of die waarde van sy aandele.

Die wetgewersvoorkeur vir deeltitelskemas blyk daaruit dat 'n procedure geskep word om aandeelblokskemas in deeltitelskemas te omskep,²⁵⁴ maar nie *vice versa* nie. 'n Ontwikkelaar moet ook goed besin of hy nie van meet af aan 'n deeltitelskema moet aanpak nie omdat latere omskepping die betaling van dubbele oordragskoste tot gevolg het.

'n Belangrike teoretiese onderskeid tussen 'n deeltitelskema en 'n aandeelblokskema hang saam met die verskil tussen deeleiendom en aandeelhouding. By 'n deeltitelskema kwalifiseer die eiendomsreg van 'n eenheid die deeleenaar vir lidmaatskap van die regspersoon. Sodra hy sy eenheid vervreem, hou hy outomaties op om lid van die regspersoon te wees en neem sy regsopvolger sy plek in. By aandeelblokskemas is die posisie andersom. Hier is die lidmaatskap van die maatskappy primêr. Aandeelhouding bring mee dat die blokaandeelhouer 'n gebruiksreg op 'n bepaalde

²⁴⁹ a24(2).

²⁵⁰ a 24(1). M b t die voor- en nadele verbonde aan hierdie berekeningsmetode sien Van der Merwe *Sakereg* 291 e v.

²⁵¹ Sien ook Cowen a w 101; Katz a w 141.

²⁵² a 33 van Wet 66 van 1971.

²⁵³ Sien ook a 19 van 59 van 1980.

²⁵⁴ a 23 van Wet 59 van 1980.

gedeelte van die gebou verkry. 'n Blokaandeelhouer verloor slegs sy lidmaatskap by die oordrag van sy aandele en die verwydering van sy naam van die lederegister.

□

PUBLIKASIEFONDS HUGO DE GROOT

Uit hierdie fonds word finansiële hulp vir die publikasie van regsproefskrifte en ander verdienstelike manuskripte verleen.

Aansoeke om sodanige hulp moet gerig word aan:

Prof D J Joubert
Sameroeper Publikasiefondskomitee
Vereniging Hugo de Groot
Posbus 1263
PRETORIA
0001

Aantekeninge

KANTAANTEKENINGE BY DIE WET OP BINNELANDSE VEILIGHEID 74 VAN 1982

1

Suid-Afrika het onteenseglik 'n binnelandse veiligheidsprobleem. Die vernaamste oorsake van daardie probleem is waarskynlik: (a) monopolisering van die politieke mag deur die Blanke bevolkingsgroep; (b) die ongelyke verdeling van rykdom op min of meer 'n rassegrondslag; en (c) geïnstitusioneerde ongeregthede in die heersende regs- en staatsbestel.

'n Mens sou allerlei redelike verklarings en selfs ook historiese regverdiging vir die ongelyke politieke, ekonomiese en sosiale stand van sake kon aanvoer. Die feit is egter dat diegene wat in so 'n bedeling aan die kortste end trek, begryplicerwys nie met legitimeringsaansprake berusting vind nie en dat die situasie daarom die potensie van plofbaarheid in hom omdra. Vandaar die binnelandse veiligheidsrisiko.

2

Dit is kennelik 'n strukturele funksie van die staatsowerheid om 'n regsorde in stand te hou en om die vreedsame naasbestaan van lede van die burgerlike samelewing te bestendig. Daarom is besondere voorsorg-middele wat bestem is om gewelddadige verset teen die gevestigde bedeling in toom te hou, per definisie geregverdig; en aangesien die sluimerende onrus in Suid-Afrika reeds by verskeie geleenthede in die vorm van daadwerklike terreur tot uitbarsting gekom het, is streng veiligheidsmaatreëls trouens gebiedend noodsaaklik.

Regshandhawing en regspleging is egter onderworpe aan beproefde "reëls van die spel" met 'n geregtigheidsgrondslag. Dit geld ook wanneer die staatsveiligheid of openbare orde in die gedrang is. *Salus reipublicae suprema lex* wil nie sê dat die welsyn van die staatlike gemeenskap nagejaag mag word met middele wat nie aan die eties-gefundeerde eise van die regsdeed hoef te beantwoord nie. Arbitrêre magte, gesanksioneerde geweldpleging en brutale regstoepassing van of deur die handhawers van wet en orde kan selfs nie eers onder die dekmantel van veiligheidsoptrede en onder die voorwendsel van 'n totale aanslag goedgepraat word nie.

3

Suid-Afrika se bestaande veiligheidswetgewing het in menige opsig afgewyk van aanvaarde en aanvaarbare standaarde van 'n verligte regsstelsel. Daarom is die aanstelling in Augustus 1979 van 'n kommissie, onder voorsitterskap van sy edele appèlregter PJ Rabie, om ondersoek in te stel na en verslag te doen oor “die noodsaaklikheid, toereikendheid, billikheid en doeltreffendheid van wetgewing rakende die binnelandse veiligheid van die Republiek van Suid-Afrika” oor die algemeen verwelkom.

Die samestelling van die Rabie-kommissie was egter teleurstellend — nie soseer vanweë die aansien, kundigheid of bekwaamheid van die kommissielede as sodanig nie, maar uit hoofde van die eensydige belangeverteenwoordiging in die kommissie. Daardie eensydigheid word dan ook in die kommissieverslag (RP 90/1981) self weerspieël, soos blyk uit die volgende voorbeelde van algemene tekortkominge:

a Die kommissie verlaat hom oorwegend en oormatiglik op polisie-getuies, byvoorbeeld ten aansien van die noodsaak van die stelsel van aanhouding vir ondervraging soos voorheen deur artikel 6 van die Wet op Terrorisme 83 van 1967 veroorloof.

b Die verslag laat geen blyke deurskemer dat die kommissie kennis geneem het van of gehoor gegee het aan die inligting wat aangehoudenenes of oud-aangehoudenenes sou kon verstrek oor die praktyke, omstandighede en uitwerking van of in verband met aanhouding sonder verhoor nie.

c Sielkundige analyses aangaande die psigiese effek van eensame opsluiting, waaroor daar dikwels in politieke verhore getuig is — onder meer in hofsake waarna die kommissie self verwys — is skynbaar geheel en al deur die kommissie geïgnoreer.

4

Die aanbevelings van die Rabie-kommissie moet egter per slot van sake beoordeel word met die oog op die vraag of die kommissie daarin kon slaag om 'n regseties gefundeerde grondslag vir veiligheidswetgewing aan die hand te doen. In dié verband moet in besonder ook gelet word op die euwels van die *status quo* wat deur die kommissie ondervang moes word.

Die vernaamste tekortkominge van die bestaande veiligheidswetgewing sentreer om:

- a arbitrêre magte van die uitvoerende gesag;
- b 'n verskeidenheid gesanksioneerde ongeregthede;
- c bestraffing van 'n persoon vir wat hy *is* en *glo*; en
- d politisering van besluitneming.

Oor elkeen hiervan vervolgens net 'n kort woord.

4 1

“Arbitrêre magte” beteken in die onderhawige verband kompetensies van die uitvoerende gesag wat nie aan eksterne kontrole onderworpe is nie en in daardie sin onbeperk of absoluut is.

Sodanige magte is byvoorbeeld deur artikel 6 van die Wet op Terrorisme 83 van 1967 gesanksioneer. Daardie artikel het voorsiening gemaak

vir die aanhouding vir 'n onbepaalde tydperk van persone wat daarvan verdink is dat hulle aan terrorisme deel gehad het of oor kennis van terroristiese bedrywighede beskik het. Aangesien die kriterium vir aanhouding ingevolge artikel 6 aldus in die wet uitgestippel word, sou 'n mens met die eerste oogopslag kon dink dat dit nie 'n geval van arbitrêre magte is nie. Artikel 6(5) het egter die jurisdiksie van geregshowe uitgesluit om enigiets wat ingevolge artikel 6 gedoen is, te bevraagteken. Daarom kon die uitvoerende beamptes die aanwysigings van die wet self ignoreer: Geen gesag op aarde kon die polisiebeampte se bewering dat die aangehoudene in die kategorie van geoorloofde aanhouding tuishoort, betwis of verkeerd bewys nie. In wese kom dit dus daarop neer dat die magte van die uitvoerende gesag ingevolge hierdie bepaling in werklikheid aan geen regsbeperkinge hoegenaamd onderworpe was nie.

Artikel 118A van die Poswet 44 van 1958 — die artikel wat die onderskepping van posstukke en telefoongesprekke sanksioneer — behels 'n veel meer subtiele verskyningsvorm van arbitrêre magte. Die besluit van 'n aangewese amptenaar om die magte wat deur daardie artikel verleen word, in werking te stel, word weliswaar deur 'n sogenaamde funksionaris (die minister van Pos en Telekommunikasie, enige minister wat lid is van die staatsveiligheidsraad en enige persoon wat vir die onderhawige doel deur die eersgenoemde minister aangewys is) gekontroleer, maar van *eksterne* kontrole is daar geen sprake nie: besluitneming en kontrole bly tot 'n geslote kring van die uitvoerende gesag beperk.

4 2

Veiligheidsoptrede ingevolge die wetgewing wat deur die Rabie-kommissie ondersoek moes word, het weinig rekening gehou met die geëikte voorwaardes van behoorlike regspleging (“due process of law”).

Daar is in die bestaande veiligheidswetgewing byvoorbeeld ruim voorsiening gemaak vir die verbod op publikasies (a 6 van die Wet op Binnelandse Veiligheid 44 van 1950) en die onwettigverklaring van organisasies (a 2 van die Wet op Binnelandse Veiligheid en a 1 van die Wet op Onwettige Organisasies 34 van 1960), sonder dat die normatiewe riglyne van die regsïdee by die prosedure wat sodanige verbodinge en bevels voorafgaan, in ere gehou word. Ondersoeke na die aard of bedrywighede van publikasies en organisasies wat onder verdenking was, moes byvoorbeeld in absolute geheimhouding geskied. Veral die publikasie of organisasie self wat ondersoek word, moes tog net in vadersnaam nie van die ondersoek weet nie! Van *audi alteram partem* en regsverteenvoording kon daar dus geen sprake wees nie; en dit spreek vanself dat 'n ondersoek wat vir die voorwerp van ondersoek self geheim gehou moes word, uit die aard van die saak hoogstens halfgebak kon wees.

Persone wat ingevolge, byvoorbeeld, artikel 10(1)(a) *bis* van die Wet op Binnelandse Veiligheid 44 van 1950, artikel 22 van die Algemene Regswysigingswet 62 van 1966 of artikel 6 van die Wet op Terrorisme 83 van 1967 aangehou word, word volkome van die wêreld buite die plek van aanhouding geïsoleer en bevind hulleself trouens meestal in eensame opsluiting. Aangehoudenes het geen aanspraak op regsverteenvoording,

onderwys- en vermaaklikheidsgeriewe of geestelike versorging nie. Daar is egter wel voorsiening gemaak vir periodieke besoeke aan 'n angehoudene deur 'n landdros en distriksgeneesheer, en in die jongste tyd ook deur 'n inspekteur van aangehoudenenes.

4 3

Kragtens artikel 5 van die Wet op Binnelandse Veiligheid 44 van 1950 kon die Minister van Justisie sekere inperkingsbevele op 'n persoon van toepassing maak om verskeie redes — onder meer indien dit blyk dat die persoon 'n kommunist, soos in die wet omskryf, is.

Daar word betreklik algemeen aanvaar dat die reg nie 'n persoon behoort te kortwiek op grond van wat hy is of glo nie, maar sy gebods- en verbodsbepalings op menslike gedraginge moet toespits. Die substantiewe eksistensie en persoonlike oortuigings van die individu is tot 'n groot hoogte 'n onwillekeurige aanhangsel van sy mens-wees en behoort hom daarom nie die mistroosting van juridiese vergeldingsmiddele op die hals te haal nie.

4 4

Besluitneming ten aansien van veiligheidsoptrede berus in Suid-Afrika by die uitvoerende gesag en, in die voormalige bedeling, meer bepaald hoofsaaklik by die minister van justisie en die staatspresident. Hierdie stand van sake kan om sowel teoretiese as praktiese redes gekritiseer word.

Verbodsbesluite, inperkingsbevele en aanhoudingsdekrete is fundamenteel funksies van die regsprekende gesag en behoort daarom, ingevolge die beginsel van *trias politica*, nie aan die uitvoerende gesag opgedra te word nie. Bloot prakties beskou, behoort die politieke en volksleiers van 'n land nie belas te word met kompetensies en verpligtinge wat uit die aard van die saak hoogs omstrede en, trouens, hulle amp onwaardig is nie.

Aangesien die vermeende aktiwiteite van diegene wat van staatsgevaarlike, bewindbedreigende of ordesteurende bedrywighede verdink word, juis teen die bestaande bewindhebbers gemik sou wees, kan 'n mens ook nie die aangewese objektiwiteit van 'n politieke leier — wie se eie amp, gesag en oortuigings in die brandpunt van ondermynende oogmerke tereg sou kom — te wagte wees nie.

Om hierdie redes sou 'n stelsel waarin besluitneming ten opsigte van veiligheidsoptrede aan die prokureur-generaal opgedra word, verreweg verkieslik wees. Hoewel die prokureur-generaal ook wel 'n uitvoerende amp beklee, is sy gewone verpligtinge ten nouste gekoppel aan besluitneming wat die regspleging in werking stel.

5

Daar moet meteen beklemtoon word dat die aanbevelings van die Rabie-kommissie en die wetgewing wat daaruit voortgespruit het hierdie besware tot 'n groot hoogte ondervang. Die positiewe elemente van die bedoelde aanbevelings en wetgewing, vir sover dit op die bogenoemde

algemene tekortkominge van die *status quo ante* betrekking het, sluit die volgende innovasies in:

a Die arbitrêre magte van die uitvoerende gesag is aansienlik ingekort deur die instelling van hersieningsrade om sekere veiligheidsoptrede te monitor.

b Daar is 'n groter mate van toeskietlikheid in bepaalde gevalle ten aansien van prosessuele menseregte, soos die aanspraak op regsverteenoordiging en geleentheid vir 'n verdagte persoon, publikasie of organisasie om sy saak te stel.

c Bestraffing van 'n persoon op grond van oortuigings wat nie in die daad omgesit word nie of wat geen suspisie van daadwerklike uitlewing laat ontstaan nie, is grootliks uitgeskakel.

Vervolgens net weer 'n kort woord oor elkeen hiervan.

5 1

Die Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982 behou al die verskyningsvorms van veiligheidsoptrede wat tevore deur 'n verskeidenheid wetgewing ingestel en uitgebou is: onwettigverklaring van organisasies (a 4); verbanning van publikasies (a 5); inperking van individuele persone (a 18–21); aanhouding sonder verhoor van persone vir verskillende doeleindes (a 28, 29, 31 en 50); verbod op byeenkomste (a 46); en strafbedreigings ten aansien van bepaalde handelingte (a 54–60 en 62).

In die geval van inperkingsbevele en voorkomende aanhouding (nl aanhouding ingevolge a 28) word die beslissing van die betrokke besluitnemende orgaan (die minister van wet en orde) deur 'n hersieningsraad heroorweeg (vgl a 38(1)). Indien 'n persoon vir ondervraging aangehou word (dit is aanhouding ingevolge a 29), tree die hersieningsraad eers op indien die aanhouding nie binne ses maande beëindig word nie: dan moet redes vir die verdere aanhouding van daardie persoon aan die hersieningsraad vir oorweging voorgelê word (vgl a 29(2)(a)(ii)). Word die persoon nietemin verder aangehou, moet dergelike redes met tussenposes van drie maande aan die hersieningsraad verstrekkend word (*ibid*).

Die instelling van 'n hersieningsraad word gereguleer deur artikel 35 van die wet. Die voorsitter van die drie-man-hersieningsraad moet 'n regter of voormalige regter, 'n voormalige hoof- of streekhoflanddros, of 'n advokaat met tien jaar ervaring wees, en een van die ander twee lede moet ook oor 'n regskwalifikasie beskik.

In die geval van inperkingsbevele en voorkomende aanhouding word nadruklik bepaal dat die minister nie gebonde is aan bevindings van die hersieningsraad nie. Indien hy egter op strenger optrede besluit as wat deur die hersieningsraad aan die hand gedoen is, word die minister se beslissing deur die hoofregter van Suid-Afrika, of deur 'n appèlregter wat vir dié doel deur die hoofregter aangewys is, hersien; en die regter kan dan die minister se beslissing bekragtig of tersyde stel — met, in die laasgenoemde geval, 'n opgaaf van redes (a 41). Die beslissing van die hoofregter of appèlregter kan nie deur 'n regshof getoets word nie (a 41(4)).

Die hersieningsraad se optrede ingevolge artikel 29(2)(a)(ii) — dit is wanneer iemand wat vir ondervraging aangehou word, nie na verloop van ses maande of na verloop van verdere tydperke van drie maande vrygelaat word nie — word nie met 'n dergelike prosedure opgevolg nie. Die toepaslike artikel wat op aanhouding vir ondervraging betrekking het, bepaal bloot dat die hersieningsraad na afloop van die verrigtinge in sy forum “'n skriftelike verslag aangaande die verrigtinge en sy bevindinge aan die minister voorlê” — en daarmee uit en gedaan. Die wetgewer wou waarskynlik daarmee te kenne gee dat die minister die verslag van die hersieningsraad, by wyse van spreke, as afvalpapier kan aanwend, maar 'n mens sou ook kon argumenteer dat die nadruklike bepaling in artikel 41(1) dat die minister nie verplig is om aan 'n aanbeveling van die hersieningsraad gevolg te gee nie (welke bepaling op die ander gevalle as aanhouding vir ondervraging betrekking het), op grond van *inclusio unius est exclusio alterius* beteken dat die minister wel aan daardie aanbevelings gebonde is as dit om aanhouding vir ondervraging gaan. Na albei kante toe bly dit nietermin onbevredigende wetskrywing.

Die geldigheid van inperkingsbevele en voorkomende aanhouding (maar nie van aanhouding vir ondervraging nie — a 29(6)) kan ook wel in 'n geregshof aangeveg word (a 42). 'n Aansoek vir die ongeldigverklaring van 'n inperkingskennisgewing of van 'n kennisgewing wat voorkomende aanhouding in die oog het, moet binne veertien dae na die datum van die kennisgewing gebring word, en die aangeleentheid moet binne twaalf maande na die datum van die kennisgewing afgehandel word, behalwe as die hof oortuig is dat die vertraging nie aan die skuld van die applikant te wyte is nie, in welke geval die tydperk vir afhandeling van die aangeleentheid deur die hof verleng mag word. Verrigtinge ingevolge hierdie artikel sluit die jurisdiksie van 'n hersieningsraad uit.

Veiligheidsoptrede teen 'n organisasie of publikasie het eweneens met die wet van 1982 iets van die vroeëre arbitrêre kompetensie van die uitvoerende gesag ingeboet. 'n Hersieningsraad tree nie in sulke gevalle op nie, maar 'n ampsdraer van die betrokke organisasie of die uitgewer van die betrokke publikasie kan ingevolge artikel 11 'n prosedure in werking stel wat uiteindelik uitmond op hersiening van die bevel deur die hoofregter van Suid-Afrika of deur 'n appèlregter wat vir dié doel deur die hoofregter aangewys is. Die bedoelde regter kan die minister se bevel bekragtig of tersyde stel (a 11(4) en (5)). Sy eie beslissing is egter nie onderworpe aan hersiening deur enige geregshof nie (a 11(6)).

As alternatief kan daar ingevolge artikel 12 by 'n geregshof aangeklop word om die regsgeldigheid van die onwettigverklaring van 'n organisasie of verbod van 'n publikasie te bevraagteken. Die tydsbeperking wat op soortgelyke aansoeke by die hof ten aansien van inperkingsbevele en voorkomende aanhouding van toepassing is en wat hierbo kortliks aangestip is, geld ook *mutatis mutandis* vir die onderhawige gedinge; en sulke aansoeke sluit eweneens hersiening (ingevolge artikel 11) van die minister se toepaslike bevel deur die hoofregter of 'n appèlregter uit (a 12(3)). Daar kan verder op gelet word dat verrigtinge ingevolge artikel 12 nie enige bevel voorlopig,

hangende die uitslag van die geding, opskort nie (a 12(2)(b)); en 'n hof het onder geen omstandighede jurisdiksie om uitspraak te lewer oor die regsgeldigheid van die minister se beslissing wanneer hy ingevolge artikel 4(2)(a) van die wet verklaar dat 'n bepaalde organisasie bloot die voortsetting van 'n onwettige organisasie is nie.

5 2

Daar is in die nuwe Wet op Binnelandse Veiligheid in 'n geringe mate toeskietlikheid aan die dag gelê ten aansien van dit wat hierbo in paragraaf 4 2 as blyke van gesanksioneerde ongeregterighede aangestip is. Die onwettigverklaring van 'n organisasie en verbieding van 'n publikasie word naamlik voorafgegaan deur 'n ondersoek van 'n sogenaamde advieskomitee bestaande uit drie persone wat oor dieselfde kwalifikasies moet beskik as die lede van die hersieningskomitee wat hierbo in paragraaf 10 ter sprake was (a 7). Teenoor die geheime ondersoek van 'n anonieme gemagtigde beampte ingevolge die ou bedeling (vgl a 7 van die Wet op Binnelandse Veiligheid 44 van 1950), bestaan daar nou ten minste voorsiening vir die gemelde meer eerbiedwaardige advieskomitee en word die organisasie of publikasie wat onder verdenking staan darem bewus gemaak van die ondersoek en die geleentheid gebied om sy saak te stel — behalwe as die advieskomitee van mening is dat vergunning van hierdie fundamentele prosessuele aansprake nie in die openbare belang sou wees nie. Hierby kom die opmerking te pas dat 'n glibberige begrip soos “openbare belang” hom in dié verband tot magsmisbruik leen, maar dan met die trooswoord daarby dat die beslissing daaroor in die onderhawige geval in die hande van die advieskomitee gelaat word en nie, soos wat in ons veiligheidswetgewing gebruiklik was, aan die minister en sy amptenary oorgelaat word nie. Daardeur word die verdiende vrese van burokratiese vooroordeel by sodanige besluitneming grootliks ondervang.

Diegene wat skriftelike vertoë tot die advieskomitee wil rig, kan by die voorbereiding daarvan van regsverteenvoording gebruik maak (a 8(7)), maar daár hou dit op. Getuies by verrigtinge van die advieskomitee het geen aanspraak op regsverteenvoording nie en die prosedure verloop verder langs die ou gevestigde bane: die ondersoek vind agter geslote deure plaas (a 8(8)) — nugter weet waarom; die beraadslaging en aanbevelings van die advieskomitee word as vertroulik behandel (a 8(9) en (10)); geen geregshof mag uitspraak doen oor die werksaamhede en aanbevelings van die advieskomitee nie (a 10(2)) en so meer.

Net soos wat ingevolge die ou bedeling die geval was, kan die minister steeds 'n ondersoek gelas deur 'n gemagtigde beampte na die bedrywighede, aard en omstandighede van 'n verdagte organisasie of publikasie (a 6). Die gemagtigde beampte bly eweneens beklee met wye magte om persele te betree, dokumente op te eis en persone te ondervra (a 6(3)), welke persone dan egter aanspraak het op al die “voorregte” (die wetgewer weier steeds om fundamentele proses- en bewysregtelike aansprake as regte te eien) van iemand wat getuienis in 'n hooggeregshof aflê (a 6(5)) — dit sou, soos dit my lyk, die reël teen selfinkriminasie insluit. Die doel van hierdie

ondersoek is in hoofsaak om ampsdraers, beamptes, lede of aktiewe ondersteuners van gewraakte organisasies te lys (a 6(2)). Daar word hierna in paragraaf 5 3 na die lotgevalle van gelyste persone verwys.

Vir die res moet slagoffers van veiligheidsoptrede hulle met die krummels van die menseregte tafel tevrede laat stel. Diegene wat aan inperkingsbevele onderworpe is, wat in voorkomende aanhouding verkeer of wat vir ondervraging angehou word, kan vertoë rig wat op hulle inperking of aanhouding betrekking het (a 25(2), 28(9) en 29(4) resp) — 'n geval van “*audi alteram partem* by nabaat,” wat wesenlik 'n inherente teenstrydigheid uitbeeld. Die artikel 28-aangehoudene kan selfs, terwyl hy in aanhouding verkeer, regsverteenvoerdiging opeis om hom met die opstel van sy vertoog behulpzaam te wees (a 28(8)). Die artikel 29-aangehoudene kan ook skriftelik vertoë aan die hersieningsraad voorlê wanneer dié raad die redes vir sy aanhouding vir langer as ses maande, of verdere aanhouding met tussensposes van drie maande, oorweeg — soos hierbo in paragraaf 5 1 aangestip is (a 29(2)(b)), maar vir die “voorreg” om persoonlik voor die hersieningsraad te verskyn, is hy uitsluitlik van die goedgegunstigheid van die hersieningsraad afhanklik (*ibid*).

5 3

Bestrafing van 'n persoon bloot op grond van wat hy *is* of *glo* en ongeag die volkome afwesigheid van enige vrese vir staatsgevaarlike optrede (met woord of daad) deur so 'n persoon, nou of in die toekoms, welke vorm van owerheidssanksie ruimskoots deur veiligheidswetgewing van die verlede veroorloof is, het in hoofsaak met die Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982 in die slag gebly. Tans sou sodanige sanksies moontlik nog net met gelyste persone in verband gebring kan word.

'n Persoon se naam word opgeneem in die sogenaamde “gekonsolideerde lys” op grond van sy vroeëre verbintnisse en vergrype, te wete:

a indien hy 'n ampsdraer, beampte, lid of aktiewe ondersteuner van 'n onwettige organisasie was (vgl a 6(2) en 14(10), gelees met a 16(1)(a));

b indien hy sekere misdrywe gepleeg het wat met staatsveiligheid te make het (a 16(1)(b));

c indien hy aan die soort inperkingsbevel onderworpe gestel is wat deur artikel 19(1)(a) en (2) van die wet gereguleer word en wat gerieflikheidshalwe huis- of gebiedsarres genoem kan word; of

d indien hy in voorkomende aanhouding (a 28-aanhouding) verkeer of in die verlede verkeer het.

Dit val 'n mens op dat gelys-te-wees in die nuwe bedeling, algemeen gesproke, nie sonder meer as rede vir inperkingsbevele diens doen nie: daar moet ten aansien van die gelyste persoon by die minister 'n redelike vermoede bestaan dat hy iets doen of sal doen, met woord of die daad, wat die handhawing van wet en orde in gevaar stel of bereken is om dit in gevaar te stel (vgl bv a 18(1)(b), 19(1)(b) en 20(b)).

Op hierdie reël is net artikel 22 van die wet 'n uitsondering. Daardie artikel tref die kompetensie van 'n persoon om ampsdraer, beampte of lid

van 'n organisasie te wees, bydraes te maak aan of te ontvang vir 'n organisasie en aan die bedrywigheede van 'n organisasie deel te neem. Die minister kan daardie kompetensie inkort of uitsluit bloot op grond van die feit dat die persoon wat met so 'n verbod getref word, gelys is.

6

Daar is heelwat ander positiewe elemente wat uit die Rabie-verslag voortgespruit en in die Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982 opgeneem is, byvoorbeeld 'n meer sistematiese indeling en aanvaarbaarder omskrywing van misdrywe soos terrorisme, subversie en sabotasie (a 54(1), (2) en (3)) en 'n spaarsamer omgaan met die doodstraf deur daardie strafvorm te beperk tot terrorisme (a 54(1)); besluitneming word in die algemeen in die hande van die minister van wet en orde gelaat, wat onder meer dié voordeel inhou dat die staatspresidentsamp nie by veiligheidsoptrede betrek word nie, en veral dat die minister wie se besluite in die hof onder die loep geneem mag word, nie dieselfde minister is wat oor laer howe die septer swaai nie en so meer.

Die laasgenoemde aangeleentheid kan alleen maar 'n heilsame uitwerking hê. Daar skort, ten minste teoreties, iets met 'n stelsel waarin regsprekende beamptes owerheidsoptrede moet beoordeel wat onder aanvoering gestaan het van die minister wat meteen ook die regsprekende beampte se amp en optrede reguleer.

'n Aanbeveling van die Rabie-kommissie wat ook besondere vermelding verdien maar wat (nog) nie in wetgewing beliggaam is nie, beoog die wysiging van artikel 32 van die Polisiewet 7 van 1958 sodat privaatregtelike eise gegrond op polisie-optrede aan die gewone verjaringstermyn van drie jaar en verjaringvoorwaardes onderworpe gestel sal word (vgl par 13 6 6 van die verslag). Soos sake tans staan, moet 'n eiser sy aksie teen die Suid-Afrikaanse Polisie binne ses maande nadat die skuldoorsaak ontstaan het, instel; en hy moet trouens reeds na verloop van vyf maande, met 'n kennisgewing aan die verweerder, die eerste stappe doen. Die onvermoë van 'n aangehoudene weens sy aanhouding om aan hierdie tydsbepaling te voldoen, is geen verskoning nie (vgl *Nyathi v Minister of Police* saak no 13694 van 1978 TPD).

7

Die bostaande opmerkings laat ook wel tussen die reëls blyk dat die Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982 nog heelwat te wense oorlaat. Die gedagte dat die prokureur-generaal as besluitnemende orgaan vir veiligheidsoptrede ingespan moet word, het byvoorbeeld op dowe ore geval. Die vernaamste en grootste leemte in die wet sentreer egter om die behoud van 'n stelsel van aanhouding vir ondervraging soos wat die tevore deur artikel 6 van die Wet op Terrorisme 83 van 1967 gereël is. Die hieropvolgende klompie paragrawe word in meer besonderhede aan hierdie leemte gewy.

Ter wille van perspektief moet vooraf daarop gewys word dat die Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982 in die breë voorsiening maak vir vier duidelik onderskeibare gevalle van aanhouding sonder verhoor, te wete:

a *voorkomende aanhouding*: dit wil sê, aanhouding van 'n persoon wat daarvan verdink word dat hy die statutêre misdaad van terrorisme, subversie of sabotasie sal pleeg, of met woord, daad of geskryf die veiligheid van die staat of die handhawing van wet en orde gaan bedreig (vgl a 28);

b *aanhouding van getuies*: dit wil sê, die aanhouding van 'n persoon wat waarskynlik as staatsgetuie benodig mag word in 'n geding wat met sekere misdade wat die staatsveiligheid bedreig, te make het en ten einde so 'n potensiele getuie beskikbaar te hou of teen intimidasie te beveilig (vgl a 31);

c *aanhouding vir 'n afkoelperiode* (in die gewone gang van sake van hoogstens veertien dae): dit wil sê aanhouding van 'n persoon wat meedoen aan of invloed uitoefen op die voortduur van 'n toestand van openbare onrus (vgl a 50); en

d *aanhouding vir ondervraging*: dit wil sê die aanhouding van 'n persoon ten einde inligting met betrekking tot staatsveiligheidsvergrype van hom te verkry en totdat hy na die mening van die kommissaris van polisie alle vrae bevredigend beantwoord het of dit nutteloos sou wees om hom verder aan te hou (vgl a 29).

Sonder om daarmee te kenne te gee dat die eerste drie verskyningsvorms van aanhouding sonder verhoor, regseties beskou, bo verdenking staan, word hierna met kommentaar ten aansien van aanhouding vir ondervraging volstaan, omdat dit per slot van sake die mees werwelike aspekte van die Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982 weerspieël en ook in sy voorganger (a 6 van die Wet op Terrorisme 83 van 1967) die bron van ongekende ongeregtheid vergestalt.

7 1

Hierdie stand van sake spruit in hoofsaak uit die teoretiese fundering van en dogmatiese regverdiging vir die fenomeen “aanhouding vir ondervraging,” soos wat dit in Suid-Afrika bestaan.

Aanhouding vir ondervraging is fundamenteel toegespits op die verkryging van inligting, en die omstandighede wat deur artikel 6 van die Wet op Terrorisme 83 van 1967, en nou ook deur artikel 29 van die Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982, vir die verkryging van inligting geskep word, is klaarblyklik daarop ingestel om die aangehoudene *te verplig om te praat*. Daarmee laat die Suid-Afrikaanse regspraak geen twyfel nie. Vergelyk byvoorbeeld *Rossouw v Sachs* 1964 2 SA 551 (A) 561: “But, in the case of a detainee who declines to speak, or who fails, in the opinion of the Commissioner of Police, to ‘reply satisfactorily to all questions’, the continued detention . . . is, in my judgment, designed to induce him to speak — that is to say, to reply, in the opinion of the Commissioner, ‘satisfactorily to all questions’” (per ar Ogilvie Thompson, met verwysing na die soortgelyke bepaling in a 17 van die Algemene Regswysigingswet 37 van 1963); *Schermbrucker v Klindt* 1965 4 SA 606 (A) 619: “. . . the purpose of the detention is to induce the detainee to speak” en ook verderaan waar die regter hom uitspreek teen “an interruption of his detention and interrogation designed to induce him to speak” (per ar Botha, ook met verwysing na a 17 van Wet

37 van 1963); *Nxasana v Minister of Justice and Another* 1976 3 SA 745 (D) 747; "The object behind it is apparently to establish a setting conducive to, and a powerful inducement for, the supply of information about 'terrorist' activities by persons believed to have it" (per r Didcott met verwysing na a 6 van Wet 83 van 1967). Vergelyk ook die klem wat die verkryging van inligting in byvoorbeeld paragraaf 10 79 van die Rabie-verslag kry, waar dit om die doel en funksie (vgl par 10 80 van die verslag) van aanhouding vir ondervraging gaan.

Daar bestaan 'n subtile verskil tussen, aan die een kant, aanhouding van 'n persoon sodat hy beskikbaar sal wees vir ondervraging en, aan die ander kant, aanhouding van 'n persoon ten einde hom te verplig om te praat. Die laasgenoemde grondslag vir aanhouding vir ondervraging bring per definisie 'n inkwisisie tot stand, waarvan die volle afgrysklikheid deur die Middeleeuse kerkstryd aan die Westerse beskawing ten toon gestel is.

Die dogmatiese regverdiging wat deur die Rabie-kommissie vir die behoud van aanhouding vir ondervraging in die gedaante van 'n inkwisisie voorgehou word, herinner 'n mens sterk aan die staatsfilosofie van Machiavelli (1469-1527) wat allerlei ondeugde soos geweld, bedrog, moord en verraad as geoorloof vir die owerheid beskou het, indien sodanige ondeugde vir die instandhouding van die staat nodig geag sou word. In hoofstuk 15 van *Il Principe* verduidelik Machiavelli byvoorbeeld dat "'n persoon wat te midde van so veel wat sleg is, altyd die goeie wil doen, sy eie ondergang tegemoet gaan;" en hy voeg daaraan toe: "Daarom is dit nodig vir die prins wat homself wil handhaaf, om te weet hoe om die kwade te doen, en om van die kwade gebruik te maak of dit te vermy na gelang van omstandighede."

In die latere, meer verfynde, variasie van hierdie gedagtegang onder die vaandel van utilitarisme word die legitimiteit van verskynsels en gebeure uitsluitlik aan die nut, effektiwiteit of doelmatigheid daarvan gemeet. Van diegene wat in dié verband die voetspoor van Jeremy Bentham (1748-1832) volg, sou 'n mens 'n kosteberekening verwag waardeur die kwaad wat deur 'n bepaalde gevolg vermy kan word, opgeweeg word teen die kwaad wat inherent opgesluit lê in die middele wat vir die intrede van daardie gevolg aangewend staan te word, ten einde aldus so veel as moontlik mense met so min as moontlik nadele te belas. Alle utilitariste laat hulle egter nie deur sulke ekonomies-gefundeerde spitsvondighede lei nie. Die politieke utilitaris verlaat hom veelal op die gewaande etiese norm waarvolgens ondeugdelike middele altyd deur 'n deugdelike doel geheilig sou word.

Hierdie benadering lê byvoorbeeld aan die *modus operandi* van terrorisme ten grondslag. Gruweldade sou 'n besonder effektiewe middel kon wees om 'n owerheid tot oorgawe, instemming of toeskietlikheid te dwing, veral as sodanige gruweldade teen onskuldige en, verkieslik, weerlose landsburgers gemik word. Daarom ag die terroristis sy dade van terreur as geoorloof en goed: die doel heilig die middel!

Aan dieselfde mate gemeet, is die utilitarisme ook die filosofie wat vir die Rabie-kommissie rigtinggewend was. Aanhouding vir ondervraging, soos tevore in artikel 6 van die Wet op Terrorisme 83 van 1967 verorden is,

moet behou word, aldus die kommissie, want die polisie sê dat dit hulle “magtigste en, tot op ’n groot hoogte, hulle enigste wapen is om staatsgevaarlik bedrywighede . . . te antisipeer en te bestry” (par 10 78), en dit is “’n noodsaaklike middel om die polisie in staat te stel . . . om inligting te verkry . . .” (par 10 79). Dat daar ruimte bestaan vir die polisie om die magte te misbruik wat deur die stelsel van aanhouding vir ondervraging an hulle verleen word, het klaarblyklik vir die kommissie nie swaar geweeg nie; en dat onskuldiges in die proses van aanhouding vir ondervraging kan seerkry, was oënskynlik van minder belang. Die kommissie het trouens geweier om in te gaan op klagtes van magsmisbruik en polisie-brutaliteit: “Dit is ons taak om bestaande wetgewing te hersien, en nie om optredes wat in die verlede daarkragtens geskied het, te ondersoek nie,” aldus die kommissie (par 3 29) — asof die praktyk só van die teorie geskei kan word! Moes die boom nie juis aan sy vrugte geken gewees het nie?

Dr CJ van der Merwe, LV vir Helderkruijn, het die utilitaristiese uitgangspunt wat bestem is om artikel 29 te onderskraag, treffend verwoord toe hy in die volksraad, ter ondersteuning van dié artikel, verduidelik het dat die erkende beginsel van die strafprosesreg wat eerder nege skuldiges sou laat vry uitgaan as dat een onskuldige gestraf word, nie in staatsveiligheidsangeleenthede geld nie (Hansard 15/1982 7118 (Engelse uitg) 17 Mei 1982).

Daar moet beklemtoon word dat die utilitarisme nie met ’n Christelik-georiënteerde regsleer versoenbaar is nie. Doelmatigheid is nie die enigste regverdigingsgrond vir ’n bepaalde regsvoorskrif nie. Die effektiewe werking van regsvoorskrifte is wel ’n belangrike en, trouens, essensiële substraat van die reg, maar effektiewe voorskrifte moet steeds getemper word deur norme van die regsídee ten einde legitiem te wees.

Bloot prakties beskou, val dit ’n mens in ieder geval op dat die doel wat bestem is om bepaalde middele te heilig, meestal erg omstrede is, terwyl die betrokke middele sonder uitsondering deur en deur verwerplik is. Diegene wat kennelik verwerplike middele aan die hand van ’n omstrede doel probeer regverdig, begin daarom hulle argument met ’n regsetiese agterstand. Die Amerikaanse regter, Louis D Brandeis (1856–1941), het dieselfde gedagtegang soos volg saamgevat: “One can never be sure of ends — political, social, economic. *There* there must always be doubt and difference of opinion . . . There is not the same margin of doubt as to *means*. Here fundamentals do not change; centuries of thought have established standards. Lying and sneaking are always *bad*, no matter what the ends” (Mason Brandeis: *A Free Man’s Life* (1956) 569 — my kursivering).

Daar moet in die verbygaan ook op gewys word dat die utilitarisme wat aan terrorisme grondliggend is, enígsins verskil van die nuts-gedagte wat die Rabie-kommissie in sy beraadslaging laat deurskemer het. Terwyl die terroris doelbewus terreur bedryf en die visier van sy gewelddadige aanslag soms met voorbedagte rade teen die onskuldige en weerlose meelopers van die deur hom gewraakte stelsel instel, neem die Rabie-kommissie die verontregting van onskuldige landsburgers in ’n gees van fatalisme op die koop toe. Wat vir die terroris oogmerksopset is, word in die geval van

aanhouding vir ondervraging bloot *dolus indirectus*, of ten minste *dolus eventualis*.

7 2

Van naderby beskou, veroorloof artikel 29 van die Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982 die aanhouding, op gesag van 'n polisie-offisier met die rang van ten minste luitenant-kolonel, van 'n persoon wat na die mening van die polisieman die statutêre misdaad van terrorisme of subversie gepleeg het of voornemens is of was om dit te pleeg, of op sekere omskrewe maniere hulp verleen of verleen het aan 'n derde wat terrorisme of subversie gepleeg het of voornemens is of was om dit te pleeg, of oor inligting beskik aangaande die pleeg van, of hulpverlening met betrekking tot, terrorisme of subversie. Die doel van sodanige aanhouding is om inligting van die aangehoudene te bekom ten aansien van dit wat deur die polisiebeampte vermoed word, en die aanhouding bly van krag totdat die kommissaris van polisie oortuig kan word dat die aangehoudene alle vrae wat aan hom gestel is bevredigend beantwoord het, of dat sy verdere aanhouding nutteloos sal wees. Indien die prokureur-generaal 'n strafregtelike vervolging teen die aangehoudene oorweeg, is die aangehoudene op vrylating geregtig sodra die prokureur-generaal sy besluit om nie te vervolg nie, bekend maak. Besluit die prokureur-generaal om die aangehoudene wel te vervolg, verstryk sy aanhouding ingevolge artikel 29 sodra die akte van beskuldiging aan hom beteken word. Die minister van wet en orde kan ook te eniger tyd die vrylating van die aangehoudene gelas.

Artikel 29(6) sluit die jurisdiksie van alle geregshowe uit om uitspraak te doen oor "die geldigheid van enige optrede ingevolge hierdie artikel, of om die vrylating van 'n persoon wat ingevolge die bepalings van hierdie artikel aangehou word, te beveel." Ses maande lank is die aangehoudene daarom uitsluitlik aan die genade van die uitvoerende gesag uitgelewer met alleen maar 'n stelsel van interne kontrole oor die meriete van sy aanhouding, wat soos volg verloop: Die polisie-offisier wat in die eerste plek die inhegtenisneming van 'n aangehoudene gelas, stel "so spoedig moontlik" die kommissaris van polisie daarvan in kennis, wat op sy beurt "so spoedig moontlik" die naam en plek van aanhouding van die aangehoudene aan die minister van wet en orde verstrekk. Die polisie kan 'n persoon vir 'n maand aanhou sonder om aan enige "hoër gesag" rekenskap te gee van hulle optrede. Die wet bepaal in dié verband dat die kommissaris "een keer per maand" aan die minister redes moet verstrekk waarom die aangehoudene nie vrygelaat moet word nie, en na verstryking van dertig dae vanaf die aangehoudene se inhegtenisneming moet die minister sy verdere aanhouding skriftelik magtig. Dusver bly die mate van kontrole wat daar bestaan, steeds tot die binnekring van die uitvoerende gesag beperk. Na verloop van ses maande, en met tussenposes van elke drie maande daarna, moet die verdere aanhouding van 'n bepaalde persoon voor die hersieningsraad gemotiveer word, maar waarskynlik met dien verstande dat die minister nie aan die aanbevelings van die hersieningsraad gebonde is nie — soos wat hierbo in paragraaf 5 1 aangestip is.

Ten einde die aangehoudene tot openhartigheid te intimideer, word hy volkome van die wêreld buite die plek van sy aanhouding geïsoleer. Hy word trouens in afsondering aangehou, het geen aanspraak op regsverteenwoordiging of geestelike versorging nie, sy familie het nie toegang tot hom nie en niemand is geregtig op “enige amptelike inligting met betrekking tot of verkry van” die aangehoudene nie. Aangehoudenes ingevolge artikel 6 van die Wet op Terrorisme 83 van 1967 wat daarop strafregtelik aangekla is, was ooreenkomstig artikel 335 van die Strafproses 51 van 1977 geregtig op ’n afskrif van ’n verklaring wat die polisie tydens sy aanhouding van hom afgeneem het (*S v Hassim* 1971 4 SA 120 (N) 122–124; *S v Ffrench-Beytagh* (1) 1971 4 SA 333 (T) 336–337; *S v Mpetha* (1) 1982 (2) SA 253 (K) 258), maar die nuwe wet ontnem die aangehoudene nou van hierdie basiese reg (a 29(8)).

7 3

Sulke omvangryke magte in die hande van die uitvoerende gesag is sorgwekkend; en wanneer sulke magte vir doeleindes van ’n inkwisisie aan die polisie beskikbaar gestel en met utilitaristiese aansprake goedgepraat word, word dit beslis onrusbarend.

’n Mens herinner jou in dié verband die waarskuwingswoord van Emil Brunner: “To possess power is a constant temptation to abuse power” (*Justice and the Social Order* (vertaal deur Mary Hottinger) (1945) 188); of soos dit in die bekende spreuk van lord Acton saamgevat is: “Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely” (in ’n brief aan Mendell Creighton, gedateer 5 April 1887 en gepubliseer in John Emerick Edward Dalberg-Acton *Essays on Freedom and Power* (gekeur en geredigeer deur Gertrude Himmelfarb) (1949) 364).

7 4

Vrese vir magsmisbruik deur die veiligheidspolisie is egter nie net op spekulatiewe veralgemening gegrondves nie; daar is reeds oorweldigende bewyse op rekord van gevalle van polisie-brutaliteit en onmenslike onder-vragingstegnieke. Daarvan vind ’n mens ’n goeie samevatting in ’n onlangse publikasie van die *Centre for Applied Legal Studies* van die Universiteit van die Witwatersrand (*Report on the Rabie Report: An Examination of Security Legislation in South Africa* 16–32). Gevalle word in dié publikasie geboekstaaf waarin aangehoudenes fisies aangerand is, aan psigiese dwang onderwerp is, vernederend aangespreek en behandel is, vir lang periodes — baie ure lank — moes bly staan, lank en aanhoudend ondervra is, wakker gehou is, aan lawaai blootgestel is, van voedsel ontsê is en so meer. Daarbenewens word die aangehoudenes in afsondering opgesluit — soms vir periodes van etlike weke en selfs maande sonder dat hulle hoegenaamd ondervra word. In dié verband kan gewys word op ’n uitspraak van wn r Krause in *R v Kumbane* 1945 NPD 146 146–147 waar hy eensame aanhouding beskryf as “a form of cruelty reminiscent of the middle ages.” ’n Mens kan die gevolgtrekking nie vermy nie dat die wetgewer met die stelsel van aanhouding vir ondervraging geestelike marteling gesanksioneer, of ten minste ’n gunstige klimaat vir sodanige marteling geskep het.

In afgrype verskil geestelike marteling nie veel van die fisiese marteling van die Middeleeuse inkwisisie nie.

7 5

Die Rabie-kommissie wou, soos hierbo aangetoon is, nie ingaan op die praktyke wat in Suid-Afrika rondom aanhouding vir ondervraging aan die orde van die dag is nie. Die voorsorg teen magmisbruik wat in die Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982 ingebou is, raak daarom nouliks die oppervlakte: 'n inspekteur van aangehoudenenes moet artikel 29-aangehoudenenes "so dikwels moontlik" besoek ten einde hom te vergewis van die welsyn van die aangehoudene (a 45(1)), en daarbenewens moet die aangehoudene minstens een keer elke veertien dae deur 'n landdros en 'n distriksgeneesheer in afsondering besoek word (a 29(8)). Hierdie bepalings verskil nie weselik van die praktyk wat ten aansien van aangehoudenenes ingevolge artikel 6 van die Wet op Terrorisme 83 van 1967 gegeld het nie — en as dit destyds nie omstrede polisie-optrede soos dié wat hierbo in paragraaf 7 4 aangestip is, voorkom het nie, bied dit vanselfsprekend in die "nuwe bedeling" maar skrale troos.

7 6

En die bedoelde vergrype kan so maklik met elementêre voorsorg aan bande gelê word. Voorstelle wat aan die Rabie-kommissie voorgelê is vir 'n gedragskode waaraan die veiligheidspolisie hulle moet hou wanneer hulle met aangehoudenenes omgaan, is deur die kommissie verwerp, en praktiese beheermaatreëls soos dié wat in die Verenigde Koninkryk deur die *Committee of Inquiry into Police Interrogation Procedures in Northern Ireland* (vgl die "Bennett Verslag", Cmnd 7497 van 1979) en die *Royal Commission on Criminal Procedure* (Cmnd 8092 van 1981) aan die hand gedoen en onder die aandag van die Rabie-kommissie gebring is, kon die Suid-Afrikaanse kommissie en wetgewer blykbaar niks leer nie.

'n Bruikbare gedragskode wat op die lees van hierdie twee Britse verslae geskoei is, word deur John Dugard aan die hand gedoen in die reeds genoemde publikasie van die *Centre for Applied Legal Studies* (48–50).

8

Ek wil my ten slotte aansluit by die insig van die Rabie-kommissie "dat veiligheidswetgewing alleen op die lange duur geen waarborg vir die handhawing van wet en orde in die land kan wees nie" (par 3 18). Die juridiese magsubstraat wat bestem is om die handhawing van wet en orde te onderskraag, moet naamlik getemper word deur die psigies-gefundeerde regsgevoel van die gemeenskap. FJ van Zyl verduidelik dat as die lede van 'n gemeenskap die regstelsel as reg aanvoel, hulle daardie stelsel as "ware reg" sal eerbiedig en dit nie as 'n instelling sal beskou wat anargie deur geweld stig nie (Van der Vyver in Van Zyl *Inleiding tot die Regswetenskap* (1982) 236–237). Indien die regsinstelling van die staat egter die regsgevoel van die gemeenskap onbevredig laat, ontstaan die geneidheid om teen

die reg in opstand te kom, welke geneigdheid die behoefte aan meer ingrypende dwangmaatreëls laat posvat om wet en orde te kan handhaaf. Geïnstitutionaliseerde druk wat bestem is om regsinstellings wat teen die regsgevoel van die gemeenskap indruis, af te dwing, sou in die gewone gang van sake by die regsonderdane 'n groter mate van weerstand stimuleer, wat op sy beurt nog meer ingrypende dwangmaatreëls vir die handhawing van wet en orde mag noodsaak ensovoorts, ensovoorts. Met die eskalاسie van toenemende weerstand van regsonderdane teen die *status quo* en toenemende dwangmiddele van die owerheid om die *status quo* te handhaaf, kan uiteindelik 'n toestand ontwikkel waarin die uitvoerende gesag van die staat sy toevlug tot arbitrêre magsuitoefening moet neem om die regsorde in stand te hou. So 'n toestand kom op owerheidsanargie neer wat meteen die regsorde in duie kan laat stort, want 'n regering wat homself nie meer aan regsbeperkinge onderworpe ag nie, kan met sy voorbeeld nouliks van die onderdaan eerbiediging van die reg verwag. Suid-Afrika het reeds gevaarlik na aan so 'n toedrag van sake gekom.

Hoewel die arbitrêre magte van die uitvoerende gesag in veiligheids-angeleenthede, wat hiervan blyk gee, aansienlik deur die Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982 ingekort is, is die oorsake van sulke uitspattige magte nog nie noemenswaardig aangedurf nie.

En dit bring ons weer uit by die grondoorsake van die Suid-Afrikaanse veiligheidsprobleem wat in die inleidende paragraaf hiervan uitgestippel is. Dáaraan moet nou met mening gearbei word. Indien die voornemens van die regering wat in dié verband reeds deurgeskemer het, *nou* in die daad omskep en verder uitgebou kan word, sou ek hierdie relaas met vertroue op 'n optimistiese noot kon afsluit.

JD VAN DER VYVER
Universiteit van die Witwatersrand

WILL THE PROPOSED ACCRUAL REGIME APPLY TO MARRIAGES ENTERED INTO BY BLACKS IN TERMS OF SECTION 22(6) OF THE BLACK ADMINISTRATION ACT 38 OF 1927, AS AMENDED BY ACT 9 OF 1929?

There is already a great deal of uncertainty as to whether the proposed bill concerning the accrual regime will, when it becomes law, also cover the marriages entered into by Blacks in terms of section 22(6) of the Black Administration Act 38 of 1927, as amended (hereinafter referred to as the act).

The bill, as it stands now, applies in respect of marriages contracted under antenuptial contract in terms of which community of property and community of profit and loss are excluded. This, of course, refers to marriages contracted after the commencement of the act, although the parties will be free to exclude the accrual regime by their antenuptial contract (section 2). This must be read with section 20 of the bill which deals with the circumstances under which the spouses may change their matrimonial property regime.

Blacks' marriages are governed by section 22(6) of the act; in terms of that section such marriages are out of community of property and profit and loss but subject to the husband's marital power. For a long time there has been a controversy as to the effect of this section on the matrimonial consequences of such marriages — the question was whether, by retaining the marital power, the section was in fact re-enacting the indigenous matrimonial property regime which is neither in nor out of community of property and profit and loss. This was a logical deduction from the provisions of section 23 of the act read with section 2(d)(1) and (e) of GN R34 of 7 January 1966, promulgated under section 23 (10) of the act, which relates to the administration and distribution of the estate of a Black South African who has died intestate. If the deceased does not fall under any of the classes of persons described in section 2(a), (b), (c) or (d) his property is distributed according to African customary law despite the fact that he was a partner to a monogamous marriage.

The effect of section 22(6) of the act was considered by the appellate division in *Ex parte Minister of Native Affairs: In re Molefe v Molefe* 1946 AD 315. The question was brought before the court as a special case in terms of section 14 of the act. The question to be considered was put as follows:

“In the case of a marriage between natives contracted otherwise than during the subsistence of a customary union between the husband and any woman other than the wife, and in the absence of a declaration in terms of sec. 22(6) of Act 38 of 1927 to the effect that the parties desire that community of property and of profit and loss shall result from their marriage, are the proprietary rights of the parties the same as those of any legal marriage out of community of property, or are their rights regulated by native law and custom” (317).

It must be pointed out at this stage that the Appeal Court for Commissioners' Courts, in respect of whose decision the then minister of native affairs entertained some doubt, held the view that the wife of such a marriage was, as far as property rights are concerned, in the same position as the wife of a customary union. In answering this question Watermeyer CJ said:

“The proprietary rights of native spouses who contract a valid marriage at a time when no customary union subsists between the husband and another woman, and who do not make a declaration in terms of sec. 22(6) of Act 38 of 1927, will, except in so far as there is a specific statutory provision, depend upon whether or not parties have entered into any ante-nuptial agreement with regard to their proprietary rights after marriage. If they have entered into such an ante-nuptial agreement then their proprietary rights will depend upon the legal effects, whatever they may be, of such agreement. If they have not entered into any such ante-nuptial agreement then, since community of property, and of profit and loss, does not result from marriage, each spouse retains, subject to any statutory provision, the ownership of his or her own property, but the control of the property of the spouses vests in the husband by virtue of his marital power” (320).

The chief justice went on to say that although “there is no community of property and of profit and loss between the spouses, . . . in other respects their proprietary rights are the same as if they had been Europeans who had contracted a legal marriage without having entered into any valid ante-nuptial contract . . .” The chief justice said that, amongst Europeans, an ante-nuptial contract is necessary to exclude community of property, but that among Blacks the converse is the case and that a special contract under

the provisions of section 22(6) is necessary to introduce community of property. The proposition that among Blacks a special contract is necessary to introduce community of property is incorrect. A community of property can only come about as a result of a joint declaration by the intending spouses to that effect within one month prior to the celebration of the marriage, whereas an ante-nuptial contract is only necessary to exclude the marital power. (Also see June Sinclair 1980 *SALJ* 473.)

The intending White partners need to enter into an antenuptial contract for their marriages to be out of community of property and, therefore, to fall within the ambit of the proposed Matrimonial Property Bill — a result which is automatic in the case of marriages for Blacks under section 22(6) of the act.

Sinclair (*op cit*) after raising some doubts as to whether the bill, when it becomes law, will apply to Blacks who marry without ante-nuptial contract, expresses the view that a Black would have to enter into a superfluous ante-nuptial contract, in terms of which community is excluded, in order to render his marriage subject to the accrual regime.

In my view such a step will be unnecessary, as community of property and of profit and loss are already excluded in terms of section 22(6) of the act — a result which can only be achieved by ante-nuptial contract as regards marriages among White persons, Coloureds and Indians.

Again, in the definition of “court” in section 1 of the Bill, “court” means the provincial or local division of the supreme court of South Africa or a divorce court instituted by section 10 of the Black Administration Act 1927 Amendment Act 9 of 1929 etc.

A divorce court established under section 10 of the act has jurisdiction in respect of marriages entered into between Black spouses under section 22(6) of the act. In my view, the inclusion of the divorce court for Blacks in the proposed bill is a sufficient indication that the accrual regime will also apply to Blacks who have contracted their marriages in terms of section 22(6), that is, without an antenuptial contract — for reasons I have already given.

It seems to me that the proposed bill, if not altered so as to include the definition of “marriage” in the definition section, is going to create the same problems as the new Divorce Act 70 of 1979. These are, in my view, unnecessary problems resulting from bad draftsmanship. For instance, in the Divorce Act the definition of “court” does not include maintenance courts, created under the Maintenance Act 23 of 1963, so that there are some doubts whether these courts have jurisdiction to vary or discharge maintenance orders made in a divorce action.

The inclusion, in the definition section of the proposed bill, of a definition of marriage will help clear up the confusion now reigning in this regard and put the matter beyond doubt. An important institution such as marriage should not be subject to uncertainty or be a matter of conjecture, otherwise the marriage law for Blacks will be susceptible to the same suspicions voiced by Verloren van Themaat, (“Die Verfyning van die Reg vir Swartes in Suid-Afrika” 1979 *Obiter* 146). In that article the author raises

the question whether the special law for Blacks in South Africa is of the same juridical standard as the general law in the country ("Is die reg wat vir Swartes in Suid-Afrika geskep is, van dieselfde juridiese standaard as die algemene reg van Suid-Afrika?"). This is indeed a major question.

RB MQEKE
University of Fort Hare

DIE STRAFREGNORM*

Die mens se denkpatriene en sistematiese modelle het gewoonlik 'n diepere filosofiese basis. Daarom wys Visser't Hooft tereg daarop dat die regs-wetenskap altyd (in 'n mindere of meerdere mate) gelaai is met opvattinge en denkvorme waaraan die filosofie vroeër reeds vorm gegee het (*Tussen Recht en Filosofie* (1978) 5).

In sy belangwekkende werk *Rechtsanthropologie* Band 1 (1970) bespreek Lampe die gangbare dualistiese regsleer. Hiervolgens word

"einen idealen Menschen entwirft und dem realen Menschen sodann befiehlt, sich diesem Idealtypus anzugleichen. Wir nennen ein solches Recht idealistisch. Eine Lehre, die solche Rechtsauffassung zugrunde legt, verfährt dualistisch: Sie stellt dem realen Menschen ('so wie er — leider — ist') einen idealen Menschen ('so wie er sein soll') gegenüber; und da sie alsdann das Recht allein auf seiten des idealen Menschen sieht, verhalten sich nach ihrer Auffassung Recht und realer Mensch zueinander wie befehlende ideale Macht und zum Gehorsam verpflichteter realer Untertan."

In dié verband is dit belangrik om op die volgende konsekwensies en probleme te wys:

(a) Die dualistiese regsleer het klaarblyklik 'n sterk Kantiaanse wortel. Genoemde regsleer beliggaam die skeiding tussen 'n behoort-wêreld ("Sollen") en 'n is-wêreld ("Sein"). In dié verband verklaar Damm:

"Der neukantianischen Trennung von Sollen und Sein entspricht die Entgegensetzung von Recht und Wirklichkeit als getrennte sich wechselseitig nicht mitkonstituierende Bereiche" ("Norm und Faktum in der historischen Entwicklung der juristischen Methodenlehre" 7 (1976) *Rechtstheorie* 213 219).

(b) 'n Belangrike probleem van die dualistiese regsleer lê by die vraag na die normgeadresseerde ("Norm-adressaten") want

"sie vermag keine Antwort auf die Frage zu geben, wie denn das Recht den realen menschen betreffen soll, nachdem es sich als ideale Wesenheit von ihm emanzipiert hat" (Lampe 18).

Dit was 'n grondprobleem van die sogenaamde "Imperativentheorie" van die strafreg, wat op die dualistiese regsleer gebou is, en wat deur August Thon begrond en veral deur Hold Von Ferneck in sy konsekwensies deurgevoer is (Lampe 18 e v). Thon self was van mening dat regs-norme (en ook strafreg-norme) aan alle *mense* gerig is. Eienaardig genoeg is dié siening redelik algemeen aanvaar, met die gevolg dat ook ontoerekeningsvatbare persone aan die strafreg-norme onderworpe geag word (vgl Van der Westhuizen *Noodtoestand as Regverdigingsgrond in die Strafreg* (1979) LLD-proefskrif,

* Erkenning word hiermee aan die Von Humboldt Stiftung gegee wat my in staat gestel het om deel van dié navorsing in 1981 in Heidelberg, Wes-Duitsland, te verrig.

Universiteit van Pretoria 400 e v). Volgens dié denkpatroon, wat deur die dualistiese regsleer onderlê word, word strafregnorme ook byvoorbeeld aan pasgebore babas gerig. En dit is 'n (werklikheidsontroue) fiksie wat soos alle fiksiekonstruksies 'n tydelike bestaan het, al geniet dit op 'n gegewe tydstip ook wye aanhang.

Die onderskeid tussen die behoort-wêreld en die is-wêreld word hendaags, oor 'n wye spektrum, prinsipieel deur regsfilosowe verwerp (vgl bv Otto Bondy "Das Reich des Sollens" 27 (1976) *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 85). In 'n interessante artikel, "Law as Social Phenomenon" 57 (1971) *ARSP* 37 40 53, voer Kazimierz Opalek aan dat daar twee regsvlakke ("two 'planes' of law") is: die normwêreld wat 'n ideële of linguistiese uitdrukkingswêreld is en die fenomeenwêreld (die reël-empiriese wêreld). Myns insiens is so 'n onderskeiding nie as sodanig geldig nie: die linguistiese wêreld is deel van die regvormingswêreld, maar daar is nie 'n linguistiese wêreld, as sodanig, met 'n eie, afsonderlike bestaan nie; die linguistiese voorveronderstel 'n empiriese (die mens en ander entiteite). Treffend verklaar Alois Troller ("Das Gesetz im Recht" 93 (1974) *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 29 32):

"Wir sind heute durch die Folgen der Zivilisation darüber belehrt, dass wir Natur, Technik und Rechtsordnung als untrennbare Einheit hinnehmen und erfahren müssen. Diese Bereiche sind unaufösbar verflochten. Der Mensch und seine Werke, die Technik und die Rechtsordnung sind ein Teil der Natur und haben ihr gegenüber keine Autonomie. Der Mensch kann seine Verhältnisse nicht mehr ordnen, ohne die Ordnung der aussermenschlichen Kräfte, die auf der Welt wirken, zu beachten. Die Rechtsordnung ist das Gemeinschaftswerk aller Menschen. Naturwissenschaftler, Techniker, Wirtschaftswissenschaftler, Soziologen, Juristen und alle andern Forscher tragen die Kenntnisse zusammen, die unsere Ordnungsvorstellungen beeinflussen."

(Vgl ook Arndt "Gesetzesrecht und Richterrecht" 1963 *NJW* 1273 1283; Hruschka "Rechtsanwendung als Methodologisches Problem" 50 (1964) *ARSP* 485 486; Wroblewski "Facts in Law" 59 (1973) *ARSP* 161; Lachmayer *Grundzüge einer Normentheorie* (1977) 28).

Die verwerping van die tradisioneel-afgebakende teenstelling tussen die behoort- en is-wêreld, beteken nie dat die reg(snorme) en daarmee gepaardgaande regstelsels wegval nie. Dit bring bloot 'n realistieser en pretensievryer siening van die werklikheid mee, vanwaar wetenskaplik sinvoller ontwikkel kan word.

In sy artikel "Die Ambivalenz menschlicher Normativität" 63 (1977) *ARSP* 179 181 verklaar Mock: "Der Mensch hat andauerend Sollen in Sein umzusetzen." Die beswaar teen hierdie stelling is dat "Sollen" nie in "Sein" omgesit kan word nie, want daar is nêrens 'n punt waar "Sollen" nie "Sein" is nie.

Die normproses begin, in strafregtelike sin, by die daarstelling van die struktuurstrafregnorm, dit wil sê by die ontknoping van die strafregnormatiewe proses in eerste instansie (byvoorbeeld by die daarstelling van 'n wetgewingstuk waarin die "strafregnorm" beliggaam is). Die struktuurstrafregnorm ondergaan vervolgens 'n proses van verryping en individualisering totdat dit 'n funksiestrafregnorm ('n voltooide en daarom werklike strafregnorm) word wanneer die strafsanksie teen 'n dader in werking gestel word (vgl in dié verband my skrywes "Misdaadelementologie" 1977 *De Jure*

310 312; "Klagtesplitsing en die Organiese Aard van die Misdaadinhoud" 1980 *De Jure* 356 366; "Strafoplegging as Misdaadelement" 1981 *THRHR* 173).

In verband met genoemde benadering is die volgende problematies:

1 Die eerste belangrike vraag wat gevra kan word, is of 'n hof se bevinding altyd 'n strafregnorm tot stand bring. Hierdie vraag bring ons by die prinsipiële vraag na die verskil tussen reg en mag. Die problematiek wat hieruit voortvloei, kan aan die hand van die volgende hipotetiese voorbeelde verduidelik word:

(i) A, 'n bendeleier, verhoor B, 'n bendelid, vir die een of ander vorm van wangedrag en straf hom tot aanhouding. Die straf word voltrek.

(ii) Regter X vind Y skuldig aan 'n misdaad wat nie bestaan nie.

(iii) Regter P vind O, 'n getuie, onder die indruk dat hy die beskuldigde is, skuldig aan 'n misdaad.

(iv) Regter V vind W skuldig aan 'n misdaad wat hy nie gepleeg het nie. Regter V tree *mala fide* op, wetende dat W nie die misdaad gepleeg het nie.

(v) Regter T, terwyl hy in 'n toestand van geesteskrankheid is, vind S aan 'n misdaad skuldig.

(vi) Regter H, onder dwang van 'n boewebende, vind J skuldig aan 'n misdaad wat hy nie gepleeg het nie.

(vii) Regter Q vind R skuldig nadat die klagstaat aan hom gestel is, maar voordat hy kon pleit en voordat getuienis gelei is.

Veronderstel verder dat 'n straf in al bogenoemde gevalle opgelê word. Voordat 'n strafregnorm tot stand kom, moet daar myns insiens aan die volgende vereistes voldoen word:

1 1 *Die bestaan van 'n struktuurstrafregnorm:*

'n Strafregnorm kan slegs tot stand kom as dit 'n basis in die struktuurstrafreg het. Indien daar nie so 'n basis is nie, sê Noll tereg dat die regsonderdaan "nicht mehr unter dem Recht, sondern unter willkürlich ausgeübter Macht" staan ("Zusammenhänge Zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung in allgemeiner Sicht" 93 (1974) *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 249 272). In gevalle (i) en (ii) kom derhalwe geen strafregnorm tot stand nie.

1 2 *Die bestaan van 'n spesifieke proses:*

'n Strafregnorm kan verder slegs bestaan ten aansien van 'n persoon (beweerde dader; beskuldigde) met wie die staat in geding getree het. In geval (iii) kom dus geen strafregnorm tot stand nie. Dit kan verder slegs bestaan nadat substansieel volgens 'n spesifieke regsproses opgetree is. In geval (vii) kom derhalwe geen strafregnorm tot stand nie.

1 3 *Die bestaan van 'n erkende, vrywillig-handelende en bona fide regspreker*

In gevalle (iv), (v) en (vi) kom derhalwe geen strafregnorm tot stand nie. Die regspreker moet binne die betrokke staatstruktuur erken word en sy beslissings moet afdwingbaar wees en inderdaad afdwinging word. Die

beslissing van die regspreker is nie 'n bloot rasonele aktiwiteit nie. Steve Wexler merk tereg op:

“Our mistake, a mistake forced on us by legal tradition and training, is to see decision-making exclusively as a rational activity which takes place in the conscious mind of the decision-maker” (“Non-judicial Decision-making”, 13 (1975) *Osgood Hall LJ* 839 841).

2 In 'n artikel “Legal Principles and the Limits of Law” 1972 *Yale LJ* 823 824 onderskei Joseph Raz onder andere tussen regsnorme aan die een kant, en “[l]aws which are not norms” aan die ander kant (in laasgenoemde geval noem hy as voorbeeld die omskrywing van die territoriale geldigheidsfeer van 'n regstelsel). Hierdie onderskeiding is myns insiens nie geldig nie. Alle “laws” het 'n normatiewe basis, want anders kan hulle nie “laws” (in juridiese (kultuur-)sin) wees nie. Aangesien 'n regsnorm binne territoriale (en ook sosiologiese) grense funksioneer, kan die inhoud van die betrokke regsnorm nie sonder verwysing na genoemde grense omskryf word nie. Laasgenoemde vorm gevolglik deel van die norminhoud.

Regsnorme kan myns insiens nie konflikerend met mekaar wees nie. Indien 'n regspreker òf A òf B kan beslis en hy beslis A en lê 'n straf op, is A die norm. Soos hierbo op gewys, bestaan die voltooide norm eers by individualisering van die struktuurnorm, dit wil sê by die bevinding van die regspreker — 'n ander regspreker kan in 'n ander geval B bevind en dan is B in daardie geval die norm indien 'n straf opgelê word. (Vgl ook Dworkin “The Model of Rules” 35 1967 *Univ of Chicago LR* 14 37 aangehaal deur Munzer “Validity and Legal Conflicts” 1973 *Yale LJ* 1140 1157.) Raz self aanvaar dat “legal rules” kan konflikteer. Hy gee dié voorbeeld: die strafreg sluit 'n reël in wat aanranding verbied. Dit word egter deur verskeie ander reëls gekwalifiseer, soos dat dié verbod nie in noodweer geld nie. Op 831 sê hy die volgende:

“Consider the consequences of accepting this view of the individuation of laws. It will mean, of course, that not only the law against assault but also the laws against homicide, rape, and theft, and every other law, will include these and many other qualifying clauses. We will have fewer laws (the doctrine of self-defense, for example, will not be regarded as separate), but those which remain will be enormously complex. They will also be very repetitive, having much of their content in common (the doctrine of self-defense, for example, will be a part of each of the criminal laws).”

Raz stel sy eie standpunt soos volg:

“Instead we should adopt a doctrine of individuation which keeps laws to a manageable size, avoids repetition, minimizes the need to refer to a great variety of statutes and cases as the sources of a single law and does not deviate unnecessarily from the (admittedly hazy) common sense notion of a law. Such a doctrine of individuation will result in a greater number of laws which interact with one another modifying and qualifying each other. This approach is closer to the way lawyers ordinarily think about the law, and also illuminates important connections among laws. It focuses attention on the fact that certain groups of laws are affected by certain other laws stipulating doctrines such as self-defense, necessity, etc., while others are not. In short, such a doctrine of individuation better explains the systematic interrelations between various parts of the legal system” (832).

Die beswaar teen Raz se benadering is dat hy nie duidelik onderskei tussen die aktiwiteite van norminhoudbeskrywing en norminhoudanalise nie. Hiermee word egter nie voorgegee dat dié aktiwiteite geheel en al van mekaar geskei kan word nie. Wat is die begrip waarmee al die voorwaardes

vir skuldigbevinding aan en bestraffing vir 'n misdaad beskryf word? Die "laws stipulating doctrines such as self-defense" het, in strafregtelike sin, geen afsonderlik-sinvolle bestaansfunksie nie; dit verkry eers bestaansin en funksie wanneer dit in funksionele verband (in misdaadverband) gesien word. Hierdie funksionele verband of samehang noem ek 'n strafregnorm (in voltooide sin soos hierbo op gewys). Analyseer 'n mens die onderskeie strafregnorme dan blyk dit dat daar sekere verskynsels is wat algemeen of meer algemeen voorkom. Raz se "laws stipulating doctrines . . ." val hieronder. Sistematies is dit, soos Raz aantoon, sinvol om dié gemeenskaplike verskynsels afsonderlik te behandel, veral wanneer 'n mens 'n hand- of leerboek oor die strafreg skryf. Maar dit verander nie die funksionele werklikheid nie. (Vgl my artikel "Misdadelementologie" 1977 *De Jure* 310 317 e.v.)

'n Verdere kenmerk van die strafregnorm is dat dit sanksie (straf) gebonde is (vgl hieroor Vladimir Vrećion "Möglichkeiten des Einsatzes kybernetischer Methoden im Gesetzgebungsverfahren" 4 (1973) *Rechtstheorie* 47 55). Lachmayer *Grundzüge einer Normentheorie* (1977) 37 onderskei twee norme:

"Zu der Verbotsnorm tritt eine weitere Norm hinzu, die Sanktionierungsnorm"

en later:

"Soll ein Verhalten verboten und die Verletzung dieses Verbotes bestraft werden, so sind zwei Normen erforderlich: Einerseits jene Norm, welche das Verhalten verbietet und andererseits die Norm, welche an der Ineffektivität der ersten Norm anknüpfend die Pflicht zu Setzung einer Strafe vorsieht" (46-47).

Die beswaar teen Lachmayer se benadering is dat die "verbodsnorm" nie strafregtelik-funksioneel sinvol kan bestaan sonder die "strafnorm" nie. Sowel Lachmayer se "verbodsnorm" as sy "strafnorm" vorm deel van 'n enigste strafregtelike funksionele (die strafregnorm). Hiermee word nie ontken dat die strafregnorm uit 'n verskeidenheid normatiewe eenhede saamgestel is nie — net soos 'n motorenjin wat uit verskeie onderdele bestaan, maar slegs werklik enjin is as die onderdele gesamentlik funksioneer.

3 Indien die strafregnorm eers by strafoplegging voltooi is (en gevolglik bestaan), kan die vraag gevra word: wanneer ontstaan aanspreeklikheid? By die dadershandeling of by die strafopleggingshandeling van die regspreker? Strafregtelike aanspreeklikheid is die gevolg van 'n verskeidenheid van handeling en ook soms nie-handeling (dié van die dader, aanklaer ens) wat kulmineer in die bestraffingshandeling van die regspreker. Die begrip "regspreker," in dié verband gebruik, verwys na die hoogste regspreker, indien die regspreker van laer rang se beslissing in heroorweging geneem word (appèl, hersiening). Strafregtelike aanspreeklikheid ontstaan eers by genoemde bestraffingshandeling.

4 Aangesien die strafregnorm eers by genoemde bestraffingshandeling ontstaan, kan die werklike normgeadresseerde slegs die bestrafde wees. Voor bestraffing bestaan daar slegs normskendingvatbares (potensiële normgeadresseerdes).

GEBREKKIGE BORGAKTES: INLYWING BY WYSE VAN VERWYSING

Artikel 6 van die Algemene Regswysigingswet 50 van 1956, soos gewysig deur artikel 4 van die Algemene Regswysigingswet 80 van 1964, bepaal dat geen borgkontrak geldig is nie tensy die bepalings van die kontrak beliggaam is in 'n skriftelike dokument en deur of namens die borg onderteken is. Die borgkontrak kan omskryf word as "'n ooreenkoms waardeur iemand hom teenoor die skuldeiser van iemand anders aanspreeklik stel vir die behoorlike uitoefening van sy verpligtings deur die skuldenaar" (De Wet en Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 4e uitg (1978) 344).

Die borgakte moet die identiteit van die skuldeiser, die borg en die hoofskuldenaar, asook die aard en omvang van die hoofskuld, bevat ten einde geldig te wees (*Sapirstein v Anglo African Shipping Co Ltd* 1978 4 SA 1 (A) 12). Die borgakte mag aangevul word deur ekstrinsieke getuienis (nie getuienis deur die borg en die skuldeiser self nie), om die onderhandelinge en *consensus* van die partye te bewys (*ibid*). Die ekstrinsieke getuienis mag egter nie strydig wees met die bepalings van die skriftelike kontrak nie (*ibid*). Aangesien die borg homself aanspreeklik kan stel vir 'n toekomstige verpligting van die hoofskuldenaar, is dit soms noodsaaklik om ekstrinsieke getuienis aan te bied om die omvang van die borg se aanspreeklikheid te bewys (*Trust Bank of Africa Ltd v Frysch* 1977 3 SA 562 (A) 584) of om aan te toon na welke dokument die borgakte verwys (*General Accident Insurance Co Ltd v Dancor Holdings (Pty) Ltd* 1981 4 SA 968 (A) 978). 'n Borgakte is gebrekkig indien dit nie al die wesenlike besonderhede bevat nie (*Fourelamel (Pty) Ltd v Maddison* 1977 1 SA 333 (A) 345). Indien hierdie wesenlike besonderhede nie uitdruklik in die borgakte voorkom nie, maar daar in die borgakte verwys word na 'n ander dokument waarin hulle wel voorkom, ontstaan die vraag of die wesenlike voorwaardes by wyse van verwysing in die borgakte ingelyf kan word ten einde 'n geldige kontrak daar te stel. Die leerstuk van inlywing deur verwysing ("incorporation by reference") wat op koopkontrakte van toepassing is (*Van Wyk v Rottcher's Saw Mills (Pty) Ltd* 1948 1 SA 983 (A) 990-991; *Johnson v Leal* 1980 3 SA 927 (A) 937), is ook van toepassing op borgkontrakte (*Fourelamel (Pty) Ltd v Maddison supra* 345). Die toepassing van hierdie beginsel is egter nie altyd eenvormig nie en 'n bespreking van 'n paar gewysdes kan moontlik sekere riglyne vaslê.

Die borgakte wat ter sprake was in *Trust Bank of Africa Ltd v Cotton* 1976 4 SA 325 (N) was gebrekkig omrede die naam van die hoofskuldenaar nie daarin vermeld was nie. Dit was gemene saak dat die borgakte ongeldig was weens hierdie gebrek (329). Die eiser (skuldeiser) het egter gesteun op die bewoording van die borgakte waarin daar vermeld is dat die borg homself aanspreeklik stel vir die behoorlike uitvoering van die hoofskuldenaar se verpligtings ingevolge 'n erkenning van verskuldigdheid. Indien die erkenning van verskuldigdheid by wyse van verwysing in die borgakte ingelyf sou word, sou die wesenlike voorwaardes van die borgkontrak teenwoordig wees. Dit was verder nodig om ekstrinsieke getuienis te lewer om die relevante erkenning van verskuldigdheid te identifiseer, aangesien die identifikasie van die dokument nie *ex facie* die borgakte geblyk het nie.

Regter Miller beslis dat dit toelaatbaar is om mondelinge getuienis te lewer ter identifisering van die erkenning van verskuldigdheid en dat indien hierdie dokument by die borgakte ingelyf sou word, die borgakte wel die wesenlike voorwaardes sou bevat (331). Die besondere borgakte het 'n verwysing na die dokument bevat wat die gebrekkige borgakte aangevul het (330).

In *Fourelamel (Pty) Ltd v Maddison (supra)* het die eiser (skuldeiser) in 'n aansoek om summiere vonnis op 'n borgakte gesteun. Die verweerder het die verweer geopper dat die borgakte ten tyde van die ondertekening nie al die wesenlike voorwaardes bevat het nie; dat die besonderhede van die borgakte eers op 'n latere stadium ingevul is (346). Die appèlhof (by monde van appèlregter Miller) bevind dat die verweer dat die borgakte nie al die wesenlike voorwaardes ten tye van ondertekening bevat het nie, wel 'n *bona fide* verweer vir die doeleindes van summiere vonnis uitmaak (348). Die hof beslis dat 'n borgakte gebrekkig is indien dit ten tyde van die ondertekening daarvan nie al die wesenlike voorwaardes bevat nie (344).

Die alternatiewe betoog van die eiser se advokaat was dat selfs al het die borgakte nie al die wesenlike voorwaardes ten tyde van ondertekening bevat nie, hierdie voorwaardes by wyse van verwysing na 'n huurkontrak in die borgakte ingelyf is (345). In die laaste paragraaf van die borgakte wat oor die keuse van die *domicilium citandi et executandi* van die borg gehandel het, word melding gemaak van 'n aangehegde huurkontrak (340). Appèlregter Miller laat hom soos volg uit oor hierdie betoog:

“The mere fact that the lease is referred to in the context of a *domicilium executandi* provision in the document, does not by any means, *without evidence of the verbal agreement of the parties*, establish that the lessee described in the deed of lease is the principal debtor . . .” (345, my kursivering).

Daar moet in gedagte gehou word dat hierdie beslissing gehandel het oor die vraag of summiere vonnis wel onder die omstandighede toegestaan behoort te word en dat mondelinge getuienis in die reël nie toelaatbaar is by 'n aansoek om summiere vonnis nie (Herbstein and Van Winsen *The Civil Practice of the Superior Courts in South Africa* 3e uitg (1979) 306–307). Dit was dus nie vir die eiser moontlik om mondelinge getuienis aan te bied ten einde die huurkontrak te identifiseer nie.

Dit was nie uit die beëdigde verklarings voor die hof duidelik of die huurkontrak wel ten tyde van die ondertekening van die borgakte aan die borgakte geheg was nie (346). Die hof is egter nie bereid om by 'n aansoek om summiere vonnis te bevind dat die aanhegting van 'n dokument die inlywing daarvan in 'n borgakte ten gevolg het nie (*ibid*). Die probleem was natuurlik die identifikasie van die dokument wat in die borgakte ingelyf moet word.

Die eiser (skuldeiser) in *FJ Mitrie (Pty) Ltd v Madgwick* 1979 1 SA 232 (D) het die verweerder (borg) aangespreek op 'n borgakte wat nie die naam van die hoofskuldenaar bevat het nie. Dit was gemene saak dat die borgakte gebrekkig was (233) en dat die borgakte self nie na 'n ander dokument verwys het nie (235). Die casusposisie wat voor die hof gedien het, het bepaal dat die partye bewus was dat die borgakte en 'n ander memorandum van ooreenkoms tussen die partye “were to be kept together as the written

record of an agreed transaction" (233). Die eiser se advokaat het betoog dat die memorandum by die borgakte ingelyf moet word om die wesentliche voorwaardes in die borgakte aan te vul. Die verweerder se advokaat het betoog dat dit 'n vereiste vir inlywing is dat die memorandum in die borgakte vermeld moet word (235).

Regter-president James beslis dat die memorandum wel by die borgakte ingelyf kan word ten einde die gebrekkige borgakte aan te vul, aangesien dit duidelik was dat dit die bedoeling van die partye was dat die dokumente saamgehou moet word as bewys van die ooreenkoms tussen hulle (347).

Die hof is van mening dat dit nie 'n vereiste vir inlywing is dat die "ander dokument" in die borgakte vermeld moet word nie (*ibid*). In sowel die *Cotton-* (*supra* 330) as die *Fourlamel*-saak (*supra* 345) het appèlregter Miller gemeld dat inlywing moontlik is waar die borgakte na 'n "ander dokument" verwys, maar in die laasgenoemde saak het hy die vraag na die posisie indien die ander dokument aan die borgakte geheg is, oop gelaat (346). Dit kom tog vreemd voor dat die bedoeling van die partye relevant is by die uitleg van 'n skriftelike stuk waar die borgakte nie vermeld dat die twee dokumente aanmekeer geheg moet word nie. Hierdie beslissing moet egter in die lig van die casusposisie gelees word, aangesien sulke getuienis normaalweg nie toelaatbaar sal wees nie (*Sapirstein v Anglo African Shipping Co (SA) Ltd supra* 12). In *Trust Bank van Afrika Bpk v Sullivan* 1979 2 SA 765 (T) het die eiser (skuldeiser) sy eis gebaseer op 'n borgakte wat nie die naam van die hoofskuldenaar bevat het nie. Die borgakte het melding gemaak van 'n huurkontrak en die eiser se advokaat het betoog dat die huurkontrak by wyse van verwysing in die borgakte ingelyf word ten einde die gebrekkige borgakte aan te vul. Regter Viljoen beslis dat

"[i]ndien ekstrinsieke getuienis nodig is om bewys te lewer van identifisering van die ander dokument in die sin van welke dokument bedoel word dan is dit . . . in stryd met die sogenaamde mondelinge getuienis-reël . . . en ontoelaatbaar" (769).

Die hof is van mening dat daar 'n duidelike *nexus* tussen die borgakte en die ander dokument moet bestaan alvorens die beginsel van inlywing by wyse van verwysing toegepas kan word en dat die borgakte sodanig moet wees dat identifisering van die ander skriftelike stuk geskied by die blote voortbring en vertoning daarvan (770).

Regter Viljoen is van mening dat regter Miller sedert die *Cotton*-saak tot ander insigte gekom het in die *Fourlamel*-saak (770). Regter Viljoen verwys na die passasie hierbo aangehaal by die bespreking van die *Fourlamel*-saak en is van mening dat mondelinge getuienis nie toelaatbaar is ter identifisering van die ander dokument wat in die borgakte vermeld word nie. Daar word aan die hand gedoen dat hierdie interpretasie van die *Fourlamel*-saak nie korrek is nie. Daar is reeds aangetoon dat die *Fourlamel*-saak gehandel het oor 'n aansoek om summiere vonnis waar mondelinge getuienis in die reël nie toelaatbaar is nie. Daar kan aangevoer word dat mondelinge getuienis ter identifisering van die ander dokument wel toelaatbaar sal wees by die verhoor van die aksie indien die beginsels van die *Cotton*-saak toegepas word. Indien regter Miller wel tot ander insigte gekom het in die *Fourlamel*-saak, kom dit vreemd voor dat hy dit nie uitdruklik

vermeld het nie. In die *Mitrie*-saak wys regter-president James daarop dat regter Miller die uitspraak in die *Cotton*-saak op 11 Junie 1976 gelewer het en dié in die *Fourlamel*-saak op 5 November 1976, met die gevolg dat dit ondenkbaar is dat regter Miller in die *Fourlamel*-saak nie bewus was van sy uitspraak in die *Cotton*-saak nie (347). Indien in gedagte gehou word dat dit in die *Fourlamel*-saak oor 'n aansoek om summiere vonnis gehandel het, kan die uitspraak maklik versoen word met die uitspraak in die *Cotton*-saak.

Daar word dus aan die hand gedoen dat die uitspraak in die *Sullivan*-saak nie in ooreenstemming met die *Fourlamel*- en die *Cotton*-saak is nie. Mondelinge getuienis behoort toelaatbaar te wees ter identifisering van 'n ander skriftelike stuk by die uitleg van 'n borgakte ten einde die wesenlike voorwaardes van die borgakte aan te vul. In die *Sullivan*-saak voorsien regter Viljoen wel die moontlikheid van mondelinge getuienis om aan te toon waar die ander dokument bewaar word of geliasseer is (770).

Die borgakte wat ter sprake was in *Ellis v Trust Bank of Africa Ltd* 1981 1 SA 733 (N) was gebrekkig omrede die bedrag waarvoor die borg homself aanspreeklik gestel het teenoor die skuldeiser, nie duidelik uit die borgakte geblyk het nie. Die borgakte het voorsiening gemaak vir 'n bedrag wat ingevul moes word ten einde die aanspreeklikheid van die borg tot 'n sekere bedrag te beperk. Regter Kumleben bevind dat dit die bedoeling van die partye was om die borg se aanspreeklikheid te beperk (*contra Pizani v First Consolidated Holdings (Pty) Ltd* 1979 1 SA 69 (A) 80 waar 'n bedoeling om aanspreeklikheid te beperk nie uit die borgakte geblyk het nie) en dat die borgakte derhalwe gebrekkig is omrede die omvang van die borg se aanspreeklikheid nie in die borgakte vervat is nie (738).

Die borgakte het ook verwys na 'n erkenning van verskuldigdheid wat deur die hoofskuldeiser onderteken moes word (734). Die skuldeiser het nie op die beginsels van inlywing deur verwysing gesteun ten einde die gebrekkige borgakte aan te vul nie (736). Regter Kumleben het egter *obiter* na inlywing verwys en gesê dat dit nie van toepassing kan wees nie, omrede die identiteit van die erkenning van verskuldigdheid nie *ex facie* die borgakte blyk nie (736). Die hof steun op die *Sullivan*-saak in hierdie verband (735). Regter Kumleben het saamgestem met die verweerder se advokaat dat dit 'n vereiste vir inlywing is dat die ander dokument reeds moet bestaan ten tye van die ondertekening van die borgakte (*ibid*). Hierdie standpunt is egter *obiter* omrede die eiser se advokaat nie in sy betoog op inlywing staatgemaak het nie (736). Dit is moontlik dat die howe inlywing sal beperk tot die gevalle waar die ander dokument ten tyde van die ondertekening van die borgakte bestaan. So 'n standpunt sal regsekerheid bevorder. Tog kan daar gevalle wees waar 'n toekomstige verpligting ter sprake is en waar inlywing wel moontlik behoort te wees.

Die bestaande regspraak met betrekking tot inlywing deur verwysing kan soos volg saamgevat word:

a 'n borgakte is gebrekkig indien die wesenlike besonderhede van die kontrak, dit wil sê die identiteit van die skuldeiser, die borg en die hoofskuldenaar, asook die aard en die omvang van die hoofskuld, nie daarin vervat is nie;

b 'n gebrekkige borgakte kan aangevul word deur ekstrinsieke getuienis (nie getuienis deur die borg en die skuldeiser self nie) indien die borgakte verwys na 'n ander dokument wat die onderhandelinge en *consensus* van die partye bevat op voorwaarde dat hierdie ander dokument nie strydig is met die bepalinge van die borgakte self nie;

c 'n gebrekkige borgakte kan aangevul word indien die borgakte na 'n ander dokument verwys, welke dokument by die borgakte ingelyf word deur verwysing; mondelinge getuienis behoort toelaatbaar te wees ter identifisering van hierdie ander dokument;

d dit is heel moontlik 'n vereiste vir inlywing van 'n ander dokument by 'n gebrekkige borgakte dat die ander dokument in die borgakte vermeld moet word ('n moontlike uitsondering is die geval van 'n gestelde saak — vergelyk *FJ Mitrie (Pty) Ltd v Madgwick supra*).

JT PRETORIUS

Universiteit van die Witwatersrand

DIE ONDERSKEID TUSSEN *DOLUS EVENTUALIS* EN BEWUSTE NALATIGHEID: 'N REPLIEK

In 1982 *THRHR* 183 en verder werp Van Oosten 'n stuiwer in die armbeurs oor die skeidslyn tussen *dolus eventualis* en bewuste nalatigheid. Hy behandel die gesigspunte van verskillende skrywers (slegs hier te lande) en neem dan standpunt in. Onder meer verwerp hy die dogmatiese onderskeid wat ek voorstel. Dit sou onsinvol wees om my standpunt hier te herhaal aangesien ek dit by vier geleenthede breedvoerig uiteengesit het (sien my ongepubliseerde LLM-verhandeling *Towards a Rational Policy of Criminal Fault*, Universiteit van Pretoria (1981); 1981 *SASK* 162 e v; 1982 *The American Journal of Comparative Law* 325 e v; 1981 (5) *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 176 e v; sien ook my aantekening "*Dolus eventualis* en 'Kleurlose Roekeloosheid'," 1981 *Tydskrif vir Regswetenskap*). Genoegsaam om te sê dat Van Oosten se "stuiwer" my weer eens van my eie standpunt oortuig het (veral ook waar hy my uiteensetting soms verkeerd interpreteer) en dit sonder om afbreuk te doen aan die sinvolle bydrae wat gesegde skrywer tot hierdie belangrike gesprek gemaak het.

Drie aspekte (in elk geval die wesenlikste) verdien egter kort kommentaar.

1 Die graad van "voorsien" in geval van opset by moontlikheidsbewussyn

Dit is 'n element van *dolus eventualis* dat die oortreder die betrokke "ongelukkige" of te wel strafbare gevolge (of omstandighede) van sy optrede moes voorsien het.

Verskeie byvoeglike naamwoorde is al gebruik om die graad van *voorsien* te kwalifiseer. (Sien Van Oosten se aangehaalde artikel sowel as my artikels en verhandeling soos aangehaal.) Van Oosten meen egter dat indien

die beskuldigde die gewraakte gevolge hoegenaamd voorsien, hoe verwyderd hy dit ookal mag ag, dit voldoende is om *dolus eventualis* te grondves.

Hierdie argument kan werklik nie opgaan nie. Ons voorsien byvoorbeeld almal op 'n abstrakte of vae wyse die gevare wat met die bestuur van 'n motor gepaard gaan, maar ons "blameer" nie *per se* 'n persoon omdat hy 'n motor koop of bestuur nie. Ons voorsien insgelyks almal die moontlikheid dat 'n skoot wat in die lug afgevuur word iemand kan tref wanneer die koeël afkom grond toe maar ons sal nouliks die jagter blameer wat in die verlate bosveld 'n skoot in die lug afvuur, selfs al sou dit as gevolg van 'n bisarre toeloop van omstandighede ongelukkige gevolge hê.

Wat die gemeenskap wil bekamp (onder meer deur middel van die strafreg) is dat persone *onredelike* risiko's aangaan. Die Anglo-Amerikaanse reg ken geen *dolus eventualis* of bewuste nalatigheid nie. "Recklessness" is die vorm van skuld wat die gebied tussen direkte en indirekte opset aan die een kant en onbewuste nalatigheid aan die ander kant bedien. Sowel die *Model Penal Code* (par 202(2)(c)) as die *Federal Criminal Code* (par 302(c)) definieer "recklessness" met verwysing na 'n *substansiële* risiko wat geneem word. Daarbenewens word vereis dat die optrede van die oortreder 'n growwe afwyking van aanvaarbare standaarde van optrede moes daarstel. Insigelyks word "recklessness" deur die Law Commission in Engeland met verwysing na die neem van 'n *onredelike* risiko gedefinieer. Dit is vir onderhawige doeleindes besonder betekenisvol dat die gesegde kommissie ("Mental Element in Crime" *Working Paper* no 31, par 55) waar hulle die vereiste van *unreasonableness* verduidelik, die volgende aan die hand doen:

"We agree that liability in criminal law for reckless conduct in relation to a particular conduct should not solely depend on whether the defendant foresaw that that result may occur. Many human activities involve some risk of injury to the person or damage to property and most people in undertaking these activities foresee that they might happen. A golfer on Wimbledon Common may foresee that he may hit a bystander, but he would not be liable even civilly for negligence unless in all the circumstances it was unreasonable for him to take the stroke which in fact resulted in injury to the bystander."

Dit lê voor die hand dat sowel die vereiste dat die risiko substansiël moet wees as die beginsel dat die optrede van die dader *ver* moet afwyk van dié van 'n redelike man, ingevoer is om strafbare gevalle van risikoneming te onderskei van gevalle waar 'n persoon "in normale verkeer" risiko's mag neem.

Ook in Duitsland word vry algemeen iets meer as net 'n blote voorsien van die risiko vereis. Jescheck *Lehrbuch des Strafrechts* (1978) 238 doen aan die hand dat die dader die risiko as *ernstig* ("ernstlich") moes skat. Welzel *Das Deutsche Strafrecht* (1969) 68 vereis dat die dader met die strafbare gevolge moes reken ("rechnen") en Schmidhäuser vereis dat die gevolge as 'n konkrete moontlikheid voorsien moes gewees het. Ross *Über den Vorsatz* (1979) 112 meen eweneens dat die voorsien van slegs 'n "fernliegende Möglichkeit" nie *dolus eventualis* kan daarstel nie. (Vgl ook Lackner *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen* (1980) 74 en bronne aangehaal; Wessels *Strafrecht Allgemeiner Teil* (1979) 46; Schönke-Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar* 20e uitg 212.) Daar kan terloops genoem word dat Van Oosten vir sy standpunt op

Bertelsmann steun. Die laasgenoemde skrywer vind op sy beurt vir *werklike dolus eventualis* steun by die Duitse reg (1980 SASK 28).

Dit is eenvoudig so dat die blote voorsien van 'n verwyderde moontlikheid nie genoegsaam behoort te wees om as grondslag te dien vir opset nie. Selfs by nalatige optrede gaan dit oor die bekamping van *onredelike* optrede. Appèlregter Van den Heever het dit treffend soos volg uitgedruk:

“The concept of the *bonus paterfamilias* is not that of a timorous faintheart always in trepidation lest he or others suffer some injury; on the contrary, he ventures out into the world, engages in affairs and takes reasonable chances. He takes reasonable precautions to protect his person and property and expects others to do likewise” (*Herschel v Mrupe* 1954 3 SA 464 (A) 490).

Ross (a w 86) doen tereg aan die hand:

“Mit einer Möglichkeit rechnen heisst, dieser ein solches Gewicht beizumessen, dass mit ihr im Aktionsplan des handelnden kalkuliert wird, insbesondere in der Weise, dass der Handelnde darauf eingestellt ist, der Gefahr entgegenzutreten, falls diese etwa eintreten würde.”

As die voorsien van 'n werklik verwyderde moontlikheid goedsmoeds opset kon daarstel sou dit tot die absurde resultaat lei dat 'n persoon vanweë sy besondere insig opset sou kon hê terwyl sy optrede nog nie eens van dié van die redelike man afgewyk het nie en daar dus in die betrokke omstandighede nog nie eens van nalatigheid sprake kon wees nie. Daar moet naamlik in gedagte gehou word dat dit by *dolus eventualis* nie gaan oor die objektiewe “graad” van die risiko nie, maar oor die subjektiewe beoordeling daarvan deur die betrokke dader. Juis omdat die graad van *voorsien* so subjektief en moeilik definieerbaar en bepaalbaar is, is dit beter om van die voorsien van 'n *konkrete moontlikheid* te praat. Die gemeenskap wil nie hê dat 'n persoon 'n daadwerklik (konkreet) voorsiene gevaar ignoreer nie. Die Duitse strafbode (par 16(1)) vereis dat die dader *kennis* moes hê van die betrokke omstandighede (risiko). Kennis het egter hier nie die inhoud van ken in die sin van “ek ken my oom” nie. Sulke kennis beteken nie noodwendig dat ek op *hierdie oomblik* aan my oom dink nie. Kennis in hierdie konteks beteken veel eerder die konkrete bewuswees van bepaalde omstandighede (*Schmidhäuser Juristische Schulung* 1980-04-20 241 e v).

2 Luxuria

Van Oosten 190 doen aan die hand dat my siening “dat die beskuldigde by *luxuria* die moontlikheid van die betrokke wederregtelike daad wel in oorweging neem en dit dus voorsien, maar dat *luxuria* en *dolus eventualis* daarin verskil dat die beskuldigde by eersgenoemde nie die moontlikheid van die wederregtelike daad voorsien nie (omdat hy dit nie as 'n konkrete moontlikheid voorsien nie),” op 'n teenstrydigheid neerkom. Hierdie submitisie is onbegryplik in die lig van die feit dat ek by verskeie geleenthede spesifiek hierdie moontlike “probleem” antisipeer (sien bv 1981 SASK 172 en my verhandeling 77).

Dit is tog duidelik dat 'n dader sekere “gevare” mag voorsien maar by herooreweging van die betrokke omstandighede en/of die neem van sekere voorsorgmaatreëls dieselfde gevare uitsluit. Trouens, dit is juis wat die gemeenskap van 'n persoon verwag: “Indien jy daarvan bewus word

dat daar gevare in jou voorgenome optrede skuil moet jy op jou hoede wees, voorsorgmaatreëls tref of selfs heeltemal afsien van die betrokke optrede." Dit mag egter wees dat die beskuldigde se oordeel verkeerd was en/of sy voorsorgmaatreëls onvoldoende — dan mag dit wees dat vir hom gesê kan word dat 'n redelike man nie sou geglo (vertrou) het dat die optrede 'n gelukkige einde sal hê nie en dat hy dus nalatig was. Die besluit dat hy die saak in die hand het en dat die "gevaar" sal uitbly beteken egter steeds dat hy nie meer die gevaar op die "kritieke" oomblik (hier en nou) voorsien het nie. Schönke-Schröder 212 stel dit treffend:

"Deswegen fehlt es schon am intellektuellen Element des *dolus eventualis* wenn er im Zeitpunkt des Handelns subjektiv davon ausgeht, dass der zunächst für möglich gehaltene Erfolg nicht werde eintreten können."

3 Die onderskeid

Van Oosten 191 doen aan die hand dat by *dolus eventualis*, naas die feit dat die dader die betrokke gevare moet voorsien het, hy dit ook moet aanvaar het. Hy verwys ook na dié wils-element as "versoening of roekeloosheid of onverskilligheid" as sou dit almal dieselfde betekenis hê. By bewuste nalatigheid, so meen hy, verwerp die dader die risiko. Nêrens in sy artikel gee hy egter behoorlike inhoud aan die begrippe "aanvaar" en "verwerp" nie. As daar egter enigins aan die normale semantiese betekenis van gesegde begrippe gevolg gegee word, lei sy skeidslyn tot onhoudbare resultate. Beskou die volgende feitestel: Die terroris wat 'n politikus A wil dood, is bewus daarvan dat sy eie moeder in dieselfde vertrek as sy "slag-offer" is. Hy stuit teen die gedagte om sy moeder te dood en plaas die bom in die hoek waar A sit en skree kort voor die ontploffing 'n waarskuwing in die hoop dat sy moeder wat naby die deur sit die deur betyds sal haal. Sy haal dit nie en sterf terwyl A dit oorleef. Die beskuldigde het sy ma vermoor ten spyte daarvan dat hy nooit roekeloos was ten aansien van haar dood nie en hom ook nie daarmee versoen het nie.

Ons blameer die beskuldigde omdat hy met sy optrede voortgegaan het ten spyte daarvan dat hy sy moeder se dood as 'n konkrete moontlikheid voorsien het. Dit is die essensie van *dolus eventualis* en geen addisionele voluntatiewe element hoef gesoek te word nie. Sou die beskuldigde meer voorsorg getref het en geglo (vertrou) het dat sy moeder sou ontkom dan kan hy nog, na gelang van die omstandighede, van nalatigheid verwytd word. Soos Bockelmann *Strafrecht Allgemeiner Teil* 3e uitg (1979) tereg uitwys is dit hoop, eerder as geloof (vertroue) wat die gedagtegang teken van hom wat dobbel of kanse waag. Hy besef, ten spyte van sekere maatreëls wat hy mag neem om gevaar of skade te verhoed, dat dit wesenlik van geluk afhang of alles "goed" sal afloop. Aan die ander kant is dit geloof (vertroue) eerder as hoop wat die gesindheid kenmerk van dié persoon wat glo dat hy die saak in die hand het en dat hy die gekontempleerde gevaar te bowe sal kom sonder die ingreep van die gelukgodin.

Wanneer 'n mens jou losmaak van leë clichés soos versoening, roekeloosheid of onverskilligheid as vereistes vir *dolus eventualis*, tree die volgende helder onderskeid na vore:

a 'n Opsetlike daad in die vorm van *dolus eventualis* is voorhande wanneer die dader die gewraakte gevolge van sy optrede as 'n konkrete moontlikheid voorsien — dan reken hy met hul intrede.

b Bewuste nalatigheid bestaan wanneer die dader besluit om te handel in die aanname dat die gewraakte gevolge nie sal intree nie — dan vertrou hy op hul uitbly.

DW MORKEL

Universiteit van die Oranje-Vrystaat

GEVOLGSAANSPREEKLIKHEID — 'N ANTWOORD

In sy onlangse aantekening “Gevolgsaanspreeklikheid, Regsgevoel en Strafsinvolheid” 1982 *THRHR* 201 bepleit Labuschagne die afskaffing van gevolgsaanspreeklikheid in die strafreg. Vroeër al het Labuschagne dieselfde gedagte in sy artikel “Ondeugdelike Poging: Opmerkinge oor Strafsinvolheid” 1980 *De Jure* 119 124 verkondig. Teen Labuschagne se standpunt het ek 'n aantal besware geopper in my ongepubliseerde LLD-proefskrif, *Oorsaaklikheid by Moord en Strafbare Manslag* (Universiteit van Pretoria (1981)) 116–117 (sien ook my artikel “Oorsaaklikheid in die Suid-Afrikaanse Strafrek — 'n Prinsipiële Ondersoek” 1982 *De Jure* 4 10–11), en dit is grotendeels daarteen dat hy hom in die voormelde aantekening verweer.

Ook hierdie betoog van Labuschagne oorreed my nie om sy oortuiging te deel nie. Ek wil geredelik toegee dat daar moontlik 'n behoefte bestaan om die meriete van gevolgsaanspreeklikheid in die strafreg te ondersoek. Weens die feit dat die afskaffing van gevolgsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse strafreg 'n drastiese en rewolusionêre stap sou daarstel, behoort dit egter minstens voorafgegaan te word deur 'n diepgaande ondersoek oor 'n wye front, om sodoende te probeer vasstel wat die konsekwensies en potensiële voordele van handelingsaanspreeklikheid sou wees, in vergelyking met die konsekwensies en beweerde nadele van gevolgsaanspreeklikheid. “Handelingsaanspreeklikheid” en “gevolgsaanspreeklikheid” verwys hier na misdade wat met verwysing na 'n handeling of 'n gevolg omskryf word. (Sien hieroor *Oorsaaklikheid* 4–5; 1982 *De Jure* 7–8.) Immers, 'n verandering behoort tegelykertyd 'n verbetering in te hou.

In hierdie skrywe word geen sodanige ondersoek beoog nie. Alleen Labuschagne se argumente word van naderby betrag: Eerstens verbind hy die wraakgedagte met gevolgsaanspreeklikheid, op grond daarvan dat fisiek-kinetiese veroorsaking, sonder inagneming van gevolgsopset, in primitiewe gemeenskappe gelyk gestel is aan aanspreeklikheid (201). Die vrae wat Labuschagne egter nóg stel nóg beantwoord, is of die wraakgedagte nie ook aan handelingsaanspreeklikheid in primitiewe gemeenskappe onderliggend was nie, asook in welke mate opset daar wel 'n vereiste vir handelingsaanspreeklikheid was. Alleen so 'n vergelyking kan bepaal of daar in dié opsig enige *verskille* tussen handelings- en gevolgsaanspreeklikheid in primitiewe gemeenskappe bestaan het, wat dan op die aanvaarbaarheid van eersgenoemde en die verwerplikheid van laasgenoemde sou dui. In dié verband is Labuschagne van mening dat skuldlose gevolgsaanspreeklikheid

gegrond op die wraakgedagte in ooreenstemming met die regsgevoel van daardie tyd was, maar dat ons regsgevoel vandag, onder meer in die lig van ons kennis en begrip aangaande die werking van die menslike geestesprosesse, verander het. As voorbeeld hiervan noem hy dat geesteskrankes deesdae nie meer gestraf word nie (201). Terloops kan gemeld word dat ofskoon daar inhoudelik ongetwyfeld aansienlike ontwikkelinge op die gebied van die strafregtelike aanspreeklikheid van geesteskrankes plaasgevind het, geesteskrankes al sedert die Romeinse reg en later ook in die Romeins-Hollandse reg nie strafbaar was nie. (Sien Snyman *Strafreg* (1981) 128–129; De Wet *Strafreg* (1975) 105–106 108; Burchell en Hunt *South African Criminal Law and Procedure I* (1970) 196–197.) In elk geval wend Labuschagne geen poging aan om uit te wys dat geesteskrankheid vroeër en tans tot uiteenlopende resultate by gevolgs- en handelingsaanspreeklikheid gelei het en lei nie. Hoe dit ook sy, dit was al in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg die geval (sien Snyman 119–120; De Wet 99 100; Burchell en Hunt 110) en is tans in die Suid-Afrikaanse strafreg (vgl bv *S v De Blom* 1977 3 SA 513 (A); *S v Chretien* 1981 1 SA 1097 (A)) ook so dat skuld (soos toerekeningsvatbaarheid) wel 'n vereiste vir sowel handelings- as gevolgsaanspreeklikheid was en is. Van Labuschagne se argument dat gevolgsaanspreeklikheid verwerplik is omdat skuld as bykomende misdadere vereiste naas oorsaaklikheid in die primitiewe strafreg verontagsaam is, kom daar dus nie veel tereg nie. Trouens, dit wil voorkom of hy hier die begrippe “gevolgsaanspreeklikheid” in die sin van aanspreeklikheid vir 'n veroorsaakte gevolg en “gevolgsaanspreeklikheid” in die sin van skuldlose, of meganiese of absolute aanspreeklikheid (sien Snyman 119–120; De Wet 99) met mekaar verwar. Gevolgsaanspreeklikheid in eersgenoemde sin is immers nie verwerplik omdat die *skuldvereiste* in primitiewe gemeenskappe verontagsaam is nie. As gevolgsaanspreeklikheid in eersgenoemde sin vandag nog verwerplik sou wees, moet die rede daarvoor tog gesoek word in die feit dat dit daarby om *gevolgsveroorsaking* gaan.

Labuschagne sluit hierdie punt af deur te verklaar dat gevolgsaanspreeklikheid niks anders is nie as 'n oorblyfsel van die primitiewe wraakgedagte en dat dit nog nie teen die hedendaagse regsgevoel stry nie (202). Weer eens wend hy egter geen poging aan om aan te toon dat dit in primitiewe gemeenskappe *anders* gesteld was met handelingsaanspreeklikheid nie, wat dan sou beteken dat handelingsaanspreeklikheid *nie* as oorblyfsel van die primitiewe wraakgedagte bestempel kan word nie. Trouens, dit is min of meer algemene kennis dat nie alleen moord as gevolgs misdad in primitiewe gemeenskappe met die doodstraf besoek kon word nie, maar ook 'n hele aantal handelingsmisdade, waarvan hoogverraad, verkragting, roof en ontvoering waarskynlik die bekendstes is. Dieselfde geld veelal vir die Romeinse en Romeins-Hollandse reg (vgl m b t hierdie misdade bv De Wet 249–250 358 242–243 256–257; Hunt *South African Criminal Law and Procedure II* (1982) 5 572) en ingevolge artikel 277(1) van die Strafproseswet 51 van 1977 is moord die *enigste* gevolgs misdad uit die nege genoemde misdade wat met die dood strafbaar gestel word. Die rede waarom hier pertinent na die doodstraf verwys word, is voor-die-hand liggend. Tradisioneel word die doodstraf vereenselwig met die vergeldingsgedagte en

wraakgevoel, wat dus meebring dat hierdie oorwegings net soseer by handelingsmisdade as by gevolgs misdade te pas kom. In ieder geval is dit opvallend dat Labuschagne gevolgsaanspreeklikheid terugvoer tot 'n wraakgevoel. Daarmee vereenselwig hy dus *wraak* met blote *aanspreeklikheid* sonder meer en sien hy dit nie in terme van vergelding as regverdiging vir en doel van die *straf* wat daaruit voortvloei nie. Feit is egter dat blote aanspreeklikheid sonder meer tog nie noodwendig die resultaat van soeke na wraak of wraakgierigheid is nie. Enersyds beteken die opdoen van strafregtelike aanspreeklikheid net dat daar aan al die vereistes wat vir die betrokke misdaad gestel word, voldoen is. Andersyds bring die opdoen van strafregtelike aanspreeklikheid nie noodwendig mee dat die wraakelement van vergelding die regverdiging vir en doel van die straf wat vir die misdaad opgelê word, is nie. Oorwegings soos afskrikking, voorkoming en rehabilitasie kan eweseer die grondslag vir die opgelegde straf daarstel, hetsy in samehang met of ter uitsluiting van vergelding. Dit sal egter uiteraard afhang van die besondere omstandighede en faktore wat elke geval omring, en dié sal veelal van die een geval tot die volgende verskil.

Kortom, Labuschagne se verwerping van gevolgsaanspreeklikheid as synde 'n oorblyfsel van die wraakgedagte van primitiewe gemeenskappe, kan dus nie onderskryf word nie.

Tweedens sien hy die regsgevoel as struikelblok in die weg van regsontwikkeling in dié verband en stel hy die vraag of die wraakelement in ons regsgevoel ten opsigte van die strafreg, wat dan die idee van gevolgsaanspreeklikheid ten grondslag lê, uiteindelik die eise van kennis en begrip sal kan weerstaan. Ter illustrasie van sy punt gee hy die volgende voorbeeld: A skiet B met die opset om hom te dood. As gevolg van die tussenkoms van 'n bekwame dokter sterf B nie. C skiet D onder dieselfde omstandighede, maar D sterf omdat die dokter se motor langs die pad gaan staan het. Op die vraag of C se misdaad ernstiger as dié van A is, antwoord Labuschagne dat dit volgens ons positiewe reg wel die geval is, omdat C swaarder as A gestraf sal word (met verwysing na a 277(1) van die Strafproseswet (202-203)). Op Labuschagne se betoog oor die regsgevoel as struikelblok in die weg van regsontwikkeling word hier nie ingegaan nie. Daar kan volstaan word met die opmerking dat dit vatbaar is vir kritiek. Wat die voorbeeld wat hy noem om die onbillikheid en onredelikheid van gevolgsaanspreeklikheid te illustreer, betref, is dit weliswaar so dat artikel 277(1) van die Strafproseswet moord, maar nie poging tot moord nie, met die dood strafbaar stel. Daar moet egter nie uit die oog verloor word nie dat die doodstraf bloot die maksimumstraf vir moord daarstel en slegs in uiterste gevalle opgelê word. Word daar egter in gedagte gehou dat artikel 18(1) van die Wet op Oproerige Byeenkomste 17 van 1956 poging tot misdaadpleging net so swaar strafbaar stel as voltooide misdaadpleging, beteken dit dat met uitsondering van die doodstraf wat nie vir poging tot moord opgelê kan word nie, poging tot moord andersins onder bepaalde omstandighede net so swaar strafbaar kan wees as moord. Daarmee word dan ook Labuschagne se besware met betrekking tot sy feitestel ondervang. As die dood van die slagoffer weens blote toeval of omstandighede waaroor

die beskuldigde geen beheer het nie, nie intree nie, maar alle ander omstandighede verder gelyk is, behoort dit as 'n faktor in ag geneem te word by strafoplegging vir poging tot moord. Dit sal dan meebring dat die beskuldigde nie daardeur begunstig of bevoordeel word nie en dieselfde straf opgelê kan word as in die geval waar die beoogde doodsevolg wel sou ingetree het. Sodoende kan die probleem dat A se handeling nie B se dood tot gevolg gehad het nie, terwyl C se handeling wel D se dood tot gevolg gehad het, bevredigend opgelos word in die straftoemetingstadium van strafregtelike verrigtinge, en hoef daar nie tot die ingrypende en verreikende stap van die afskaffing van gevolgsaanspreeklikheid in ons strafreg oorgegaan te word nie.

Met die voorgaande redenasie word daar nie uit die oog verloor dat Labuschagne dit hier, benewens oor die erns van die straf, ook oor die erns van die misdaad het nie. Feit is egter dat sy redenasie dat moord 'n ernstiger misdaad as poging tot moord is omdat eersgenoemde met 'n swaarder straf as laasgenoemde besoek kan word, op 'n oorvereenvoudiging neerkom. As A byvoorbeeld uit deernis en medelye aan B, sy vrou, wat lank reeds 'n dodelike en ongeneeslike siekte onder lede het, op haar versoek 'n rewolwer verskaf waarmee sy haarself uit haar pyn en lyding verlos, sal A volgens die huidige stand van sake in ons strafreg skuldig wees aan moord. Dit beteken egter nie noodwendig dat hy swaarder gestraf sal word as C, wat uit afguns en geldsug op 'n gereelde basis klein dosis gif aan D, sy skatryk en bedlênde moeder, toedien om sodoende binne afsienbare tyd die status van 'n begeerlike erfgenaam te verkry, maar wie se planne verydel word deur E, 'n skerpsinnige dokter nie. Intendeel, alhoewel C hier hoogstens aan poging tot moord skuldig sal wees, sal hy na alle waarskynlikheid 'n swaarder straf as A opgelê word. Een van die redes daarvoor sal ongetwyfeld wees dat, in die lig van die omstandighede wat hierdie twee gevalle omring, A se misdaad (moord) beswaarlik as ernstiger as C se misdaad (poging tot moord) aangemerkt kan word.

Gevolglik kan daar op grond van die feit dat die erns van die misdaad en daarmee gepaardgaande die erns van die straf nie alleen afhang van die misdaadvorm (voltooide moord of poging tot moord) nie, maar ook van die omstandighede wat elke geval omring, nie met Labuschagne se beswaar dat gevolgsaanspreeklikheid sonder meer ernstiger is as handelingsaanspreeklikheid en swaarder gestraf word, saamgestem word nie.

Derdens bevrage teken Labuschagne die strafsinnolheid van gevolgsaanspreeklikheid. Volgens hom word die gemeenskap nie beter beskerm deur die gevolgsverooraker swaarder te straf as die nie-gevolgsverooraker nie en sal eersgenoemde nie noodwendig moeiliker gerehabiliteer word as laasgenoemde nie. Al wat bereik word deur hulle verskillend te bestraf, is die uiting en bevrediging van wraakgevoel en vergeldingsemosie, terwyl nuut verkreë menslike kennis en begrip behoort te seëvier (203). Word daar egter aanvaar dat gevolgsaanspreeklikheid (aanspreeklikheid vir die skuldige wederregtelike veroorsaking deur 'n toerekeningsvatbare persoon van 'n bepaalde gevolg wat met straf bedreig word) as sodanig nie noodwendig wraak en vergelding impliseer nie, asook dat gevolgsaanspreeklikheid nie

noodwendig ernstiger is of swaarder gestraf word as handelingsaanspreeklikheid nie, hou ook hierdie argument van Labuschagne nie stand nie. Trouens, Labuschagne doen self afbreuk aan sy redenasie deur te verklaar dat die gemeenskap in sekere gevalle beter beskerm kan word deur die nie-gevolgsveroorsaker swaarder te straf as die gevolgsveroorsaker, ofschoon hy nalaat om sy stelling te verduidelik (203). Daarmee gee hy dus te kenne dat dit hier eintlik nie net gaan om gevolgsaanspreeklikheid al dan nie, maar ook om die doel en oogmerk van die straf wat daarvoor opgelê word. Afgesien daarvan kan dit nog ingesien word dat nuut verkreë kennis en begrip by straftoemeting 'n rol kan speel, maar watter nuut verkreë kennis en begrip die afskaffing van gevolgsaanspreeklikheid gebiedend noodsaaklik maak, blyk nêrens uit Labuschagne se betoog nie.

In die lig van sy identifisering van gevolgsaanspreeklikheid met vergelding en wraak en daaruit voortvloeiende sy verwarring van aanspreeklikheid met bepaalde regverdigs vir en doeleindes van straf, moet Labuschagne se siening dat gevolgsaanspreeklikheid en strafsinnolheid onversoenbaar is, derhalwe verwerp word.

Ten slotte reageer Labuschagne op my kritiek op sy pleidooi vir die uitkakeling van gevolgsaanspreeklikheid (203–205). Met betrekking tot nalatigheds misdade verklaar hy dat hy nie op die vraag of nalatige optrede hoegenaamd strafbaar behoort te wees, ingaan nie, pas nadat hy verklaar het dat nalatigheds misdade so geformuleer behoort te word dat gevolgsaanspreeklikheid uitgeskakel word (204). Afgesien van die teenstrydigheid wat uit hierdie stellings spreek, is Labuschagne dus nie bereid om op die konsekwensie (genoem in *Oorsaaklikheid* 117 vn 7; 1982 *De Jure* 10 vn 24) van die afskaffing van gevolgsaanspreeklikheid en die vervanging daarvan met (poging as) 'n opsetshandelingsmisdad (wat hy bepleit in 1980 *De Jure* 124), naamlik die straffeloosheid van byvoorbeeld grof nalatige mediese behandeling of grof nalatige hantering van 'n vuurwapen met doodsgesvolg, in te gaan nie. Gevolglik beantwoord hy nie my eerste vraag nie. In dié verband kan terloops daarvan melding gemaak word dat Labuschagne hoegenaamd nie op my tweede vraag ingaan nie, maar dat sy stelling dat gevolgsaanspreeklikheid by nalatigheds misdade uitgeskakel behoort te word, nie die konsekwensie (wat eweseer vir opsets misdade geld) daarvan (genoem in *Oorsaaklikheid* 117 vn 8; 1982 *De Jure* 11 vn 25), te wete dat daar dan oorgegaan sal moet word tot die bykans ondoenlike taak van 'n katalogisering van alle strafbare handelinge, in aanmerking neem nie.

Ten aansien van straftoemeting verklaar Labuschagne dat die feit dat 'n bepaalde gevolg werklik ingetree het net as 'n faktor by straftoemeting in aanmerking geneem behoort te word as die beskuldigde die slagoffer skiet en dan na die verwonding alles in sy vermoë doen om te verhoed dat hy sterf, maar sy pogings onsuksesvol is (204). Daarmee gee hy dus toe dat die oorsaaklikheidsvraag wel op die straftoemeting stadium ter sprake kan kom. Die dood van die slagoffer kan tog nie as 'n faktor by straftoemeting in berekening gebring word sonder dat dit vasstaan dat dit die beskuldigde is wat dit veroorsaak het nie. Sodoende verydel Labuschagne self ten dele sy verklaarde oogmerk, naamlik om deur die uitkakeling van

gevolgsaanspreeklikheid die oorsaaklikheidsprobleem (en die pogingsprobleem) uit die weg te ruim (205). Op die konsekwensie van my derde vraag (genoem in *Oorsaaklikheid* 117 vn 9; 1982 *De Jure* 11 vn 26), te wete dat so 'n standpunt op die teenstrydigheid van gevolgsbestraffing sonder gevolgsaanspreeklikheid neerkom, gaan hy egter nie in nie.

Vir sover dit die skending van regsgoed by gevolgs misdade aangaan, verklaar Labuschagne eers dat 'n mens nie die skending van die een of ander regsgoed kan bestraf nie, want dan sou 'n mens die resultaat van 'n analise van die misdaadvoorwaardes bestraf. Volgens hom word 'n persoon gestraf omdat sy optrede aan die misdaadvereistes voldoen (205). Met Labuschagne kan saamgestem word dat die blote aantasting van regsgoed (bv lewe, liggaam, vermoë, goeie naam, waardigheid, gesagsregte, wilsvryheid ens) sonder meer nie strafbaar is nie. Vanselfsprekend moet daar aan al die vereistes van die betrokke misdaadoms krywing voldoen word alvorens strafregtelike aanspreeklikheid opgedoen kan word. By moord word die opsetlike, wederregtelike veroorsaking van die dood van 'n medemens vereis vir aanspreeklikheid en straf. Anders gestel beteken dit dat moord die opsetlike, wederregtelike skending of aantasting van die lewe van 'n ander persoon behels, in dié sin dat sy lewe geneem of beëindig word. So gesien dui die skending van regsgoed eenvoudig op voldoening aan die daadsvereiste(s) wat vir die betrokke misdaad gestel word en net soseer deel van die misdaadoms krywing is as die wederregtelikheidsvereiste(s) en die skuldvereiste(s) wat in samehang daarmee strafbaar is. Indien regsgoed, soos Labuschagne betoog (205), in strafregtelike sin slegs die resultaat van 'n analise van die inhoud van 'n betrokke misdaad is omdat dit nie as begrip voor die skepping van die misdaad kan bestaan nie, sou dieselfde gesê kon word van 'n juridiese handeling of gevolg, wederregtelikheid en juridiese skuld, wat volgens hom wel tot aanspreeklikheid en straf kan lei.

Daarna verklaar Labuschagne dat die regsgoed by moord, poging tot moord en sameswering tot moord dieselfde bly (205). Nie alleen kan hiermee saamgestem word nie, maar dié lys kan selfs aangevul word deur uitlokking tot en medepligtigheid aan moord daarby te voeg. Dit verander egter nog niks aan die feit dat dit by my vierde vraag nie daarom gaan of die *regsgoed* by hierdie misdade *dieselfde* is nie, maar dat dit in die strafreg (en bygevolg ook by gevolgs misdade) nie primêr om die bestraffing van 'n misdadige opset gaan nie, maar om die bestraffing van die *skending* van die een of ander *regsgoed* (mits daar natuurlik ook aan die ander misdaadvereistes voldoen word). Soos genoem in *Oorsaaklikheid* 117 voetnoot 10 en 1982 *De Jure* 11 voetnoot 27, blyk dit onder meer uit die feit dat daar nie net opsets misdade nie, maar ook nalatigheds misdade in ons strafreg bestaan. Moord verskil dus nie van poging tot moord wat betref die regsgoed wat beskerm word nie, maar wel daarin dat daar by eersgenoemde 'n aantasting van lewe plaasvind, maar nie by laasgenoemde nie. Ook my vierde vraag word dus uiteindelik deur Labuschagne onbeantwoord gelaat.

Alles in ag genome besweer Labuschagne se reaksie op my kritiek dus nie my gestelde besware teen sy standpunt nie.

Daar is nog kleiner punte van kritiek wat teen Labuschagne se betoog geopper sou kon word. Hier word egter volstaan met drie laaste opmerkings: Eerstens erken hy dat gevolgsaanspreeklikheid nie in die deliktereg uitgeskakel sal kan word nie. Volgens hom is daar egter beperkinge, aangesien deliktuele aanspreeklikheid slegs opgedoen kan word as aan die ander deliksvereistes voldoen word, maar omdat die deliktereg in doel en funksie van die strafreg verskil, kan eersgenoemde geen uitwerking op of betekenis vir die strafreg hê nie (204–205). Die vraag is egter of gevolgsaanspreeklikheid in die strafreg nie ook maar begrens word deur die ander misdaadvereistes, soos wederregtelikheid en skuld, nie. (Sien hieroor *Oorsaaklikheid* 575–592.) Verder bestaan daar tussen die deliktereg en die strafreg weliswaar verskille, maar ook ooreenkomste. (Vgl hieroor *Oorsaaklikheid* 2–4; 1982 *De Jure* 5–6.) Om eenvoudig te beweer dat die een niks tot die ander kan bydra nie, oortuig egter nie. So 'n stelling sou alleen op aanvaarding aanspraak kon maak indien dit die resultaat van 'n beredeneerde en gemotiveerde betoog te dien effekte sou wees. Tweedens is Labuschagne se aanvaarding van 'n misdaadgerigte (en bygevolg opsetlike) handeling as basis vir strafregtelike aanspreeklikheid (en ter uitkakeling van gevolgsaanspreeklikheid) (sien 1980 *De Jure* 124) onversoenbaar met sy bespreekte standpunt oor nalatigheidshandelingsaanspreeklikheid. (Sien hieroor my aantekening “Poging tot Strafbare Manslag?” 1981 *De Jure* 343.) Derdens laat Labuschagne se uitwissing van die grense tussen poging tot 'n gevolgs-misdaad en die voltooide gevolgs-misdaad die vraag ontstaan of dieselfde nou ook by handelingsmisdade sal geld. Indien die grense tussen poging tot 'n handelingsmisdad en die voltooide handelingsmisdad eweneens uitgewis sou word, bly net strafbare (pogings-) handelinge as basis vir strafregtelike aanspreeklikheid oor en daarmee sou Labuschagne, altans vir sover dit die uitkakeling van die pogingsprobleem in die strafreg aangaan, maar net weer terug wees by die punt waar hy begin het.

Tot tyd en wyl die voordele van suiwer handelingsaanspreeklikheid, opgeweeg teen die nadele van toepaslike gevolgsaanspreeklikheid, dus duidelik uitgestippel word, kan dit nie as 'n aanvaarbare alternatief daarvoor dien nie.

FFW VAN OOSTEN
Universiteit van Pretoria

Vonnisse

ARIEFDIEN v SOEKER 1982 2 SA 570 (K)

Skadevergoeding toegeken waar skuldenaar hof vra om liewer spesifieke nakoming te beveel

Die eiser (koper) het 'n huis gekoop van die verweerder (verkoper) wat onderneem het om sekere werk (die voltooiing van buitegeboue, die inbou van kombuisaste ensovoorts) te doen of op sy koste te laat doen. Nadat daar probleme ontstaan het, eis die koper in die onderhawige geding transport van die huis teen betaling van die balans van die prys minus skadevergoeding wat hy eis vanweë die feit dat die verkoper nie die werk gedoen of laat doen het soos hy onderneem het nie. Die hof (by monde van waarnemende regter King) bevind dat die skade R3 339 bedra en beveel die verkoper om dit te betaal asook om transport te verskaf teen betaling van die balans van die prys plus die transportkoste.

Die hof beskou die ooreenkoms om die werk te doen of te laat doen as deel van die koopkontrak (577H). Die koper het nietemin twee vorderingsregte (579G–H) en nie een vordering vir die lewering van 'n huis in 'n bepaalde toestand nie. As ons vir die oomblik aanvaar dat die koper twee vorderings uit die kontrak het, is die posisie dat hy ten opsigte van die een nakoming in die vorm van spesifieke nakoming eis en ten opsigte van die ander nakoming in die vorm van skadevergoeding (as surrogaat van prestasie). Daar bestaan geen twyfel dat dit die koper vrystaan om so te eis nie. Die vraag wat die hof moet beslis, is of die verkoper die koper se eis vir skadevergoeding kan verydel deur spes-

ifieke nakoming van die kontrak aan te bied.

Die beslissing van die hof is dat die hof 'n diskresie het om spesifieke nakoming te beveel of te weier en besluit om in die bepaalde geval spesifieke nakoming te weier en die betaling van skadevergoeding te beveel. Die uitgangspunt van die hof is die bekende reël dat die hof 'n diskresie het om spesifieke nakoming te weier waar die koper dit vra. Dit gebruik hy as analogie of argument vir die bevinding dat hy steeds 'n diskresie het waar die verkoper (skuldenaar) spesifieke nakoming aanbied. Die juistheid van hierdie standpunt is nie een wat met verwysing na gesag gestaaf kan word nie. Die eiser het die keuse om of nakoming soos belowe of nakoming in die vorm van skadevergoeding te eis. As daar gevra word of hierdie keuse finaal is, sal die teorie sê dat terwyl die kontrak bestaan — dus nog nie gekanselleer is nie — die skuldenaar nog steeds prestasie kan aanbied en so doende die skuldeiser verplig om sy eis te wysig en prestasie te aanvaar. As die skuldeiser 'n terugtrekingsreg het (ten aansien van die kontrak as geheel of ten aansien van 'n deel daarvan) en dit uitoefen, kan die skuldenaar nie prestasie aanbied nie. Kansellasië of instandhouding kan dus 'n antwoord bied. Maar die vraag bly dan steeds tot wanneer kan die skuldenaar prestasie aanbied: totdat uitspraak gegee is of slegs totdat *litis contestatio* bereik is? Of miskien tot-

dat die skuldeiser dagvaarding uitreik? Die hof meen klaarblyklik totdat uitspraak gegee is. Die toe-eiening van 'n diskresie om tog skadevergoeding toe te staan, moet dan gesien word as 'n reël van regsbeleid, gebaseer op billikheid, eerder as 'n blote deurtrek van die reël dat die skuldenaar geregtig is om prestasie aan te bied en dus nie tot skadevergoeding veroordeel kan word as hy bereid en in staat is om inderdaad te presteer nie.

Aangenome dat die hof wel 'n diskresie het, kom die faktore aan die hand waarvan die hof sy diskresie sal uitoefen onder die loep. Die hof verwys na die volgende faktore:

a Die geskonde verhouding tussen die partye (578H).

b Die aard van die verpligting (naamlik om werk te doen ten aansien waarvan 'n waarde-oordeel nodig is om te bepaal of dit behoorlik gedoen is soos die kontrak vereis) (579A).

c Die feit dat nakoming die normale remedie is (579C-D).

d Die feit dat 'n bevel vir spesifieke nakoming in die onderhawige geval 'n verhouding analoog aan die verhouding tussen werkgewer en werknemer in die lewe sou roep en dat spesifieke nakoming gewoonlik in sulke gevalle geweier word (579E-F).

e Die feit dat skade maklik berekenbaar is (579H).

f Die feit dat die koper die onskuldige benadeelde is en hy skadevergoeding bo nakoming kies (579F-G).

g Die feit dat daar geen besondere nadeel vir die skuldenaar in die weiering van spesifieke nakoming en die toestaan van skadevergoeding geleë is nie (579G-H).

Al hierdie faktore dra nie ewe veel gewig nie en die hof kies uitdruklik slegs 'n aantal van hulle (naamlik e, f en g) as basis vir sy bevel. Hieruit is dit duidelik dat die wense van die skuldenaar relevant maar nie naastenby deurslaggewend is nie. Verder is daar ander faktore wat direk of indirek relevant is.

Maar wat sal die posisie wees as die ware betekenis van die verkoper se verpligting ingevolge die kontrak is dat hy 'n huis in 'n bepaalde toestand moet lewer? In die algemeen sal 'n skadevergoedingseis eers ingestel kan word nadat daar kontrakbreuk gepleeg is, dus nadat die verkoper transport van 'n huis wat nie aan die vereistes van die kontrak voldoen het nie, gegee het. Die koper sou dan eers transport moes eis en daarna skadevergoeding. Hy sou nie transport en skadevergoeding kon eis soos in hierdie geval nie.

DJ JOUBERT

Universiteit van Pretoria

COMMONWEALTH TRADING BANK v SIDNEY WIDE STORES (PTY) LTD (1981) 55 ALJR 574

Die verhouding tussen 'n bank en sy kliënt

Die verhouding tussen 'n bank en sy kliënt is op kontrak gebaseer. Hierdie kontrak word soms vanweë die eiesoortige aard van die bank-en-kliënt-kontrak, 'n kontrak *sui generis* genoem (Cowen *The Law of Negotiable Instruments in South Africa* 4de uitg (1966) 368). Hierdie kontrak kan as 'n algemene lasgewingskontrak geklassifiseer word ingevolge waarvan die kliënt sekere bedrae geld

aan die bank beskikbaar stel deur dit in sy lopende rekening by die bank in te betaal en die bank onderneem om hierdie bedrae op aanvraag terug te betaal deur die betaling van tjeks wat die kliënt op die bank trek (Malan en De Beer *Wisselreg en Tjekreg* (1981) par 320). Daar rus 'n verpligting op die bank om die lasgewing van die kliënt met die nodige mate van sorg uit te oefen. Trouens, die

bank is alleen bevoeg om die kliënt se rekening te belas met die bedrag van die betaalde tjek mits die betaling van die tjek met die vereiste mate van sorg plaasgevind het (Malan en De Beer par 322). Die omvang van die mate van sorg wat op die bank in die uitvoering van die lasgewing rus, is egter nie klinkklaar duidelik nie (Malan en De Beer par 322 vn 19).

In navorolging van die Engelse reg (*Young v Grote* (1827) 4 Bing 253; 130 ER 764; *London Joint Stock Bank v Macmillan and Arthur* 1918 AC 777) is daar in die Suid-Afrikaanse reg aanvaar dat daar ook 'n verpligting op die kliënt rus om sy tjeks met redelike sorg te trek ten einde vervalsing of verandering te voorkom em om te verhoed dat die bank mislei word (*Standard Bank of SA Ltd v Kaplan* 1922 CPD 214 223-224; *Union Government v National Bank of South Africa Ltd* 1921 AD 121 128-129; *Barclays Bank DCO v Straw* 1965 2 SA 93 (O) 96; *OK Bazaars* (1929) *Ltd v Universal Stores* 1973 2 SA 281 (K) 288; *Big Dutchman (South Africa) (Pty) Ltd v Barclays Bank Ltd* 1979 3 SA 267 (W) 283). Indien die kliënt nalatig is in die wyse waarop hy die tjek trek, en die bank deur hierdie nalatigheid mislei word, is die bank bevoeg om die kliënt se rekening te belas met die bedrag aldus betaal (Malan en De Beer par 323). Die nalatigheid van die kliënt moet geleë wees in die wyse waarop die tjek getrek word, met ander woorde in die transaksie self, en moet die onmiddellike of werklike oorsaak van die misleiding van die bank wees (*Barclays Bank DCO v Straw supra* 98). Dié plig wat daar op die kliënt rus om die tjeks met redelike sorg te trek ten einde misleiding van die bank te voorkom, word soms as 'n stilswyende bepaling van die kontak aangemerkt (Malan en De Beer par 323).

Die onlangse beslissing van die hoërfhof van Australië in die saak van *Commonwealth Trading Bank v Sidney Wide Stores (Pty) Ltd* (1981) 55 *Australian Law Journal Reports* 574 het die verpligting van 'n kliënt om redelike sorg uit te oefen by die trek van 'n tjek ten einde vervalsing te verhoed, in oënskou geneem.

Sidney Wide Stores (Pty) Ltd (die eiser) was 'n kliënt van die Commonwealth Trading Bank (die verweerder). Die eiser het verskeie tjeks op die verweerder getrek met die bedoeling dat die *Computer Accounting Services* die begunstigde van die tjeks moes wees. Die begunstigde se naam is egter as "CAS" afgekort en 'n werknemer van die eiser het die tjeks verander deur 'n "H" in te voeg sodat die opdrag gelees het synde "Pay CASH or order." Die tjeks was gekruis en gemerk "not negotiable" en "A/c Payee only." Die werknemer het die tjeks in sy eie rekening ter invordering inbetaal en die bedrae in die tjeks vermeld, is later deur die verweerder aan die invorderingsbankier oorbetaal. Die eiser het die bedrag wat hy skade gely het van die verweerder geëis. Die verweerder het betweer dat die eiser 'n plig gehad het om die tjek met redelike sorg te trek ten einde vervalsing en verandering te verhoed.

Die hof *a quo* was die hooggeregshof van Nieu-Suid-Wallis. Hierdie hof was egter gebonde aan 'n beslissing van die Geheime Raad in *Marshall v The Colonial Bank of Australia* 1906 AC 559. In die laasgenoemde beslissing het die Geheime Raad bevind dat daar wel 'n verpligting op 'n kliënt rus om tjeks met redelike sorg te trek ten einde vervalsing of verandering te verhoed (564-565) maar dat "the mere fact that the cheque is drawn with spaces such that a forger can utilize them for the purpose of forgery is not by itself any violation of that obligation" (566). Die hof *a quo* het in 'n ongerapporteerde beslissing hom gebonde geag aan hierdie beslissing (Baxt "Commercial Law Note" (1981) 55 *Australian Law Journal* 823).

Verlof tot appèl is toegestaan, en ten einde die beslissing van die Geheime Raad omver te kan werp, is die hoërfhof van Australië uit sewe regters saamgestel. Die partye het egter ooreengekom om die geskil te beperk tot die vraag of 'n trekker van 'n tjek 'n algemene plig het om tjeks met redelike sorg te trek ten einde vervalsing te verhoed. In 'n gesamentlike uitspraak het ses van die

regters bevind dat 'n redelike trekker in gegewe omstandighede die moontlikheid behoort te voorsien dat tjeks wel blootgestel word aan vervalsing en verandering en dat hy die nodige voorsorg moet tref om teen hierdie moontlikheid te waak (578). Die hof het verder bevind dat die benadering van die House of Lords in *London Joint Stock Bank v Macmillan and Arthur (supra)* die korrekte regsposisie weergee (*ibid*). In die laasgenoemde beslissing het 'n klerk wat in diens van die trekker was, die bedrag van 'n tjek wat deur die trekker onderteken is, verander deur dit te vermeerder. Die tjek is op 'n wyse getrek wat hierdie verandering vergemaklik. Die House of Lords het bevind dat die trekker nie die nodige sorg aan die dag gelê het wat in die omstandighede van hom verwag kon word nie en het bevind dat die trekker aanspreeklik is vir die skade wat deur die bank gely is (810). Die House of Lords het verder die mening uitgespreek dat die *Marshall*-saak nie in ooreenstemming met die beginsels van die Engelse reg is nie (*ibid*). Dit wil voorkom of die beslissing in die *Marshall*-saak verkeerd is omrede die hof van die standpunt uitgegaan het die die verhouding tussen die kliënt en die bank dieselfde is as tussen 'n trekker en 'n betrokke en dat die beslissing in ieder geval net bindend vir Australië was (Megrah en Ryder *Byles on Bills of Exchange* 24 uitg (1979) 260).

Die hoërhof van Australië het bevind dat die *Marshall*-saak beslis is op 'n verkeerde interpretasie van 'n beslissing van die House of Lords in *Scholfield v Earl of Londesborough* 1895 1 QB 536 waar dit gegaan het om die verhouding tussen 'n trekker en 'n akseptant van 'n wissel. In die laasgenoemde saak het die hof bevind dat die trekker nie verplig is om die moontlikheid van vervalsing in ag te neem by die trekking van 'n tjek nie. Die hoërhof is van mening dat die verhouding tussen die kliënt en die bankier op 'n ander basis gefundeer is as die verhouding tussen trekker en betrokke (518). Die hof is van mening dat die *Scholfield*-saak in elk geval nie

meer as korrek aanvaar kan word in 'n moderne konteks nie.

Die meerderheid van die hof is van mening dat die aanvaarding van die *Macmillan*-benadering, dat die trekker van 'n tjek wel 'n plig het om redelike sorg uit te oefen ten opsigte van die wyse waarop hy die tjek trek, die volgende gevolge sal hê:

a Die bank sal bevoeg wees om die kliënt se rekening te belas met die bedrag aldus betaal. Die hof is van mening dat dit 'n billike resultaat tot gevolg sal hê mits daar in gedagte gehou word dat die plig van die trekker bloot is om redelike sorg uit te oefen (578).

b Die verhandelbaarheid van tjeks sal daardeur bevorder word omdat die banke wat verplig is om 'n groot volume tjeks binne die bestek van 'n kort tyd te verreken, beskerm word teen die moontlikheid van vervalsings en veranderings wat vergemaklik word deur die kliënt se nalatigheid (sien verder in hierdie verband Cowen "The Liability of a Bank in the Computer Age in Respect of a Stolen Cheque" 1981 *TSAR* 193 196-199).

c Daar is geen verskil tussen 'n tjek wat vervalsing vergemaklik en 'n onvoltooide tjek nie (*ibid*).

Die beslissing in *Commonwealth Trading Bank v Sidney Wide Stores (Pty) Ltd (supra)* handel net bloot oor die beginsel of daar 'n plig op die trekker van 'n tjek rus om 'n tjek met redelike sorg te trek om vervalsing te verhoed. Die hof het dit nie nodig geag om te beslis oor die vraag of hierdie plig ook die geval dek waar die naam van die trekker verander word nie (*ibid*). In *Slingsby v District Bank Ltd* 1932 1 KB 544 het die hof beslis dat die trekker van 'n tjek nie verplig is om 'n lyn agter die naam van die begunstigde te trek ten einde te waak teen byvoegings agter sy naam nie (560). Die hof het egter die moontlikheid voorsien dat hierdie voorsorgmaatreël wel 'n metode is om vervalsing te voorkom (*ibid*). Wat die Suid-Afrikaanse reg betref, is daar die beslissing in *Bank of Africa v Evelyn Gold Mining Co Ltd* (1894) 1 OR

24 (wat wel nie oor verandering of vervalsing gehandel het nie) wat 'n plig op die trekker van 'n tjek plaas om die begunstigde met redelike sekerheid aan te wys ten einde te verhoed dat die bank die verkeerde begunstigde met dieselfde naam betaal. Dit is nie duidelik of dit van 'n trekker verwag kan word om te waak teen die soort vervalsing wat in die *Sidney Wide*-saak ter sprake gekom het nie.

Die laaste aspek van die *Sidney Wide*-saak wat relevant is, is dat die hof nie die ooreenstemmende verpligting van die bank om die lasgewing van die kliënt met redelike sorg uit te voer, aangeroen het nie (Baxt 824). Die Engelse howe plaas 'n baie streng verpligting op die bankier om die kliënt se lasgewing met redelike sorg uit te voer (*ibid*). Indien soortgelyke feite as dié in die *Sidney Wide*-saak ooit voor 'n Suid-Afrikaanse hof in gedrang sou kom, sal die hof heel moontlik die plig van die trekker om te waak teen die moontlikheid van 'n verandering in die naam van die begunstigde, erken. Dit is egter onwaarskynlik dat die bank bevoeg sal wees om die rekening van die kliënt te belas met die bedrag van die betaalde tjek aangesien

daar geargumenteer kan word dat die nalatigheid van die trekker nie noodwendig die onmiddellike of werklike oorsaak van die misleiding van die bank was nie (*Barclays Bank DCO v Straw supra* 98). Die dokument in die *Sidney Wide*-saak is nie 'n geldige tjek nie, aangesien dit betaalbaar is aan "CASH or order" en die nemer nie by name genoem word of andersins met redelike sekerheid aangewys is nie (*Orbit Mining and Trading Co Ltd v Westminster Bank Ltd* 1963 1 QB 794 (CA); *North and South Insurance Corporation Ltd v National Provincial Bank Ltd* 1936 1 KB 328 333). Die bank se nalatigheid deur die betaling van 'n ongeldige tjek sal heel moontlik beskou word as die werklike oorsaak van die verlies (*Standard Bank of SA Ltd v Kaplan supra* 217; *Barclays Bank DCO v Straw supra* 98; Malan en De Beer par 323; Cowen en Gering 386; Goodey *Aspekte van die Aanspreeklikheid van die Bankier in die Suid-Afrikaanse Tjekreg*, ongepubliseerde LLD-proefskrif, Universiteit van Pretoria (1978) 498). Die bank het versuim om die lasgewing van sy kliënt met die nodige mate van sorg uit te oefen.

JT PRETORIUS
Universiteit van die Witwatersrand

ILLINGS (ACCEPTANCE) CO (PTY) LTD v ENSOR 1982 1 SA 570(A)

Sessie

Die vereenvoudigde feite van hierdie saak is soos volg: MacKenzie's Garage (sedent) het op 13 April 1973 'n sessie van sy boekskulde aan Standard Bank (1ste sessionaris) gemaak en op 2 April 1974 een aan Illings (2de sessionaris, appellent). Op 11 Julie 1975 gee die bank aan die sedent kennis dat sy bevoegdheid om namens die bank die skulde te vorder beëindig word en dat die bank van plan is om self die regte ingevolge die sessie uit te oefen. Die bank gee ook aan appellent (2de sessionaris) kennis dat hy die skulde sal vorder en die oorskot

aan appellent sal laat toekom in ooreenstemming met sy aanspraak daarop as tweede sessionaris. Op 18 Julie 1975 verkoop die sedent sekere onderdele aan Rensco (skuldenaar) en op 23 Julie 1975 verhandel hy aan die appellent vier vooruitgedateerde tjeks wat hy ter betaling van Rensco se skuld ontvang het. Op 25 Julie word die sedent onder voorlopige likwidasië geplaas en op 12 September 1975 word die maatskappy finaal gelikwideer. Dit is die agtergrond van die uitspraak in die hof *a quo* waarin Ensor (respondent) as likwidateur van die

sedent aangevoer het dat die sedent se verhandeling van die tjeks aan appellant 'n vernietigbare voorkeur ingevolge artikel 29(1) van die *Insolvensiewet* 24 van 1936 en artikel 340(1) van die *Maatskappywet* 61 van 1973 was. Respondent het aangevoer dat die sedent wat die verhandeling van elk van die vier tjeks betref, 'n vervreemding van sy eiendom ingevolge artikel 29 gemaak het, dat elk van die vervreemdings die gevolg gehad het dat die appellant bo ander skuldeisers bevoordeel is en dat die sedent se laste onmiddellik na die vervreemdings sy bates oorskry het. Die verhoorregter het ten gunste van die respondent beslis en uitspraak vir R12 864,81 met rente en koste aan hom gegee. Teen hierdie uitspraak appelleer Illings en voer onder andere aan dat die vervreemdings nie 'n vernietigbare voorkeur ingevolge artikel 29 was nie. Een van appellant se argumente is dat die sedent nie 'n "disposition of his property" gemaak het nie, aangesien daardie regte reeds aan die bank sedeer was, en dat die sedent dus geen reg gehad het om die tjeks te ontvang en te verhandel nie.

In antwoord hierop maak waarnemende appèlregter Van Heerden 'n aantal stellings wat die reg insake sessie raak (578E–G). In die inleidende sin word die indruk geskep dat 'n sessie *in securitatem debiti* 'n gewone volkome sessie is:

"Although it is true that a cession *in securitatem debiti* vests the right of action in the cessionary with the consequence that only the latter may enforce the claim, this does not mean that the debt may not be discharged by payment to the cedent" (578E).

Alhoewel ek van mening is dat sodanige sessie ook die vorm van 'n verpanding kan aanneem (*National Bank of South Africa v Cohen's Trustee* 1911 AD 235), is die onderhawige sessie inderdaad 'n volkome sessie aangesien die partye klaarblyklik sodanige bedoeling gehad het:

"It was also agreed that the company (sedent) would act as the bank's agent in the collection of all amounts covered by the cession, but that the bank would be entitled at any time to terminate this authority and to take control of the

company's records, books and accounts" (577H).

Om te beslis of die sedent met sy eiendom gehandel het al dan nie, gaan waarnemende appèlregter Van Heerden in op die rol van kennisgewing by sessie. Hy stel eerstens die algemene reël, naamlik dat die onwetende skuldenaar deur betaling aan die sedent bevry word:

"It is trite law that, if a debtor makes payment to the cedent without knowledge of the cession, the debt is discharged" (578F).

Hieraan voeg die regter dan toe:

"But whether or not the debtor has knowledge of the cession when paying the cedent, the amount paid becomes the property of the latter and the cessionary cannot claim to be entitled to it by virtue of a lien, a right of preference or the like" (578F).

As gesag hiervoor verwys die regter na *Goode, Durrant and Murray (SA) Ltd v Glen and Wright* 1961 4 SA 617 (K) 621–622:

"... the pledge attache(s) only to the debts and not to the proceeds thereof in the hands of the pledgor."

Waarnemende appèlregter Van Heerden bevind dan dat die geld wat die sedent so ontvang het sy eiendom is, al was hy wat die sessionaris betref nie geregtig daarop nie:

"It follows that had Rensco (skuldenaar) paid the company (sedent) in cash, or had the company cashed the cheques, and had the company thereafter utilised the proceeds to pay the sum of R12 864.81 to the appellant, it would undoubtedly have made a disposition of its property even although it was not entitled *vis-à-vis* the bank to obtain the cheques or to receive payment of the debt" (578H).

Die regter maak dus drie duidelike stellings: eerstens dat kennisgewing irrelevant is, tweedens dat na betaling aan die sedent die geld sy eiendom word, en derdens dat die sessionaris nie op grond van 'n retensiereg, 'n voorkeurreg of 'n soortgelyke reg op die eiendom aanspraak kan maak nie. Die gesag wat die regter aanhaal het duidelik net op die derde stelling betrekking. Elkeen van hierdie stellings moet van nader beskou word.

Die stelling dat kennisgewing irrelevant is, mag korrek wees indien dit slegs verwys na die feit dat die sedent eienaar word van die geld wat aan hom betaal word, maar myns insiens is dit verkeerd as dit ook verwys na die feit dat die sessionaris nie uit hoofde van 'n retensiereg, voorkeurreg of 'n soortgelyke reg op die geld geregtig is nie. Regter Diemont onderskei in die *Goode*-saak duidelik tussen die posisie voor en na kennisgewing:

“Once the debtors were informed of the cession they would be obliged to pay the cessionary and not the cedent . . . If on the other hand, the debtor was not informed of the cession and made payment to the cedent the debt would be lawfully discharged and, since it was discharged, would no longer form part of the cessionary's security” (621H).

Regter Diemont toon dus slegs aan wat die posisie is van die pandhouer teenoor die sedent wat voor kennisgewing betaling ontvang het.

Die tweede stelling, dat die geld wat betaal word die eiendom van die sedent word, is te verklaar in die lig daarvan dat die geld deur vermenging die sedent se eiendom geword het (Van der Merwe *Sakereg* (1979) 35 248). Die regter bevind ook dat dit geen verskil maak dat betaling per tjek geskied het nie (578–579).

Algemene toepassing van die derde stelling skep myns insiens probleme, aangesien die gesag wat aangehaal word die stelling gekwalifiseer steun en aangesien die logiese uitbreiding en toepassing daarvan by implikasie belangrike gevolge vir die sessiereg inhou.

Die *Goode*-saak is slegs gesag vir die stelling dat 'n sessionaris/pandhouer voor kennisgewing van sessie aan die skuldenaar nie geregtig is op die geld wat deur die skuldenaar aan die sedent betaal is nie omdat die objek van sy sekuriteit deur betaling uitgewis is; dié reël is ook slegs by verpanding van toepassing, aangesien die sessie in die *Goode*-saak as sodanig getipeer word (619C; 620A–B; 621H) en die partye dit duidelik ook so bedoel het. (Sien die vol-

gende bepalings in die sessie-ooreenkoms:

“... you (sessionaris/pandhouer) are hereby irrevocably empowered with power of substitution to collect, sue for and recover the said debts or any of them, to grant valid receipts therefor and to advise any or all of our debtors of this cession and assignment” (619C.)

In die *Illings*-saak word die sessie *in securitatem debiti* egter as 'n volkome sessie beskou. Is hierdie onderskeid van enige belang? By 'n verpanding verkry die sessionaris deur sessie slegs die *quasi*-besit van die reg of die reg om te vorder (*Guman v Latib* 1965 4 SA 715 (A) 722D en *Oertel v Brink* 1972 3 SA 669 (W) 674A) en die sedent behou die *dominium*, terwyl kennisgewing van die sessie die effek het om die skuldenaar in kennis te stel dat die sessionaris die *quasi*-besit van die reg of die reg om te vorder het en dat hy dus slegs bevry kan word deur betaling aan die sessionaris. Hieruit volg soos tereg aangetoon in die *Goode*-saak dat die skuldenaar wat voor kennisgewing aan die sedent betaal, bevry word en dat die skuld en daarmee saam die sessionaris se sekuriteit uitgewis word. Die “sessionaris/pandhouer” kan dan van die sedent eis op grond van bedrog of moontlik ook op grond van nie-nakoming van die pandgewingsooreenkoms. By 'n volkome sessie word die *dominium* egter ook aan die sessionaris oorgedra (oor die rol van kennisgewing en die verskillende benaderings ten opsigte daarvan by 'n volkome sessie sien Scott *The Law of Cession* (1980) 52 e v).

Die belangrike rol wat kennisgewing by sessie speel, kom hier weer eens sterk na vore: as die standpunt ingeneem word dat die *dominium* deur die blote sessie aan die sessionaris oorgedra word, word die effek daarvan feitlik genegatiewer deur die feit dat die skuldenaar voor kennisgewing bevrydend aan die sedent kan betaal. Dit beteken dat alhoewel die sessionaris reeds reghebbende is of die *dominium* het, hierdie reg deur betaling aan die sedent uitgewis word. Dit maak dus prakties weinig verskil of bogenoemde benadering gevolg word, of dié

benadering waarvolgens die oordrag van die reg self eers deur kennisgewing voltooi is, aangesien die sessionaris se reg in albei gevalle voor kennisgewing aan die sedent deur betaling uitgewis word. Daar sal egter wel 'n verskil tussen die twee benaderings wees as geargumenteer sou kon word dat die sessionaris volgens eersgenoemde benadering 'n voorkeurreg teen die sedent op die opbrengs van die vordering het op grond daarvan dat hy eintlik reghebbende is of die *dominium* het, maar dat hy volgens laasgenoemde benadering slegs 'n eis teen die sedent het bloot op grond van verbreking van die ooreenkoms om te seeder, aangesien hy voor kennisgewing nog nie reghebbende was nie. As hierdie argument, waarvoor daar geen gesag opgespoor kon word nie, aanvaar sou word, beteken dit dat 'n sessionaris by 'n volkome sessie wel as reghebbende 'n voorkeurreg op die opbrengs van die vordering in die hande van die sedent het.

Dit wat die posisie voor kennisgewing betref. Alhoewel waarnemende appèlregter Van Heerden van mening is dat die posisie voor en na kennisgewing dieselfde is en regter Diemont slegs die posisie van die sessionaris/pandhouer voor kennisgewing uiteensit, wil ek ter ooreweging voorlê dat die posisie na kennisgewing soos volg behoort te wees: In die geval van 'n verpanding het die sedent na kennisgewing nog die *dominium* en die sessionaris die reg om te vorder, gevolglik kan die skuldenaar slegs bevrydend aan die sessionaris betaal. As die skuldenaar egter ten spyte van kennisgewing aan die sedent betaal, word die skuld nie uitgewis nie: die sessionaris se sekuriteit bestaan nog en hy kan direk van die skuldenaar vorder of, indien die sedent insolvent raak of die skuldenaar om die een of ander rede nie kan betaal nie, kan die sessionaris/pandhouer op grond van sy pandreg op die opbrengs aanspraak maak. In die geval van 'n volkome sessie is die sessionaris reghebbende. Hy kan dus nog self van die skuldenaar eis en, indien die skuldenaar om die een of ander rede nie kan betaal

nie, kan die sessionaris moontlik 'n persoonlike aksie op grond van bedrog teen die sedent wat na kennisgewing betaling ontvang het, instel of hy kan as reghebbende op 'n voorkeurreg op die opbrengs in die hande van die sedent aanspraak maak, soos hierbo voor kennisgewing.

Om terug te keer na die onderhawige beslissing: Waarnemende appèlregter Van Heerden bevind dat die verhandeling van die tjeks deur die sedent aan die appellant wel 'n vervreemding van sy eiendom ingevolge die bedoelde artikels was (579D). Die regter verwerp ook die appellant se argumente dat die vervreemding nie tot gevolg gehad het dat een skuldeiser bo 'n ander bevoordeel is nie (580H) en dat die vervreemding in die gewone loop van besigheid gedoen is (581A). Die appèl word dus van die hand gewys. 'n Interessante verskynsel wat my as teoretikus tref, is die uiterstes waartoe advokate soms gaan om hulle kliënte se saak te stel. Ten einde aan te toon dat sy kliënt *vis-à-vis* die respondent geregtig is om die betaling te behou, voer die advokaat vir die appellant aan dat die sedent, toe hy die tjeks aan die appellant verhandel het, nie met sy eiendom gehandel het nie, maar met die bank s'n (578D-E). Indien hierdie argument sou geslaag het, sou dit beteken het dat die appellant in elk geval toegegee het dat nie hy nie, maar die bank, op die geld geregtig is.

Hierdie uitspraak is weer eens 'n illustrasie van die interessante en komplekse aard van die reg insake sessie.

SUSAN SCOTT

Universiteit van Suid-Afrika

PAKENDORF v DE FLAMINGH 1982 3 SA 146 (A)

Laster — skuldlose aanspreeklikheid van die pers

In hierdie beslissing bevestig die apèlhof by monde van hoofregter Rumpff (met wie appèlregters Jansen, Miller, Joubert en Cillié saamstem) die beginsel dat die eenaar, drukker en uitgewer van 'n koerant skuldloos aanspreeklik gehou kan word vir lasterlike bewerings in die betrokke koerant. Die feite van die saak (sien die uitspraak van die hof *a quo* gerapporteer as *De Flamingh v Pakendorf* 1979 3 SA 676) kom kortliks op die volgende neer: Daar is verkeerdelik in twee koerante (waarvan die appellante onderskeidelik die uitgewers en redakteurs is) gerapporteer dat die respondent ('n praktiserende advokaat) deur 'n regter gekritiseer is weens onetiese en onprofessionele optrede. Die respondent het in 'n lasteraksie teen appellante geslaag en die hof *a quo* het bevind dat alhoewel publikasie *animus iniuriandi* geskied het, aanspreeklikheid in eerste intransie gevestig kan word op die beginsel van skuldlose aanspreeklikheid van die pers. In hoër beroep teen hierdie uitspraak is namens die appellante betoog dat die toepassing van skuldlose aanspreeklikheid weens laster op die eenaar, drukker en redakteur van 'n koerant onaanvaardbaar is omdat dit die tradisionele vereiste van *animus iniuriandi* sou "verdoesel."

In sy uitspraak (154) verwys die hoofregter na sy eie *obiter dictum* in *Suid-Afrikaanse Uitsaaikorporasie v O'Malley* 1977 3 SA 394 (A) 404-405 waar hy hom ten gunste van skuldlose aanspreeklikheid in die onderhawige tipe geval uitspreek (sien Burchell 1978 *SALJ* 170). Die hoofregter opper ook (154H-155B) terloops die vraag wat die posisie is indien 'n verweerder erken dat hy lasterlike woorde gebesig het maar hom op die afwesigheid van *animus iniuriandi* beroep omdat hy weens dwaling geen onregmatigheidsbewussyn gehad het nie. Die hoofregter meld in hierdie verband dat 'n "oplossing" gevind sal moet word vir die geval waar die afwesigheid van

onregmatigheidsbewussyn deur die nalatige optrede van die verweerder meegebring word. Hierdie terloopse opmerking verdien verdere aandag en oorweging (sien ook Visser 1982 *THRHR* 168-174). Daar is min twyfel (sien Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1980) 440-442) dat "opset" (*animus iniuriandi*) net bestaanbaar is indien 'n belasteraar weet of voorsien dat sy optrede onregmatig is. Dit sou nietemin onrealisties wees om opset in hierdie sin deurgaans as vereiste vir laster te stel. Dit is in die moderne gemeenskap eenvoudig nie aanvaardbaar om iemand toe te laat om deliktuele aanspreeklikheid te ontduik waar hy 'n ander se goeie naam ernstig gekrenk het deur sy (growwe) nalatige optrede nie. Die deliktereg behoort in beginsel binne 'n eenvoudige stel beginsels beskerming aan persoonlikheids-goedere sowel as vermoëns-goedere te bied (Van der Merwe en Olivier 245-246). Die historiese verskille tussen die *actio legis Aquiliae* en die *actio iniuriarum* behoort nie vandag meer gehandhaaf te word waar dit benadeelde persone om ongegronde redes onbeskerm sou laat nie. Om hierdie rede is dit belangrik dat die *obiter*-opmerkings van die hoofregter ter harte geneem word deur sowel die howe as diegene wat met regshervorming gemoeid is.

In sy behandeling van die regspraak voor hom (naamlik die skuldlose aanspreeklikheid van die pers) wys die hoofregter daarop (156B) dat dit onbillik teenoor die respondent in die onderhawige geval sou wees om toe te laat dat die eenaars en redakteurs van die betrokke koerante hulle eenvoudig kan beroep op afwesigheid van *animus iniuriandi* weens die feit dat die verslaggeefster 'n *bona fide* fout sou begaan het. Die geslaagde beroep op afwesigheid van opset sou die respondent onbeskerm laat waar daar 'n duidelike onreg teenoor hom gepleeg is. Die hof wys ook daarop

(156–157) dat die grondslag van skuldlose aanspreeklikheid in verband met lasterlike publikasies in die pers uit die Engelse reg afkomstig is en in die Suid-Afrikaanse reg ingeburger geraak het. (Sien in die algemeen *Wilson v Halle* 1903 TH 178 201; *Trimble v Central News Agency* 1934 AD 43.) Die hoofregter kom dan tot die gevolgtrekking (157E–8) dat die “strikte aanspreeklikheid van die pers” behoue moet bly. Hy oorweeg (158) dan verder die regsteoretiese grondslag van sodanige aanspreeklikheid. Die hof verwys eerstens na die beginsels van risiko-aanspreeklikheid (soos bespreek deur JC van der Walt in *Gedenkbundel HL Swanepoel* (1976) 41 e v) betreffende die skepping van “produkte” met ’n hoë benadelingspotensiaal maar meen dat hierdie beginsel nie wyd genoeg is om radio en televisie, wat volgens die hoofregter op dieselfde basis as die pers behandel behoort te word, in te sluit nie. As radio- en televisietoestelle hoegenaamd as “produkte” in dieselfde sin as koerante beskou kan word, word, volgens die hoofregter, hierdie produkte in elk geval nie deur die SAUK (wat verantwoordelik vir uitsendings is) vervaardig of verkoop nie. Hierdie argument van die hoofregter is ietwat gekunsteld. Die SAUK vervaardig en verkoop nie ontvangstoestelle nie maar die aktiwiteite van hierdie korporasie (of wie ook al funksies in hierdie verband uitoefen) is tog seker die rede waarom sodanige toestelle vervaardig en verkoop word. Die SAUK lewer dus wel in hierdie sin ’n deurslaggewende bydrae tot die vervaardiging, verspreiding en gebruik van radio- en televisietoestelle sowel as tot die moontlike grootskaalse verspreiding van lasterlike materiaal. Ek wil nie hiermee te kenne gee dat die skuldlose aanspreeklikheid van die beheerders van die massamedia wel op die “risiko-beginsel” gefundeer kan word nie, maar slegs dat die hoofregter se argumente in die verwerping van die risiko-leer nie aanvaarbaar is nie.

Die hof verwys ook (158B) met skynbare goedkeuring na die siening van Van der Merwe en Olivier 445 waar die skry-

wers meen dat die werklike aanspreeklikheid van die pers klaarblyklik geleë is in die feit dat daar ten minste *dolus eventualis* aan die kant van die redakteur, drukker, uitgewer, ensovoorts is. Die verwysing na *dolus eventualis* as ’n moontlike verklaring van die aanspreeklikheid van die pers is natuurlik ooglopend onbestaanbaar met die aanvaarding van *skuldlose* (strikte) aanspreeklikheid in hierdie verband.

Na my siening kan *dolus eventualis* as verklaring vir aanspreeklikheid wel in bepaalde gevalle aanvaar word maar bied dit nietemin nie ’n algemene grondslag vir sodanige aanspreeklikheid nie. Dit is geforseerd om die betrokke begrip in elke geval waar lasterlike bewerings in die pers gepubliseer word, aanwending te laat vind. Die blote feit dat byvoorbeeld ’n redakteur in *die algemeen* weet of voorsien dat lasterlike berigte in sy koerant kan verskyn, en dat hy nogtans nie elke berig met lasterlike implikasies uit die koerant weer nie, dui nie sonder meer op *dolus eventualis* ten aansien van die publikasie van ’n bepaalde lasterlike berig nie. (Sien ook Strauss, Strydom en Van der Walt *Die Suid-Afrikaanse Persreg* (1976) 238–239.) Die blote voorsien van ’n vae moontlikheid ooreenkomsdig die argument dat “enigiets moontlik is,” behoort nie voldoende vir *dolus eventualis* te wees nie (sien ook Burchell en Hunt *South African Criminal Law and Procedure* 1970 I 124; *R v Horn* 1958 3 SA 457 (A) 465 467; *S v Malinga* 1963 1 SA 692 (A) 694).

Na my mening sou die aanspreeklikheid van die pers op grond van lasterlike berigte *de lege ferenda* wel in ’n voldoende mate op die *nalatige optrede* van die redakteur en sy redaksionele personeel gebaseer kan word. Van hierdie persone kan, weens die aard van hulle beroep, verwag word om ’n groot mate van sorg aan die dag te lê in verband met die publikasie van materiaal wat die goeie reputasie van persone kan skaad. Die aanspreeklikheid van ’n uitgewer, drukker of eienaar van ’n koerant sal normaalweg slegs binne die raamwerk van die een of ander vorm van skuldlose

aanspreeklikheid (wat ookal die grondslag hiervan is) verklaar kan word.

Ten slotte word die volgende ter ooreweging gegee in verband met die beslissing *in casu*:

a Die bevestiging van skuldlose aanspreeklikheid vir lasterlike bewerings in die pers is van groot betekenis vir die behoorlike beskerming van die reg op die *fama* (sien ook Neethling en Potgieter 1979 *THRHR* 443-445). Dit sou onrealisties wees om, in die lig van die aard, werking en invloed van die massamedia *animus iniuriandi* as vereiste te stel. Die klassieke Romeins-Hollandse reg is in hierdie verband nie meer in ooreenstemming met die eise van die werklikheid nie.

b Die "skuldlose" aanspreeklikheid van die pers kan in praktyk gewoonlik tog op *nalatigheid* gebaseer word. Daar word *de lege ferenda* aan die hand gegee dat dit 'n aanvaarbaarder grondslag vir die aanspreeklikheid van die pers is as 'n algemene beginsel van aanspreeklikheid sonder skuld (sien ook Van der Merwe en Olivier 245-246 446 vn 3).

c Selfs al word skuldlose aanspreeklikheid van die pers aanvaar, moet onthou word (sien ook die onderhawige uitspraak op 156C) dat onregmatigheid steeds 'n vereiste is en dat die tradisionele verwer in hierdie verband (byvoorbeeld billike kommentaar en privilegie) steeds relevant kan wees.

PJ VISSER

Universiteit van Suid-Afrika

En daarom sal die Here met ongeduld daarop wag om julle genadig te wees, en daarom sal Hy Hom verhef om Hom oor julle te ontferm; want die Here is 'n God van die gerig. Welgeluksalig almal wat op Hom wag!

Die Bybel Jesaja 30 : 18

Boeke

STRAF IN SUID-AFRIKA

deur ETIENNE DU TOIT

Juta, Johannesburg, Kaapstad 1981; xxviii en 600 bl; prys R48,00

Die penologie is reeds gevestig aan buitelandse universiteite as 'n selfstandige vakwetenskap met 'n eie studiegebied, beoefenaars, navorsers en 'n teoreties-prakties- en metodologies-relevante kennissistiem. Straf, straftoemeting en penologie het veral in die laaste jare besondere momentum in Suid-Afrika begin toon. Aan gesaghebbende Suid-Afrikaanse literatuur op die gebied van straf en straftoemeting ontbreek dit geheel en al. Die kommissie van ondersoek na die strafstelsel van die Republiek van Suid-Afrika het reeds in 1976 daarop gewys dat 'n handboek op dié gebied 'n noodsaaklikheid geword het.

Straf in Suid-Afrika is die eerste volledige handboek in Suid-Afrika op hierdie gebied en die skrywer word gelukgewens met 'n puik produk wat nie net die regter, landdros, advokaat, prokureur of aanklaer sal prikkel nie, maar vir die akademikus en student van onskatbare waarde sal wees.

In die inleiding word inleidende onderwerpe soos strafreg, misdryf, straf, strafkunde en legaliteit behandel. Die skrywer verkies die woord "strafkunde," terwyl "penologie" deur die meeste instellings gebruik word. Die omskrywing van die studiegebied van die strafkunde is duidelik uiteengesit en voldoen aan die uiteensetting van die studiegebied van die penologie soos dit deur die departement penologie van die Universiteit van Suid-Afrika aangebied word.

In hoofstuk 1 word aandag gegee aan die eerste been van die proses by vonnisoplegging, naamlik die faktore en omstandighede wat die relevante materiaal tydens straftoemeting uitmaak. Daar word op 'n baie praktiese wyse indringend gekyk na alle faktore en omstandighede wat versagting of verswarend op 'n vonnis kan inwerk, terwyl na alle belangrike beslissings ter stawing van die beginsel verwys is.

Die oogmerke van straf (vergelding, afskrikking, hervorming of rehabilitasie) word in hoofstuk 2 bespreek. Aangesien alle skrywers nie dieselfde betekenis aan vergelding heg nie, bestaan daar 'n mate van begripsverwarring wanneer dié begrip by straf ter sprake kom. Die skrywer onderskei baie goed tussen vergelding as strafoogmerk en naakte wraak, en wys daarop dat die *lex talionis* nie meer bestaan nie. Die voorkomings-teorie (ook bekend as die relatiewe of doelmatigheidsteorie in die oogmerk van afskrikking) hou basies, volgens die skrywer, in dat straf opgelê word met die oog op die toekoms, dit wil sê met die oog op die voorkoming of beperking van misdryf ter beskerming van die gemeenskap. Die skrywer kom tot die slotson dat straf en straftoemeting aan die oortreder en potensiële oortreder toon dat die kool nie die sous werd is nie. Die hervormingsteorie hou basies in dat straf opgelê word met die oog op die hervorming of verbetering van die oortreder, dit wil sê met die oog op sy suksesvolle behandeling.

Dit is so dat die gemeenskap en die slagoffer van die misdaad by straftoediening in aanmerking geneem moet word, maar eweneens verdien die oortreder ook oorweging — die oortreder is 'n mens, 'n medemens en 'n onlosmaaklike deel van die gemeenskap. Daarom is dit prysenswaardig dat die skrywer dit beklemtoon dat die hervorming en verbetering van die oortreder slegs effektief nagestreef kan word indien individualisasie van straf plaasvind.

Die werklike waarde van hierdie hoofstuk lê daarin dat die teorie gestel word en die Suid-Afrikaanse praktyk aan hierdie teorie getoets word. 'n Punt van kritiek kan wees dat die teorie nie filosofies-prinsipiële benader word nie, maar aan die ander kant het die skrywer daarin geslaag om die behandeling van die teorie eenvoudig en prakties te hou.

Hoofstuk 3 word gewy aan die prosedure by vonnisoplegging, sodat dit 'n praktiese voortsetting van hoofstuk 2 vorm. Aandag word veral geskenk aan getuienis en argumente ten aansien van vonnis, die optredes van prokureurs en die voorsittende beampte, asook die uitpraak op vonnis.

In hoofstuk 4 word die vonnisopleggingsproses verder geneem wanneer die erkende Suid-Afrikaanse strawwe bespreek word. Die aard van elke straf word behandel asook die basiese riglyne ten opsigte van die gepaste oplegging van elk van die strawwe. Aansluiting word ook by hoofstuk 2 gevind waar die morele regverdigbaarheid van elke strafvorm aangevaak word. Die vraag, in welke mate 'n besondere strafvorm ruimte of moontlikhede vir die realisering van die oogmerke van straf laat, word dus op hierdie wyse beantwoord.

Hoofstuk 5 word in die geheel aan die strafverliggende voordele wat die uitsel en die opskorting van vonnis vandag aan die voorsittende beampte bied, gewy. Indringende aandag word aan die prosedure en basiese riglyne van strafverligting gegee, asook aan die verskillende opskortingsvoorwaardes.

Die na-vonnisstadia van die hersiening van en appèl teen 'n vonnis word in hoofstukke 6 en 7 aangeraak. Die klem val veral op die belangrikheid van vrye diskresie-uitoefening deur die verhoorhof en die geregverdigde ingryping in hersiening en appèl.

In die laaste hoofstuk word die magte van die owerhede ten aansien van vonnisversagting, kwytstelling en begenadiging onder die loep geneem. Besondere aandag word geskenk aan die versagting van die doodvonnis, en versoekskrifte in daardie verband aan die staatspresident-in-rade.

Volledigheidshalwe het die skrywer toepaslike artikels van die Strafproseswet 51 van 1977 (artikels 271 tot 327) opgeneem, asook hofdokumente wat op straf en straftoemeting betrekking het. Beslissings en ander gesag is bygewerk tot 30 November 1980. Die werk is dus reserant en aktueel.

Die skrywer sluit af met die woorde van Karl Menninger (*The Crime of Punishment* (1966) 249) en spreek die hoop uit dat dit ook op hierdie werk en op die Suid-Afrikaanse penologie van toepassing is:

“But all is not right with the world in respect of crime and criminals — not yet. And if the reader closes this book with a sense of relief, I have failed. He must close it rather with a disturbed feeling of shared guilt and responsibility, perhaps even a sense of mission.”

CH CILLIERS

Universiteit van Suid-Afrika

DE INSTITUTEN VAN GAIUS

vertaal deur JE SPRUIT en K BONGENAAR

Walburg Pers Zutphen, 1982; 208 bl; prys 29,50 gulden

De Instituten van Gaius is die eerste band in die reeks *Het Erfdeel van de Klassieke Romeinse Juristen* wat onder die beskerming van die Universiteit van die Nederlandse Antillen en die bestuur van die Prins Bernhardfonds en onder die eindredaksie van professor JE Spruit uitgegee word. Die volgende twee bande van dié reeks sal die Latynse teks tesame met 'n Nederlandse vertaling van die volgende bevat: die *Gai Institutionum Epitome, tituli XXVIII ex corpore Ulpiani, Sexti Pomponii regula, Fragmenta quae dicuntur Vaticana*, die *Scholia Sinaitica ad Ulpiani libros ad Sabinum* en ander voor-Justiniaanse regsbronne.

Die opset van die werk is 'n versameling van voor-Justiniaanse geskryfte vergesel van 'n moderne Nederlandse vertaling. Die oogmerk is om 'n nuwe belangstelling in die Nederlandse klassieke erfenis te kweek en hierdie geskryfte weer te laat herlewe in 'n maklik verstaanbare taal vir Nederlandse studente wat nie meer die Latynse taal so goed soos hul voorvaders beheers nie.

Die *Gai Institutionum Commentarii Quattuor* is die enigste werk van 'n klassieke Romeinse juris wat byna volledig bewaar gebly het. Omdat dit die grondslag is van die Institute van Justinianus het dit 'n groot invloed op die sistematiek van sowel die huidige Nederlandse as die Suid-Afrikaanse reg uitgeoefen. Soos bekend is die Institute van Gaius oorgelewer in 'n manuskrip, die *Codex Veronensis* wat in 1816 deur Niebuhr ontdek is, tesame met enkele fragmente op papyri wat in 1927 en 1933 deur Medea Norsa gevind is, 'n aantal antieke verwerkings soos die *Res Cottidianae* van Gaius en fragmente opgeneem in juridiese versamelwerke soos die *Collatio* en die *Digesta*. Die Latynse teks wat vir die vertaling gebruik word, is hoofsaaklik oorgeneem uit die laaste uitgawe van Girard-Senn *Textes de droit*

romain I (Parys (1967) 25–218) soos verwerk deur Meylan. Op enkele plekke (aangedui in kleiner druk) is afgewyk van die Meylan-teks en gebruik gemaak van ouer uitgawes van die Institute onder andere dié van Arangio-Ruiz, Bluhme, David, Huscke, Krüger, Mommsen en De Zulueta.

In die vertaling self word klem gelê op die eietydse gebruik van die Nederlandse taal. Die vertalers het getrag om so min as moontlik Latynse terme onvertaal te laat. Latynse woorde en sinsnedes is slegs onvertaal opgeneem in gevalle waar die vertaling daarvan tot misverstand sou kon lei of waar vertaling slegs deur 'n vloedgolf van woorde sou kon geskied en dus 'n eksegeese eerder as 'n vertaling sou word. Voorbeelde van Latynse terme wat behoue gebly het, is eg-Romeinse begrippe soos *ius civile* en *ius gentium*, *res mancipi*, *mancipatio* en *condictio*. Keurige samevoegings is egter vir ander eg-Romeinse denkbeelde uitgedink soos "gesagsdraer" vir *paterfamilias* en "medebedinger" vir *adstipulator*. Die vertalers was uiters spaarsaam met verklarende aantekeninge in die voetnote. Hulle beveel self aan dat 'n goeie leerboek oor die klassieke Romeinse reg onmisbaar is vir 'n goeie grip van die Institute van Gaius. Nietemin bevat die klein aantal bondige voetnote waardevolle inligting, onder andere omtrent die kronologie van wette en juriste waarna in die teks verwys word. Verwysings na vergelykbare tekste elders in die antieke oorlewering word ook uitgelaat. Daar word slegs in die voorwoord verwys na die werke van onder andere Kübler, De Zulueta en Meylan as voortrefflike hulpmiddele in hierdie verband.

As 'n voorbeeld van die gemaklike styl en keurige woordgebruik van die vertalers haal ek twee bekende gedeeltes uit die Institute aan, naamlik *Gai* 3 146

wat handel oor die verskil tussen 'n koopkontrak en 'n huurkontrak en *Gai* 3 220 waar 'n aantal verskyningsvorme van die delik *iniuria* bespreek word:

"146. Verder als ik u gladiatoren lever onder het beding dat mij voor ieder die ongedeerd uit de strijd komt 20 denariën als zweetgeld gegeven zullen worden, en voor hen die gedood worden of invalide raken 1000 denariën per persoon, is het de vraag of hier een overeenkomst van koop en verkoop dan wel van huur en verhuur tot stand komt. De heersende leer is dat men ten aanzien van degenen die ongedeerd blijven van een overeenkomst van huur en verhuur moet spreken, maar ten aanzien van de gesneuvelden en invaliden van een overeenkomst van koop en verkoop. Een en ander zal dan wel blijken uit die feitelijke gebeurtenissen: de verkoop of verhuur van iedere gladiator heeft als het ware voorwaardelijk plaats gehad. Men betwijfeld namelijk niet meer dat zaken voorwaardelijk verkocht of verhuurd kunnen worden."

"220. Een onrechtmatige aantasting van de persoon vindt niet alleen plaats, wanneer iemand bijv. door een vuistslag of knuppel is getroffen of zelfs afgeranseld is, maar ook als hij uitgescholden is. Of

men kondigt de openbare verkoop van iemands vermogen aan, alsof het een skuldenaar was, in die wetenschap dat men niets van hem te vorderen heeft; men heeft een smaadschrift of spotvers geschreven om iemand in zijn goede naam aan te tasten; men heeft een gehuwde vrouw of een jeugdige knaap hinderlijk gevolgd; kortom, so zijn er nog heel wat andere gevallen."

Die Suid-Afrikaanse juris is veral bekend met twee vertalings van die Institute van Gaius, naamlik die Nederlandse vertaling van Oltmans (*De Institute van Gaius* 3e druk 1967) en die Engelse vertaling van De Zulueta (*The Institutes of Gaius I. Text with critical notes and translation* 1946-1953). Hierdie nuwe uitstekende vertaling van die Institute kan in die toekoms met groot vrug as hulpmiddel by die onderrig van Romeinse reg aan veral die Afrikaanse regs fakulteite gebruik word. Daar word met groot verwagting uitgesien na die verdere bande van hierdie reeks.

CG VAN DER MERWE
Universiteit van Stellenbosch

REGISTERS OP DIE *OBSERVATIONES TUMULTUARIAE* VAN CORNELIS VAN BIJNKERSHOEK EN VAN WILLEM PAUW

saamgestel deur PAUL VAN WARMELO

Departement van Justisie, Pretoria 1982; 4, 63 en 89 bl; prys R5,17 (plaaslik), R5,72 (oorsee) (posgeld en AVB ingesluit)

"Ex Africa semper aliquid novi" lui die spreuk wat gewoonlik aan Plinius die ouere toegeskrywe word. Hierdie werk laat reg geskied aan dié ou gesegde. Om in 1982 aan die suidpunt van Afrika 'n gedetailleerde register te sien verskyn van werke wat in die loop van die agtiende eeu in Nederland hul beslag gekry het, is voorwaar merkwaardig.

Van Warmelo se voorwoord (1-4) bevat 'n versameling interessante gegewens oor die lewe en werke van beide Van Bijnkershoek (1673-1743) en sy skoonseun Willem Pauw (1712-1787),

asook die motivering vir die skryf van die onderhawige werk. Hy skets naamlik die agtergrond tot die oorspronklike werke waarop hierdie boek gebaseer is: Cornelis van Bijnkershoek se *Observationes Tumultuariae* en Willem Pauw se *Observationes Tumultuariae Novae*: "Wat hulle vir ons van besondere belang maak is die feit dat hulle verslae nagelaat het van die sake wat voor hulle gedien het. Hierdie verslae is by verre na die mees volledige en uitvoerige weergawes van die verrigtinge in die hof wat gepubliseer is" (1). Hierdie werke is veral vir Suid-Afrikaanse juriste van belang, aan-

gesien hulle gegewens bevat oor die Romeins-Hollandse reg *in die praktyk* — hulle verskaf 'n gedetailleerde uiteensetting van die hofverrigtinge in die Hooë Raad van Holland, Zeeland en Wes-Vriesland.

Ten spyte van die feit dat die moderne weergawes van beide skrywers se werke registers en/of *compendia* bevat (volledige besonderhede oor die geskiedenis van die Bijnkershoek- en Pauwerke vind ons in Van Warmelo se voorwoord), spreek die skrywer die hoop uit (3) dat die huidige registers van hom *daarnaas* doelmatige aanwending sal kan vind.

Dit kom egter voor of Van Warmelo in sy inleiding slegs beoog om 'n register van Pauw se werk daar te stel (veral 3). Hy begin dan (1–63) met die Pauw-register, dog daar eindig dit nie — 'n redelike volledige register van Van Bijnkershoek se *Observationes tumultuariae* (1–89) word as verdere komponent aangetref: die werk is dus in omgekeerde volgorde tot die titel daarvan! (Ek vind die nommering enigszins vreemd: dit sou beslis beter gewees het om die inleidingsbladsye (soos gebruiklik is) in Romeinse syfers te nommer, en die res van die hoofwerk deurlopend van 1–152, in plaas van 1–63 en 1–89 soos tans die geval is.)

Om uit die staanspoor 'n evaluasie van die gebruikswaarde van 'n werk soos dié te probeer gee, sal pretensieus wees. Hy sal hom moet bewys. (Toevallig slaan ek op 29 (Pauw-gedeelte) Van Warmelo se werk oop by *Laesio enormis* en vind 5 verwysings; in *Obs Tum Nov* III 534 (in “Zaakregister”) vind ek onder dieselfde woordverwysing 15 bewysplase: slegs

Van Warmelo se laaste (na saak 1627 van Pauw) kom nie in laaste se “Zaakregister” voor nie. Dié verskynsel dui natuurlik nie op onvolledigheid aan Van Warmelo se kant nie, dog staaf sy doelwit om hoofsaaklik te verwys na gedeeltes uit die werke wat vir 'n hedendaagse Suid-Afrikaanse juris van waarde mag wees (4).)

Wat die tegniese versorging betref, volstaan ek met enkele opmerkings. Met reg kan ons vra: waar kry jy vandag 156 blaaie regsboek vir 'n skamele R5,00? Ongelukking lyk die werk 'n bietjie soos sy prys: my resensiekopie se rooi buiteblad met goue letters op herinner aan die tipiese A4-grootte LLM-verhandelingsformaat. Dit is uitstekend gebind dog ongelukkig is die kwaliteit van fotostatiese reproduksie van die ganse werk op 'n lae peil: diégene verantwoordelik vir die tik- en reproduksiewerk het die outeur 'n onreg aangedoen. Jare se moeitevolle swoeg verdien iets beters as dit. Die keuse van A4-formaat is seker uit finansiële oorwegings gedoen, dog verskaf moeite as 'n mens die werk op jou rak wil plaas neffens Pauw en Van Bijnkershoek se werke van standaardgrootte.

Ek beveel hierdie werk ten slotte aan by elkeen wat 'n belang het by 'n studie van ons gemenerereg: dit is 'n welkome toevoeging tot daardie materiaal en hulpmiddels wat ons behulpsaam is in die ontsluiting van ons waardevolle ou regsbronne. (Dit kan bestel word van die Direkteur-Generaal, Departement van Justisie, Privaatsak X81, Pretoria 0001 Republiek van Suid-Afrika.)

JOHAN SCOTT
Universiteit van Pretoria

WERKBIJLIJST

FAKULTEIT RECHTSGELEERDHEID



RECHTSGELEERDHEID

Vivisection and the Law*

AO Karstaedt

BA LLB

Lecturer in law, University of the Witwatersrand

OPSOMMING

Viviseksie en die reg

Viviseksie kan in breë sin as die oopsny of ontleding van lewende diere vir doeleindes van wetenskaplike eksperimentering beskryf word. Hoewel wreedheid teenoor diere feitlik universeel veroordeel word, heers daar onsekerheid oor die regsgrondslag van optrede teen persone wat wrede eksperimentering onderneem. Dit is onbevredigend om die gevoelens van menslike wesens as die beskermde regsgoed te beskou, maar rewolusionêr om te betoog dat diere inderdaad draers van regte kan wees. Tog moet mens miskien ou gevestigde idees hieroor opnuut in oënskou neem. Die wetgewing wat diere teen wreedheid beskerm in die VSA, Brittanje en Suid-Afrika word ontleed en daar word aangetoon dat die betrokke beskerming in al drie lande geheel en al ontoereikend is. Daar word aan die hand gedoen dat die beskermingstaak in die hande van die wetgewer is.

1 WHAT IS VIVISECTION?

Strictly speaking the term "vivisection" includes only those experimental procedures on animals¹ which involve cutting the flesh of the animal. Because, however, there is no other convenient term to describe the many experimental procedures to which laboratory animals are subjected, "vivisection" is frequently used to denote all types of experiments on living animals, whether or not cutting is done.² It is in this extended sense that I shall use the term.

John Vyvyan³ refers to a pamphlet published around the beginning of this century by the Animal Defence and Anti-Vivisection Society in Britain, entitled *A Survey of the Case Against Vivisection*. The *Survey* which was signed

* This article is based on a paper of the same title which the writer presented at the National Symposium on Animal Experimentation held at the Rand Afrikaans University on 10 April 1981 under the auspices of the South African Association against Painful Experiments on Animals (SAAAPEA).

¹ In a biological sense man is, of course, an animal, one species among many. As used in this article, however, the term "animal" shall be restricted to its legal sense to include only those creatures which do not belong to the human race: see Joubert (ed) *The Law of South Africa* vol I (1977) par 365.

² Thus *Stedman's Medical Dictionary* 23ed defines "vivisection" as "any cutting operation on a living animal for purposes of experimentation; extended to denote any form of animal experimentation."

³ *The Dark Face of Science* (1971) 122.

by 46 persons, all of whom held degrees in science, and nearly all in medicine, illustrates the meaning of vivisection by a list of procedures, for each of which a reference to the scientific literature is given. Vyvyan⁴ quotes from the *Survey*:

"Vivisection comprises as acts already accomplished: Attacking the brain; attacking the spinal cord; stopping natural excretion by tying ducts and like means; grafting diseased matter into the eyes; severing and irritating the nerves; sawing the bones; piercing the bones with a red-hot needle; slow and intermittent suffocation by water, by mercury, by plugging the wind-pipe, by immersing the head in liquid plaster of Paris; excising vital organs; burning the foot, the nose, etc., with a Bunsen gas flame; compelling the inhalation of live flame; blasting the open throat with a blow-pipe; producing gastric ulceration; introducing gall-stones into the gall-bladder, innoculating with viruses of various diseases; baking and parboiling; freezing; sewing up the anal canal of pregnant dogs and keeping them thus alive; obstructing womb-outlet in actual labour; blocking up the gullet; distending the stomach with water; preventing sleep."

Many other procedures have since been devised.⁵ Official British government statistics⁶ reveal that 4 579 478 animal experiments were carried out in Britain in 1980 (a reduction of 140 000 from the previous year).⁷ Of these, 81,46 per cent were carried out without anaesthesia at any stage. In only 3,74 per cent of the experiments performed was anaesthesia used for the whole of the experiment.

Estimates of the number of living animals experimented upon each year in the United States range widely between 20 million and 200 million.⁸ A study conducted by Rutgers University's College of Agriculture and Environmental Sciences for the year 1971⁹ revealed that American researchers used over 63 million animals during that year.

The number of experiments performed each year in South Africa is not known.

2 LEGAL ATTITUDES TO LABORATORY ANIMALS

The law's attitude with regard to laboratory animals has to be viewed within the wider context of its attitude to animals generally. At common

⁴ *op cit* 124-125.

⁵ See Singer *Animal Liberation* (1976) 36-70.

⁶ *Statistics of Experiments on Living Animals* Great Britain 1980 Cmnd 8301. The statistics relate to experiments on living animals which are subject to the provisions of the Cruelty to Animals Act 1876 (39 & 40 Vict Ch 77).

⁷ 484 849 animals were used in acute toxicity tests. (The standard acute toxicity test is the notorious LD50 test - see n 31 below.) 22 808 animals had substances applied to their eyes, 1 878 were burned or scalded, 56 431 were subjected to aversive stimuli (electrical or other) for behavioural training for inducing a state of psychological stress, and psychological stress was induced by other means in 5 454 animals. 142 132 animals were exposed to ionising irradiation, 41 364 were used in inhalation studies, and physical trauma to simulate human injury was inflicted upon 3 027 animals. The statistics also reveal that 208 697 animals were used in cancer research (much of it involving the intentional induction of cancer in animals) and 1 694 054 were used in the study of infection and immunology (involving the creation of diseased states in animals and attempting to study these diseases and the means of curing them). An undisclosed number of animals were used in the testing and development of weapons of war.

⁸ Ryder *Victims of Science* (1975) 35.

⁹ As reported in *Science Digest* November 1973 32.

law animals are classified as movable property. Regarded as objects for man to master and use, they have no rights, not even the right to be protected from the infliction of completely unnecessary pain.

Many countries today have some form of anti-cruelty legislation which supersedes the common law. The relevant South African statute is the Animals Protection Act 71 of 1962, as amended, which prescribes various actions amounting to cruelty to animals on pain of a criminal sanction. The act provides that any person who cruelly overloads, overdrives, overrides, beats, kicks, goads, ill-treats, neglects, infuriates, terrifies, tortures or maims any animal¹⁰ or who causes any unnecessary suffering through a wanton, unreasonable or negligent act of commission or omission,¹¹ shall be guilty of an offence. Aside from these general provisions there are provisions dealing with cruelty to animals in relation to, *inter alia*, confinement, poisoning, health care and conveyance.

One might be forgiven for thinking that this statute fills the void that exists at common law. On close examination, however, it becomes evident that the act is ineffective in providing animals with real protection. Indeed, according to our case law, it was not even *intended* to protect animals. The legislature's intention, we are told, was to protect human beings who are sensitive to animal suffering from affronts to their sensibilities¹² and "to prevent degeneration of the finer human values in the sphere of treatment of animals."¹³

How adequate are these attempts to explain why cruelty to animals is wrong? It is submitted with respect that while these authorities have provided a useful fiction which enables one somehow to reconcile practices such as vivisection and meat-eating with the undeniable feeling that there is something wrong in torturing an animal,¹⁴ they have not provided a rational explanation of why cruelty to animals is objectionable.

A number of objections can be raised against the view that the purpose of the Animal Protection Act is to protect the sensibilities of the community. In the first place, this view does not explain why private acts of cruelty should be prohibited by the act. Surely private acts of cruelty would be permitted if the legislature's purpose was to protect people from affronts to their sensibilities. Secondly, as Feinberg¹⁵ explains, the very people whose

¹⁰ s 2(1)(a).

¹¹ s 2(1)(r).

¹² See *R v Maoto* 1947 1 SA 490 (O) 492 (Van den Heever J) and *S v Edmunds* 1968 2 PH H398 (N) (Miller J). Some writers, too, have found the rationale for anti-cruelty legislation in the protection of people from affronts to their sensibilities. Schwartz "Moral Offences and the Model Penal Code" (1963) 63 *Columbia Law Review* 669 676 writes: "It is not the mistreated dog who is the ultimate object of concern . . . Our concern is for the feelings of other human beings, a large proportion of whom, although accustomed to the slaughter of animals for food, readily identify themselves with a tortured dog or horse and respond with great sensitivity to its sufferings."

¹³ per Miller J in *S v Edmunds supra*.

¹⁴ See Auxter "The Right Not to be Eaten" *Inquiry* (1979) 22 nos 1-2 221 223-224.

¹⁵ Feinberg "The Rights of Animals and Unborn Generations" in Blackstone (ed) *Philosophy and Environmental Crisis* (1974) 43 45.

sensibilities are said to be protected in this explanation are precisely those who would insist that the protection belongs primarily to the animals themselves, not merely to their own tender feelings. Indeed, as Feinberg points out, it would be difficult even to account for the existence of such feelings in the absence of a belief that the animals deserve the protection in their own right and for their own sake.

The homocentric rationale that cruelty to animals is wrong only because it causes affronts to human sensibilities focuses, I submit, on the central dilemma that confronts us in our treatment of animals. Either our sensibilities are disturbed when we witness animal cruelty because we recognise that animals are capable of suffering, and do in fact suffer, in much the same way as humans do, or else these sentiments are misplaced and absurd. If it is the former, how then can we rationally continue to regard that suffering in a completely different light from human suffering? What justification can there be for refusing to take that suffering into account and for continuing to interpret anti-cruelty legislation in human terms? If it is the latter, why should the law then protect these sensibilities? Why does the law not, for instance, prohibit people from breaking their expensive antiques on the ground that such conduct might upset other people?

The view that the Animals Protection Act exists "to prevent degeneration of the finer human values in the sphere of treatment of animals" also encounters serious difficulties. In particular, if there is nothing wrong with cruelty to animals in itself, why should it matter that a degeneration of finer human values in this area occurs? If there is nothing wrong with animal suffering, these values are absurd and the sooner they disappear the better. And as Clark¹⁶ points out, if laws against cruelty to animals do not seek to protect animals against suffering, they are revealed as laws of manners, acceptable to moralistic legislators, but not to anyone who refuses to let the law come between a man and his morals. Should these laws then be repealed?

One might argue that these statutes do not seek to protect human morality as such; rather, they seek to prevent cruelty to animals because such cruelty may encourage a tendency towards cruelty to humans. This view has had a long and impressive history. In the thirteenth century Thomas Aquinas wrote:¹⁷

"Now it is evident that if a man practise a pitiable affection for animals, he is all the more disposed to take pity on his fellow-men . . ."

The eighteenth century German philosopher, Immanuel Kant, made the same point:¹⁸

"[H]e who is cruel to animals becomes hard also in his dealings with men . . . Tender feelings towards dumb animals develop humane feelings towards mankind."

¹⁶ Clark "The Rights of Wild Things" *Inquiry* (1979) 22 nos 1-2 171 173.

¹⁷ *Summa Theologica* II 1 Q 102 art 6.

¹⁸ *Lectures on Ethics* translated by Infield (1963) 240.

Now it may be true that people who are insensitive towards animals may also tend to be insensitive towards humans.¹⁹ It is submitted, however, that the Thomian and Kantian accounts do not provide us with an adequate explanation of why cruelty to animals is wrong. Robert Nozick²⁰ explains that if it is, in itself, perfectly all right to do anything at all to animals for any reason whatsoever, then, provided a person realises the clear line between animals and persons and keeps it in mind as he acts, there is no reason why being cruel to animals should tend to brutalise the actor and make him more likely to harm humans. Nozick points out that people who enjoy hitting baseballs with bats do not thereby acquire a propensity to do the same to people's heads. Why, he asks, should things be different in the case of animals?

Surely, if it is correct that cruelty to animals creates an undesirable moral spillover in the form of brutalising people, the reason must be that animals are more than inanimate objects like baseballs; that they are capable of suffering in much the same ways as we are. If this be so, how can we continue to ignore their suffering?

The homocentric interpretation given to the legislature's intention in enacting the Animals Protection Act appears, therefore, too unrealistic and inadequate.²¹ It does, however, accord with the narrow construction that the act has received in our courts. In the first place, it has been held that cruelty in terms of section 2(1)(a) of the act consists in causing unnecessary pain and suffering.²²

Reasonableness is the test for deciding whether the pain and suffering was necessary or not, and what is reasonable has to be seen against the

¹⁹ See Regan "Exploring the Idea of Animal Rights" in Paterson and Ryder (eds) *Animals' Rights - a Symposium* (1979) 73 74-75; Wynne-Tyson *Food for a Future* (1979) 127-128; Ryder *op cit* (n 8 above) 18-19. Ryder explains that along with the increase in research upon non-human animals there has been a sinister upward trend in experiments performed upon human patients. He suggests (*loc cit*) that "... experiments upon human patients often spring from the ruthless mentality that is, in the first place, cultivated in the animal laboratory by conforming scientists."

²⁰ *Anarchy, State and Utopia* (1974) 36.

²¹ A number of authorities have rejected the homocentric rationale for protecting animals from cruelty. Gray *The Nature and Sources of the Law* 2 ed (1921) 43 regards the view that anti-cruelty statutes "are passed for the sake of men in order to preserve them from the moral degradation which results from the practice of cruelty," as "artificial and unreal." The true reason for these statutes, he says, "is to preserve the dumb creatures from suffering." Hart *Law, Liberty and Morality* (1963) 34 also rejects the view that maltreatment of animals is reprehensible only because of its incidental effects on people.

Ross *The Right and the Good* (1930) 49 observes that "if we think we ought to behave in a certain way to animals, it is out of consideration primarily for *their* feelings that we think we ought to behave so; we do not think of them merely as a practising-ground for virtue." And according to Regan *op cit* (n 19 above) 36, if we see a man administering a savage beating to a dog, we think it is wrong, and if we intercede we do so on the dog's behalf, not on behalf of humanity.

²² See e.g. *R v Smit* 1929 TPD 397 400; *Hellberg v R* 1933 NPD 507 510 514; *R v Tom* 1939 OPD 2 3; *Andrew v The State* 1962 2 PH K99 (N). This is a clear instance of judicial law-making by interpretation, for nowhere in s 2(1)(a), otherwise than in some of the other sub-paragraphs of s 2(1), does "unnecessarily" or words of like import appear.

background of prevailing mores.²³ Thus ill-treatment of an animal which is not strictly necessary, but which would not be frowned upon by the community, would not be hit by the act.

The fact that reasonably necessary injury to animals is permitted suggests that "the moral culpability which society attaches to certain human behaviour, rather than an ethical predisposition against animal suffering"²⁴ is the focus of the legislation.

Secondly, it is not every act that results in unnecessary suffering of an animal which constitutes cruelty. It has to be shown, in addition, that the accused acted wilfully.²⁵ This is more than the criminal intent normally required to sustain a criminal conviction²⁶ and suggests once again that the law is concerned with the moral blameworthiness of the accused rather than with animal suffering.

3 DOES THE ANIMALS PROTECTION ACT COVER VIVISECTION?

It seems clear that the provisions of the act do have application in relation to matters such as the confinement, feeding, transport, abandonment and health care of experimental animals. Thus, for example, if experimental animal holdings are unsuitable or if there is inadequate ventilation or protection from heat or cold, this could amount to a contravention of section 2(1)(b) which provides that any person "who confines, chains, tethers or secures any animal . . . under such conditions or in such a manner or position as to cause that animal unnecessary suffering or in any place which affords inadequate space, ventilation, light, protection or shelter from heat, cold or weather" commits an offence. Again, if an experimental animal is left unattended, this could well amount to a contravention of section 2(1)(p) which provides that an owner²⁷ who abandons an animal, whether permanently or not, in circumstances likely to cause that animal unnecessary suffering, commits an offence. And if inadequate health care is provided for an experimental animal, this could give rise to a prosecution under section 2(1)(e) of the act.

The question whether the provisions of the act have application to the actual experimental process is, however, more problematical. There has been no reported case on the matter. While the act was clearly not designed to deal with animal experimentation, its provisions, looked at in isolation, do appear to be wide enough to cover this area. However, most of the

²³ See *R v Maoto supra* 492-493 and *S v Edmunds supra*. The accused must have acted without reasonable justification.

²⁴ Dichter "Legal Definitions of Cruelty and Animal Rights" (1978) 7 *Boston College Envir Affrs Law Rev* 147 159, commenting on the analogous position in the United States.

²⁵ See *Ex parte the Minister of Justice: In re R v Masow* 1940 AD 75 93; *R v Tosela* 1942 EDL 175 176-177; *R v Sibeko* 1951 2 SA 41 (E) 43-45.

²⁶ Wilfulness is the highest degree of *mens rea*: see Lansdown JP in *R v Tosela supra* 176.

²⁷ "Owner" includes any person having the possession, charge, custody or control of an animal: s 1.

provisions contained in section 2(1) which might be applicable to vivisection are qualified by such words as "unnecessarily" and "without reasonable cause." Also, as mentioned earlier, only the wilful infliction of pain without adequate or reasonable cause amounts to cruelty in terms of section 2(1)(a), and in deciding what is reasonable, regard must be had to prevailing attitudes within the community.

The primary question, therefore, is whether a particular experiment can be regarded as reasonably necessary in the circumstances. Given the general conservatism of our courts as well as the firm, albeit mistaken,²⁸ conviction of most members of the community that all "medical" experiments serve vital, life-saving purposes, my submission is that most experiments in the field of medicine would be regarded by our courts as being reasonably necessary or done on reasonable cause, and would thus fall outside the ambit of the act. Much would depend, however, on the circumstances surrounding a particular experiment.

As far as experiments performed in fields other than medicine are concerned, again much would depend on the nature of, and the circumstances surrounding the particular experiment. If the experiment could not be regarded as part of standard scientific practice, or if it was unduly repetitive or wasteful, or if there were non-sentient alternative methods readily available, it might very well be hit by the act. The principal question is whether the experiment can be regarded as reasonably necessary in the circumstances.²⁹

4 OTHER LEGISLATION RELATING TO VIVISECTION

Section 17 of the South African Medical Research Council Act 19 of 1969 provides that the South African Medical Research Council shall exercise proper control over the use of human and animal material in experimentation in connection with any matter over which the council has charge. The act also empowers the state president to make regulations as to the control over the use of human and animal material in experimentation referred to in section 17.

In terms of regulations³⁰ made under section 35 of the Medicines and Related Substances Control Act 101 of 1965, an applicant for the registration

²⁸ Singer *Animal Liberation* (1976) 54 points out that when experiments can be brought under the heading "medical," we are inclined to think that any suffering they involve must be justifiable because the research is contributing to the alleviation of suffering. But, Singer explains, the general label "medical research" is often used to cover research which is not directed towards the reduction of suffering, but is motivated by a general goalless curiosity that should not be tolerated if it causes suffering. Indeed, the "medical" experiments that Singer cites (54-65), provide a shocking revelation that not all medical researchers are engaged in worthy pursuits!

²⁹ In practice, however, the likelihood of a prosecution for cruelty in scientific research is rendered rather remote by the fact of exclusion of experiments from the public view.

³⁰ See GN R352 of 21 February 1975 (GG 4594) as amended.

of a medicine has to submit to the registrar of medicines summaries of, and conclusions derived from tests performed on animals to demonstrate all aspects of the toxicity of the medicine, and to substantiate the safety of its use with special reference to: (i) LD50 determinations;³¹ (ii) teratogenicity studies;³²

³¹ The LD50 test is described by Rowan "The LD50 Test: A Critique and Suggestion for Alternatives" *Pharmaceutical Technology* vol 5(4) April 1981 65 as one of the major current measures of acute toxicity. "The test determines the single dose of a particular substance resulting in the death of half the population of target animals (hence Lethal Dose, 50 per cent)" (*loc cit*). "The test is a routine procedure in the toxicity evaluation of drugs, food additives, agricultural chemicals and other consumer products . . .": Committee for the Reform of Animal Experimentation (CRAE) *The LD50 Test - Evidence for Submission to the Home Office Advisory Committee* (1977, London, RSPCA) 5.

Accordingly to Ryder *op cit* (n 8 above) 40, the standard test involves forcing massive doses of the test substance down the throats of animals in order to discover at what dosage level half of the animals die within 14 days.

The LD50 test has come under constant fire both on account of its degrading cruelty and because of its scientific questionability. At the moment coalitions against its use are being put together in England and America.

According to Ryder *op cit* 47-48 "[i]f quantities great enough to kill are involved then clearly the process of dying itself must often be prolonged and agonizing, all the animals being made very ill indeed, half of them just managing to survive, the other half eventually succumbing." The British Home Office recently requested its Advisory Committee on Animal Experimentation to review the use and relevance of the LD50 test. In par 13 of its report (Advisory Committee on the Administration of the Cruelty to Animals Act, 1876 *Report on the LD50 Test* (1979, London, Home Office) the Committee concluded that LD50 tests "must cause appreciable pain to a proportion of the animals subjected to them."

According to CRAE *op cit* 9, the scientific value of the LD50 test is severely challenged by a great number of scientists. Much evidence, they say, is available that the "form" or gloss, rather than the validity or value of the test, is a major practical factor. Indeed, a World Health Organization (WHO) toxicology consultant had described the test as "a ritual mass execution of animals": Zbinden *Progress in Toxicology* (1973) vol I 23. On another occasion Zbinden stated that "most experts consider the modern toxicological routine procedure a wasteful endeavour in which scientific inventiveness and common sense have been replaced by a thoughtless completion of standard protocols": Zbinden "A Look at the World from Inside the Toxicologist's Cage" (1976) 9 *Eur J Clin Pharmacol* 333, quoted by Rowan *op cit* 65. Baker says that acute toxicity tests "are of little use and are expensive in animals. The main information they give is an indication of the size of dose required to commit suicide": "Study of the Toxicity of Potential Drugs in Laboratory Animals" in Universities Federation for the Welfare of Animals *The Use of Animals in Toxicological Studies* (1969) 23.

Rowan (*op cit* 89) states that animal welfare supporters are "justified when they condemn the LD50 test as causing needless pain and suffering to laboratory animals" (*my italics*). He argues '66 that "the usefulness of the LD50 test is limited to the standardization of a relatively small number of therapeutic biologicals (such as vaccines) and that alternative approaches to establishing a satisfactory measure of acute toxicity for chemicals are feasible, practical and desirable."

³² These tests are designed to determine whether a drug given during pregnancy, causes malformations in the offspring. According to an American toxicologist: "The most uncertain aspects of safety evaluation is the relevance of animal data to human beings. Many examples can be cited regarding differences in species susceptibility. For example, only certain strains of rabbits, mice and rats have been shown to give teratogenic responses [malformations of the foetus] to thalidomide; in each case the doses required were considerably above those that resulted in teratogenesis in humans. On the other hand, substances with a considerable history of human use, such as . . . salicylates [e.g. aspirin], certain antibiotics, and insulin are all well-known to cause malformations in

(iii) carcinogenicity studies;³³ and (iv) other tests to substantiate the safety of the medicine.³⁴ In addition, summaries of methods of, experimental results of, and conclusions drawn from tests performed on animals with

laboratory animals but have not been shown to be teratogenic in man." (Friedman (1969) 16 *Toxicology and Applied Pharmacology* 498, quoted by Ryder *op cit* 151.)

Ryder (*op cit* 43) gives other examples of misleading teratogenic findings in laboratory animals. He concludes (*loc cit*) that "in the whole science of deformities laboratory animals have proved totally unreliable indicators."

Several non-animal techniques exist for determining teratogenic potential: See Fund for the Replacement of Animals in Medical Experiments (FRAME), Technical Series Booklet - *Alternatives to Laboratory Animals* 1979/80 20-21.

³³ According to FRAME, Technical Series Booklet - *Alternatives to Laboratory Animals in Biomedical Programmes* (1978) 116-17, the standard animal assay for carcinogenicity suffers from 2 major failings: first, there is the problem of interspecific variation which means that a substance which causes cancer in one species of animal will not necessarily do so in another; secondly, the laboratory animal system is not a sensitive test. FRAME (at 117) therefore describes the use of animal systems to discriminate between carcinogens and non-carcinogens as "by no means perfect."

Speaking at the *National Symposium on Animal Experimentation*, Rand Afrikaans University, 10 April 1981, Sharpe explained in a paper entitled "Scientific Justification for the Use of Animals in Research" that traditional animal tests for carcinogenicity occupy 2-3 years and cost around \$150 000 per chemical. (For comparative US figures see FRAME, Technical Series Booklet - *Alternatives to Laboratory Animals in Biomedical Programmes* (1978) 114.) Sharpe explained further that several less costly and less time-consuming alternative non-animal systems do exist: "Perhaps the best known is the Ames' bacterial mutation test which is based on the hypothesis that the first stage in the onset of cancer is damage to DNA. This method . . . has been validated with over 300 chemicals reported in the literature as carcinogens or non-carcinogens and a 90 per cent success rate obtained. The test is now used in over 2 000 laboratories but it is clear that a battery of non-animal systems is still required in case some carcinogens are not detected by a particular method. Other tests include the Styles' cell transformation assay, chromosome damage tests and methods which look at DNA repair processes."

³⁴ Sharpe *Bulletin 14 - Lord Dowding Fund for Humane Research* (1980, National Anti-Vivisection Society, London) 14 opines that by using animals to assess the safety or efficacy of new medicines, toxicologists are "pursuing an illusion . . . using animals largely to fulfil political and legal obligations."

The futility of using animals to determine the safety and efficacy of drugs is well-demonstrated by the fact that penicillin might never have been used in man if it had been judged by its toxicity in guinea pigs: see Sir Howard Florey "The Advance of Chemotherapy by Animal Experiments" *Caquest* January 1953 12. This example shows that the danger of testing drugs on animals is not only that a substance which is harmless or even beneficial to animals may prove dangerous to man, but also that a potentially beneficial drug may be rejected because of its harmful effects on animals.

Dreyer "The Role of Laboratory Animals in Pharmacological Research in South Africa" in Austin (ed) *Laboratory Animal Science in South Africa: Past, Present and Future* (1978) 33 39 states: "The thalidomide disaster once again demonstrated that no laboratory animal would respond to drugs exactly like man. It has, for instance, been shown that morphine produces marked excitement in the horse, goat and cat while it produces sedation in man. Another potent dependence producing analgesia, pethidine, is metabolized in dogs so rapidly that dosages related to its analgesic effect in man do not show any signs of drug dependence. Hexobarbital has a half-life of only a few minutes in mice but several hours in man . . . These examples are but a few of a long list of unpredictable differences existing in the effects of drugs between animals and man."

Another problem [we] pharmacologists are confronted with is the fact that many pathological conditions in man have no satisfactory equivalent in common laboratory animals. No suitable 'models' are thus available to mimic commonly encountered disorders such as congestive heart failure, rheumatic diseases, myocardial infarction, neurological and psychiatric disorders etc (my italics)."

reference to the efficacy of the medicine have to be furnished.³⁵

Finally, regulations³⁶ made in terms of section 23 of the Fertilizers, Farm Feeds, Agricultural Remedies and Stock Remedies Act 36 of 1947 require applicants for the registration of agricultural remedies (which include insecticides, herbicides, fungicides, growth regulators, defoliants and fumigants) to have tests including, *inter alia*, LD50,³⁷ carcinogenicity and teratogenicity tests performed on rabbits and rats. Apart from the scientific questionability of these tests,³⁸ their morality is open to severe doubt. These tests are not necessary to prevent human suffering: we already have enough agricultural remedies. The main motive for introducing new ones is commercial profit. As Ryder points out,³⁹ this does not justify cruelty to animals.

It is submitted that the above-mentioned regulations, besides causing severe suffering in laboratory animals, have also the undesirable effect of discouraging attempts to utilise and develop non-sentient alternative methods of testing. It is probable that many scientists, even those generally in favour of vivisection, would prefer to use alternative techniques⁴⁰ which, it appears, are at least as reliable as, and less costly and less time-consuming than conventional techniques using animals. Legislation of the above type, however, effectively prevents them from doing so.

It is also submitted that it is time for the government to launch a full-scale enquiry into substance-testing methods using animals, the LD50 test in particular, as well as into the field of alternatives. As Brigid Brophy⁴¹ points out, animal experiments cannot be regarded as necessary unless the same quantities of money and thought that are spent on animal experimentation, are spent on seeking and developing alternatives.

5 LEGAL RIGHTS FOR ANIMALS?

Animals do not have rights in our legal system. At common law animals are classified as things.⁴² And if they had rights under the Animals Protection Act, they would be strange rights indeed; for if one examines the criteria that must be satisfied before an entity can be said to be recognised as a holder of legal rights, one discovers that not one of them is satisfied. Professor Christopher Stone⁴³ explains that three requirements have to be

³⁵ See n 34 above.

³⁶ See GN R2561 of 27 November 1981 (GG 7934).

³⁷ Oral, dermal and inhalation LD50 values are used to establish a toxicity classification of agricultural remedies.

³⁸ See e.g. Ryder *op cit* 63-64 150-155 and Rowan *op cit* 83-84.

³⁹ *op cit* 65.

⁴⁰ See on the subject of alternatives Hegarty "Alternatives" in Stanley and Roslind Godlovitch and John Harris (eds) *Animals, Men and Morals* (1971) 83-93; Ryder *op cit* 156-163; Pratt *Alternatives to Pain in Experiments on Animals* (1980); Rowan and Stratmann (eds) *The Use of Alternatives in Drug Research* (1980).

⁴¹ "In Pursuit of a Fantasy" in *Animals Men and Morals op cit* (note 40 above) 125 138.

⁴² "[A]nimals, on account of their interests having been neglected by the insensibility of the ancient jurists, stand degraded into the class of things": Jeremy Bentham *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* ch 17, section 1.

⁴³ Stone "Should Trees Have Standing? - Towards Legal Rights for Natural Objects" (1972) 45 *S Cal Law Rev* 450 at 458.

satisfied before an entity can be said to have legal rights: "They are, first, that the thing can institute legal actions at *its behest*; second, that in determining the granting of legal relief, the court must take *injury to it* into account; and, third, that relief must run to the *benefit of it*."

It is clear that animals do not satisfy the first criterion: they do not have standing to sue under the act. As to the second criterion, it has already been explained that the law is not based on injury to the animal. The focus of the legislation is human sensitivity and human morality. Nor, of course, is the third criterion satisfied: there is no remedy or relief which runs to the animal's benefit. The punishment⁴⁴ which a convicted accused receives does the animal little good.

The question that arises is whether it is possible and desirable for our law to confer legal personality upon animals. It will be argued that the answer is in the affirmative and that "[t]he high barrier we have put up between the human species and all the rest of the animal species, . . . speciesism, . . . [is] essentially a class barrier, unjustifiable by reason and kept in place by the superstition and self-interest of those who . . . [are] on the privileged side of it."⁴⁵

The idea that animals should possess legal rights is amusing to most people. This is understandable. As Professor Stone⁴⁶ observes, "[t]hroughout legal history, each successive extension of rights to some new entity has been, theretofore, a bit unthinkable. We are inclined to suppose the rightlessness of rightless 'things' to be a decree of Nature, not a legal convention acting in support of some status quo." He continues:

"The fact is, that each time there is a movement to confer rights onto some new 'entity', the proposal is bound to sound odd or frightening or laughable. This is partly because until the rightless thing receives its rights, we cannot see it as anything but a *thing* for the use of 'us' - those who are holding rights at the time."

Indeed, Stone reminds us, not all human beings were always legal persons.

There is, of course, ample authority for the proposition that it would be entirely possible for the law to confer legal personality on animals. As Boberg⁴⁷ explains, "[t]he law is at liberty to confer legal personality upon any entity that it seems fit, thereby enabling it to acquire rights and duties on its own account."⁴⁸ And according to Keeton⁴⁹ "[a] legal system can personify whatever being or objects it pleases." Salmond⁵⁰ declares that "it would of course be possible for a legal system to regard an animal as a person and endow it with rights and duties." It is submitted, therefore, that

⁴⁴ See s 2(1)(a).

⁴⁵ Brophy "The Darwinist's Dilemma" in *Animals' Rights - a Symposium op cit* (n 19 above) 63.

⁴⁶ *op cit* 453.

⁴⁷ Boberg *The Law of Persons and the Family* (1977) 3-4.

⁴⁸ Indeed, according to Paton *A Textbook of Jurisprudence* 4 ed by Paton and Derham (1972) 383, it would be possible for the law to award legal personality to trees, sticks or stones.

⁴⁹ Keeton *Elementary Principles of Jurisprudence* 2 ed (1949) 150.

⁵⁰ Sir John Salmond's *Jurisprudence* 12 ed by Fitzgerald (1966) 299 n (cc). See also Gray *The Nature and Sources of the Law* 2 ed (1921) 42-43; Paton *op cit* 392-393.

there is nothing theoretically absurd in the notion of animals having legal personality.⁵¹

Accepting this, are there any compelling reasons why animals should not be accorded legal rights? According to one argument, animals cannot have rights because they are unable to claim them:⁵² "They cannot make motion, on their own, to courts to have their claims recognised or enforced; they cannot initiate, on their own, any kind of legal proceedings; nor are they capable of even understanding when their rights are being violated, or distinguishing harm from wrongful injury."⁵³

As Lamont⁵⁴ explains, however, the ability to understand what a right is and the ability to set legal machinery in motion by one's own initiative cannot be necessary for the possession of legal rights. For if it were necessary, many humans who cannot make claims, for example mental defectives and infants, would have no legal rights.⁵⁵ Yet, as Feinberg⁵⁶ points out, it is manifest that both of these classes of intellectual incompetents have legal rights. Children and mentally defective adults start legal proceedings, not on their own direct initiative, but through the actions of proxies who are empowered to speak in their names. If there is no conceptual absurdity in this situation, Feinberg asks, why should there be in the case where a proxy makes a claim on behalf of an animal?⁵⁷

It appears, therefore, that the inability of animals to make claims cannot be an adequate reason for denying them rights.

Another suggestion is that animals cannot have rights because they are not moral agents;⁵⁸ they are incapable of guiding their behaviour by moral principles. Once again, however, we are faced with the problem that many humans, whom we accept as legal persons, cannot be said to be

⁵¹ It seems that animals were regarded as legal persons in some early legal systems: See Clark *The Moral Status of Animals* (1977) 20; Dias *Jurisprudence* 4 ed (1976) 338 n 2; Holmes "Early Forms of Liability" in *The Common Law* (1881); Hahlo and Kahn *The South African Legal System and its Background* (1968) 103-104 473; Paton *op cit* 393 n 4; Salmond *op cit* 299; Gray *op cit* 44-45. There are American decisions to the effect that animals have some rights: See e.g. *State v Karstendiek* 49 La 1621, 1624, 22 So 845, 847 (1897) and *Stephens v State* 65 Miss 329, 330-332, 3 So 458-459 (1887).

⁵² See Ross *The Right and the Good* (1946) 51 who says: "On the whole, since we mean by a right something that can be justly claimed, we should probably say that animals have not rights, not because the claim to humane treatment would not be just if it were made, but because they cannot make it."

⁵³ Feinberg "Can Animals Have Rights?" in Regan and Singer (eds) *Animal Rights and Human Obligations* (1976) 190 192.

⁵⁴ *Principles of Moral Judgment* (1946) 83-85.

⁵⁵ Nor, indeed, as Stone *op cit* 464 points out, can corporations, states and universities make claims. Lawyers speak for them, as they customarily do for the ordinary citizen with legal problems.

⁵⁶ *op cit* 193.

⁵⁷ See also Regan "Exploring the Idea of Animal Rights" *op cit* (n 19 above) at 78. Dias *op cit* 37 n 1 explains that "rights" inhere in people who have no attitude of demand, e.g. babies. For suggestions as to how a guardianship model for animals could be implemented, see Tischler "Rights for Non-human Animals: A Guardianship Model For Dogs and Cats" (1977) 14 *San Diego Law Rev* 484 esp 501-506.

⁵⁸ See e.g. Ross *op cit* 50.

moral agents either. (In any event, there seems no reason why moral agency should be relevant in deciding whether a being should have legal rights. While it may be true that only moral agents can have *duties*, that we can only have rights *against* those who are capable of acknowledging them, it is difficult to see why moral agency should be a necessary condition for the possession of rights.)

The same deficiency is to be found in other theories which attempt to exclude animals from the class of right holders, for example that a right holder must be rational, or be able to speak, or be able to accept restrictions on its own conduct, or be able to participate in the interests of the community, and so on. Apart from the fact that many of these exclusionary theories may rely on incorrect assumptions, and that some animals, at least, may indeed be able to meet these criteria,⁵⁹ these theories are implausible because many human beings do not comply with them either.⁶⁰ The higher we set the conditions for inclusion in the class of beings who can possess rights, the easier it becomes to exclude many human beings as well.⁶¹

What then should determine the question whether a being ought to be given legal rights? According to FJ van Zyl⁶² the law can grant legal personality to an entity only if (a) that entity has needs, and (b) those needs are worthy of private law protection.

That an entity must have needs or, as I prefer to call them, interests, in order to have rights expresses, I submit, an important insight. As Feinberg⁶³ explains, a being must have interests in order to be capable of having rights (a) because a rightholder must be capable of being represented and it is impossible to represent a being that has no interests, and (b) because a

⁵⁹ For instance, Clark *op cit* (n 16 above) 172 suggests that some animals, e.g. chimpanzees, may be moral agents. Charles Darwin "Comparison of the Mental Powers of Man and the Lower Animals" in *The Descent of Man* (1871) chs 3 and 4 (reproduced in Regan and Singer *op cit* (n 53 above) 72 75-76) believes that some animals, at least, are rational. So does Voltaire "Animals" in *Philosophical Dictionary* (reproduced in Regan and Singer *op cit* 67) and Hume *A Treatise of Human Nature* p III s xiv: "... no truth appears to me more evident, than that beasts are endow'd with thought and reason as well as men."

In regard to the suggestion made by Van Rensburg "Regsubjektiwiteit en die Regsubjek se Kompetensies" 1974 *THRHR* 94-95 that legal persons must participate in the interests of the community as a whole, one needs only to read Charles Darwin *op cit* to realise that a man-animal community of interests and values is entirely possible. Darwin states that the difference in mind between man and other animals is one of degree and not of kind. Both humans and non-humans, he says, share the capacities for pleasure and pain, maternal affection, love, jealousy, wonder, rationality, sociability, sympathy, self-consciousness, etc. See also Clark *The Moral Status of Animals* (1977) 25-26 who explains that "... we are always comparing our ignorant conception of animal being with an overdrawn picture of a very cultivated man ... We ... [and other animals] share quite enough of a common perception of the world, common curiosities, common disinclinations ... , common affections ... for a sense of community to be entirely possible."

⁶⁰ There is, of course, one characteristic that all humans and no animals possess, viz membership of the human species. But membership of a particular species, by itself, can be no more relevant and no less arbitrary in determining who should possess rights than membership of, say, a particular race or sex.

⁶¹ See Regan "Exploring the Idea of Animal Rights" *op cit* 79.

⁶² Van der Vyver en Van Zyl *Inleiding tot die Regswetenskap* (1972) 172.

⁶³ "The Rights of Animals and Unborn Generations" *op cit* (n 15 above) 51.

rightholder must be capable of being a beneficiary in his own person, and a being without interests is incapable of being harmed or benefited, having no good or "sake" of its own. "Thus a being without interests has no 'behalf' to act in, and no 'sake' to act for."⁶⁴

What has to be answered, therefore, is (a) whether animals have interests and (b) whether those interests are of sufficient importance to justify private law protection.

That animals have interests cannot, I submit, be disputed. According to Regan,⁶⁵ a necessary condition for speaking of a being as having an interest is that it must be the sort of being that can have a good. Animals, he submits, can meet this condition. Salmond,⁶⁶ it should be noted, recognises that animals possess interests.

While it may be difficult to catalogue with precision all the various interests that animals might possess,⁶⁷ what can be said with certainty is that they have one supreme interest, namely the interest as sentient creatures, in the avoidance of suffering.⁶⁸ This capacity for suffering has a special significance. It is, according to Singer,⁶⁹ not just another characteristic like the capacity for language or higher mathematics; it is "a prerequisite for having interests at all, a condition that must be satisfied before we can speak of interests in a meaningful way." Singer continues:⁷⁰

"It would be nonsense to say that it was not in the interests of a stone to be kicked along the road by a schoolboy. A stone does not have interests because it cannot suffer. Nothing that we can do to it could possibly make any difference to its welfare. A mouse, on the other hand, does have an interest in not being kicked along the road, because it will suffer if it is."

A possible, though somewhat implausible objection that may be raised at this point is that animals have no interests because they are incapable of suffering.⁷¹ As Singer⁷² explains, however, there are no good reasons, scientific or philosophical, for denying that animals feel pain.⁷³ Indeed, one

⁶⁴ *loc cit.*

⁶⁵ Regan "McClosky on Why Animals Cannot Have Rights" (1976) 26 *Philosophical Quarterly* 251 254.

⁶⁶ *op cit* 299. See also Hanula and Hill 'Using Metaright Theory to Ascribe Kantian Rights to Animals Within Nozick's Minimal State' (1977) 19 *Arizona Law Rev* 242 262-265.

⁶⁷ Sagoff *On Preserving the Natural Environment* (1974-1975) 84 *Yale Law Journal* 205 222 submits that there is every reason to suppose that the interests of animals differ very little from our own.

⁶⁸ See Singer *Animal Liberation* 9. Singer uses the term "sentience" as a convenient shorthand for the capacity to suffer and/or experience enjoyment.

⁶⁹ *op cit* 8-9.

⁷⁰ *op cit* 9.

⁷¹ The view that animals are automata, incapable of feeling pain, was proposed by the seventeenth-century French philosopher, René Descartes.

⁷² *op cit* 11-16.

⁷³ Singer explains *op cit* 14 that in Britain, 3 separate government committees on matters relating to animals have accepted that animals feel pain in the same way as humans do. See the reports of the Committee on Cruelty to Wild Animals (1951) Cmnd 8266 pars 36-42, the Departmental Committee on Experiments on Animals (1965) Cmnd 2641 pars 179-182, and the Technical Committee to Enquire into the Welfare of Animals Kept under Intensive Livestock Husbandry Systems (1965) Cmnd 2836 pars 26-28.

justification for research that involves animal responses to pain is that such responses have application to human pain.⁷⁴

Accepting, as I think one must, that animals do have interests, the next question is whether those interests deserve private law protection. Now, as a matter of logic, if a human being's interest in the avoidance of pain is considered worthy of private law protection, and an animal's interest in the avoidance of pain corresponds to a human's,⁷⁵ then an animal's interest in the avoidance of pain deserves private law protection.⁷⁶ And, it is submitted, our law's refusal to recognise this is the result of a prejudice, no less arbitrary and no less objectionable than any other form of prejudice.

The conferment of legal rights upon animals does not, of course, mean that they should have precisely the same rights as humans have,⁷⁷ nor does it mean that those rights can never be overridden. It would, however, entail, amongst other things, a drastic change in our use of them in scientific research. It is unlikely, however, that our law will award legal personality to animals in the foreseeable future, not only because the practical problems

⁷⁴ See Dichter *op cit* (n 24 above) 163. The vivisector's central dilemma lies in the fact that he has to accept the fundamental similarity between man and other animals in order to justify his experiments scientifically, while having to deny this similarity in order to justify his experiments from a moral standpoint. Now he cannot have it both ways. As Singer *op cit* 49 explains, "either the animal is not like us, in which case there is no reason for performing the experiment; or else the animal is like us, in which case we ought not to perform an experiment on the animal which would be considered outrageous if performed on one of us."

⁷⁵ Singer *Practical Ethics* (1979) 53 concedes that normal adult human beings have mental capacities - anticipation, more detailed memory, greater knowledge of what is happening, etc - which may lead them to suffer more than animals would in the same circumstances. He points out, however, that these differences do not all point to greater suffering on the part of the human. Sometimes animals may suffer *more* because of their limited understanding.

⁷⁶ As Singer *Animal Liberation* 9 points out, if a being suffers there can be no justification for refusing to take that suffering into consideration. The fact that the being belongs to a species other than our own can hardly make its suffering less important than our own. Bentham recognised that animals deserved rights on account of their capacity for suffering. He wrote (*An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* chap 17, section 1): "The day may come, when the rest of the animal creation may acquire those rights which never could have been withholden from them but by the hand of tyranny. The French have already discovered that the blackness of the skin is no reason why a human being should be abandoned without redress to the caprice of a tormentor. It may come one day to be recognized, that the number of the legs, the villosity of the skin, or the termination of the *os sacrum*, are reasons equally insufficient for abandoning a sensitive being to the same fate. What else is it that should trace the insuperable line? Is it the faculty of reason, or, perhaps the faculty of discourse? But a full-grown horse or dog is beyond comparison a more rational, as well as a more conversible animal, than an infant of a day or a week or even a month, old. But suppose the case were otherwise, what would it avail? The question is not, Can they *reason*? nor, Can they *talk*? but, Can they *suffer*?"

⁷⁷ "Rights should reflect the interests of the holder. Differences between humans and non-humans would generate different rights for each": Tischler *op cit* (n 57 above) 499. "But the basic element - the taking into account of the interest of the being, whatever those interests may be - must, according to the principle of equality, be extended to all beings, black or white, masculine or feminine, human or non-human": Singer *Animal Liberation* 6.

inherent in according rights to animals would probably be too overwhelming for our legal system to resolve at present, but also because we will probably not fully appreciate the insufficiency of our legal conceptions concerning animals as long as our non-legal views about them remain unaltered.⁷⁸ It therefore becomes necessary to consider the desirability of specific legislation regulating animal experimentation in South Africa.

6 LEGISLATION REGULATING VIVISECTION

Many anti-vivisectionists are opposed to legislation of this nature. They are afraid that it will render researchers who comply with its provisions immune from prosecution under the Animals Protection Act and so remove the protection, minimal as it is, that experimental animals presently enjoy under that act, in the same way as British experimenters who comply with the provisions of the Cruelty to Animals Act of 1876⁷⁹ are exempt from prosecution under the Protection of Animals Acts 1911 to 1964.⁸⁰ They believe that such legislation will simply amount to legalised cruelty, lulling the public into a spurious state of optimism, protecting scientists, and leaving the animals themselves with little or no protection.

The position in the United States certainly supports this pessimism. The only relevant federal law in the United States is the Animal Welfare Act of 1970 as amended.⁸¹ This act provides for the registration of research facilities and sets standards for the treatment, care, transportation and handling of animals sold as pets, exhibited or intended for use in research.⁸² The act, however, expressly excludes the application of humane standards to the actual experimental process. It provides⁸³ that

"[n]othing in this chapter shall be construed as authorising the Secretary [of Agriculture] to promulgate rules, regulations, or orders with regard to design, outlines, guidelines, or performance of actual research or experimentation by a research facility."

⁷⁸ Whether changes in non-legal thought must precede legal change or whether, as some writers have suggested, the position is the other way around, is difficult to say. Dichter *op cit* (n 24 above) 164 opines that legal recognition of certain rights must precede social change, that legal changes influence behaviour and affect attitudes underlying behaviour. See also Tischler *op cit* (n 57 above) 502. Lloyd *The Idea of Law* (1964) 63 explains that it is often only with the change in the law itself that popular opinion is gradually re-moulded to a more enlightened viewpoint. He submits that legal change cannot be held up until popular sentiment can be fully mobilised in favour of the change.

As Stone *op cit* 456 points out, there seems to be "... something of a seamless web involved: there will be resistance to giving... [a] thing 'rights' until it can be seen and valued for itself; yet it is hard to see it and value it for itself until we can bring ourselves to give it 'rights' - which is almost inevitably going to sound inconceivable to a large group of people."

⁷⁹ 39 and 40 Vict, ch 77.

⁸⁰ Protection of Animals Act 1911, s 1(3).

⁸¹ Animal Welfare Act, 7 USC (1970) as amended by the Animal Welfare Act Amendments of 1976.

⁸² § 2143 directs the secretary of agriculture to promulgate standards to govern the humane handling, care, treatment and transportation of animals, including minimum requirements with respect to handling, housing, feeding, watering, sanitation, ventilation and shelter.

⁸³ § 2143.

As one critic⁸⁴ puts it, "the Animal Welfare Act leaves animals at the laboratory door."⁸⁵

The act also provides⁸⁶ for the appropriate use of anaesthetic, analgesic or tranquillising drugs, when such use would be proper in the opinion of the attending veterinarian of the research facility. If, however, the researcher determines that the use of anaesthetic drugs is precluded by the objectives of the experiment, he may proceed without them.⁸⁷ As Singer⁸⁸ points out, no attempt is made to assess whether these objectives are sufficiently important to justify the infliction of pain. Singer continues:⁸⁹

"You can't, of course, electric shock a dog into a state of helplessness if you anaesthetize him at the same time; nor can you produce depression in a monkey while keeping him happy with drugs. So you can truthfully state that the objectives of the experiment cannot be achieved if pain-relieving drugs are used, and then go on with the experiment as you would have done before the Act came into existence."⁹⁰

The position in Britain is governed by the Cruelty to Animals Act of 1876. Although this act is far more complex than the one in the United States, it is not, in practice, much more effective.⁹¹ Ryder writes:⁹²

"It is often argued that the British law is so much better than its equivalent in other countries that it needs no improvement. This is a patently false argument. It is rather like arguing that the concentration camp at Belsen was more humane than the one at Dachau. Although the situation in the UK is indeed as good as that in any other technologically advanced country, the plight of animals used by British scientists is still appalling."

Passed at a time when fewer than 800 animal experiments were performed annually,⁹³ the 1876 act has never been amended, even though the annual number of experiments has reached 5 million.⁹⁴ It provides⁹⁵ that no experiment calculated to give pain shall be performed on any vertebrate living animal, except subject to the restrictions imposed by the act. The restrictions are as follows:

a The experiment must be performed with a view to the advancement by new discovery of physiological knowledge or of knowledge which will be useful for saving or prolonging life or alleviating suffering;⁹⁶

⁸⁴ Burr "Towards Legal Rights for Animals" (1975) 4 *Environmental Affairs* 205 223.

⁸⁵ "The problems with such a policy", Burr *op cit* 223-224 writes, "is that it prevents a moral evaluation of experimental techniques by any parties but the scientists themselves."

⁸⁶ § 2143.

⁸⁷ See Dichter *op cit* (note 24 above) 153.

⁸⁸ *Animal Liberation* 74.

⁸⁹ *loc cit*.

⁹⁰ As Dichter *loc cit* observes, "[t]he assumption is that virtually any experiment is reasonable in relation to animal suffering. The researcher apparently has unlimited discretion in determining the value of the experiment, the necessity of inflicting pain on animals, and the advisability of using anaesthetizing drugs."

⁹¹ See Singer *op cit* 76.

⁹² Ryder "Experiments on Animals" in *Animals, Men and Morals op cit* (n 40 above) 41 74.

⁹³ Singer *loc cit*; Ryder *op cit* 60.

⁹⁴ According to official Home Office statistics 5 607 435 experiments were carried out in Britain in 1971. This is the largest number so far performed in Britain in one year.

⁹⁵ s 2 read with s 22.

⁹⁶ s 3(1).

b the animal must during the whole of the experiment be under the influence of some anaesthetic of sufficient power to prevent its feeling pain;⁹⁷

c the animal must be killed before recovery from the anaesthetic if its pain is likely to continue after the effect of the anaesthetic has ceased, or if the animal has been seriously injured;⁹⁸

d the experiment must not be performed as an illustration of lectures in medical schools, hospitals, colleges or elsewhere;⁹⁹

e the experiment may not be performed on a horse, ass or mule or, without anaesthetics, on a dog or cat;¹⁰⁰

f the experiment must be performed by a person holding a licence from the secretary of state;¹⁰¹

g the experiment must not be performed for the purpose of attaining manual skill;¹⁰² and

h public exhibitions of experiments may not take place.¹⁰³

On the face of it this act appears very enlightened. In actual fact, however, it suffers from severe limitations.

In the first place, the first six of the above-mentioned restrictions can be dispensed with by means of appropriate certificates.¹⁰⁴ An experiment not performed directly for the advancement of knowledge referred to in restriction (a), but for the purpose of testing a particular former discovery alleged to have been made for the advancement of such knowledge, may be performed if a Certificate D has been given, stating that such testing is absolutely necessary for the effectual advancement of such knowledge.¹⁰⁵ Ryder¹⁰⁶ reports that the Home Office regards Certificate D as redundant, and that none has been submitted for many years. More important, Certificate A gives exemption from restriction (b) and allows experiments calculated to give pain to be performed without anaesthesia if it is certified that insensibility cannot be produced without necessarily frustrating the object of the experiment.¹⁰⁷ Ryder¹⁰⁸ states that this restriction is nearly always dispensed with, so that since 1910 approximately 90 per cent of all

⁹⁷ s 3(3).

⁹⁸ s 3(4).

⁹⁹ s 3(5).

¹⁰⁰ s 5. As Lane-Petter "The Cruelty to Animals Act, 1876" (1961-1962) 2 *Medicine, Science and the Law* 87-89 points out, there exists no good reason for selecting these animals for special treatment. S 5, he says, implies that other animals deserve less consideration, a point of view which no biologist could conscientiously support. It might seem that the prohibition in s 5 against performing experiments on dogs or cats without anaesthetics is redundant since s 3(3) prohibits experiments on *any* animal without anaesthetics. However, see below.

¹⁰¹ s 3(2).

¹⁰² s 5(6).

¹⁰³ s 6.

¹⁰⁴ A certificate has to be signed by the persons referred to in s 11 - see note 15 below.

¹⁰⁵ s 3 proviso (4).

¹⁰⁶ *Victims of Science* 117. See also Lane-Petter *op cit* 90.

¹⁰⁷ s 3 proviso (2).

¹⁰⁸ *loc cit*.

experiments have been performed without anaesthetic. Certificate B dispenses with restriction (c) and allows the animal to recover from the anaesthetic if killing it before such recovery would frustrate the object of the experiment.¹⁰⁹ Certificate C allows an experiment to be performed as an illustration of lectures.¹¹⁰ Certificate E allows experiments on unanaesthetised dogs and cats and Certificate EE allows dogs and cats to recover from the anaesthetic.¹¹¹ Certificate F allows experiments upon horses, asses or mules.¹¹² According to Ryder¹¹³ only about 3 per cent of all experiments are performed under licence alone. The remainder are performed under certificate as well as licence.

The second drawback of the British law relates to the ease with which a researcher can obtain a licence.¹¹⁴ Ryder notes¹¹⁵ that there is no record of the Home Office refusing a licence on the grounds that the proposed experiment is pointless, badly designed, repetitive or wasteful. He continues:¹¹⁶

“In other words, the principal loophole in this law, as in all equivalent laws in other countries, is simply that, although painful experiments are technically only allowed if they are ‘necessary’, *the necessity itself is rarely, if ever, questioned*. Only a small proportion of experiments can have more than an infinitesimal chance of being necessary in the sense that they will prolong human life; a slightly larger proportion may be called necessary in as much as they will be published and so perhaps increase human knowledge, however academic and trivial; for the vast bulk of experiments, however, the only necessities are, I am afraid, curiosity, commercial profit and ambition.”

A third flaw in the act is its unduly limited scope. It does not protect animals used for the production of biological substances such as vaccines.¹¹⁷ Further, only experimental procedures “calculated to give pain” are covered by the act and it is left to the Home Office to decide what experiments fall into this category.

Another major problem with the act is its administrative insufficiency.¹¹⁸ The act¹¹⁹ requires the secretary of state to cause inspectors to

¹⁰⁹ s 3 proviso (3).

¹¹⁰ s 3 proviso (1).

¹¹¹ s 5. This section requires these certificates to state, in addition to other information required by s 3, that for reasons specified in the certificate, the object of the experiment will be frustrated unless it is performed on an animal similar in constitution and habits to a cat or dog, and no other animal is available for such experiment. Certificate E is linked with Certificate A and Certificate EE is linked with Certificate B.

¹¹² s 5. The certificate must state that the object of the experiment will be frustrated unless the experiment is performed on a horse, ass or mule.

¹¹³ *op cit* 118.

¹¹⁴ S 11 requires applications for licences under the act and certificates given in terms of the act to be signed by the president of one of certain specified societies, and also by a professor of certain medical subjects, unless the applicant is himself such a professor. Licences are granted by the Secretary of State (i.e. the Home Secretary): s 8.

¹¹⁵ *op cit* 126.

¹¹⁶ *op cit* 126–127.

¹¹⁷ See Ryder *op cit* 29 127.

¹¹⁸ See Ryder *op cit* 129.

¹¹⁹ s 10.

visit all registered places¹²⁰ from time to time for the purpose of securing compliance with its provisions. In 1980 a total of 14 inspectors were required to control 4½ million experiments, clearly an impossible demand.

Finally, the act fails to compel scientists to use alternative methods not involving animals, wherever possible.

It should be clear from the above that the law in Britain permits a great deal of animal suffering and it is understandable that some people should be opposed to similar legislation in South Africa. As Vyvyan¹²¹ points out, however, the British law, though inadequate, is not valueless, and the position is far worse in countries where there is no law at all. He observes that if a law similar to the British one had been passed in America in 1876, the amount of suffering that would have been spared in over a hundred years is beyond imagining. The same remarks, I submit, apply to South Africa. Subject to the threat of possible prosecution under the Animals Protection Act, researchers in South Africa are free to do almost exactly as they please. Any form of significant restriction would be an improvement on the present position. And Vyvyan¹²² reminds us that laws are not merely prohibitive; they also educate, and those that tend towards justice and mercy may serve to establish these values in the public mind.

Ideally, legislation should avoid the shortcomings of the British law and should require the use of available alternatives. Further, a government-sponsored centre for the development of alternatives must be established as well as an information service to collate and distribute to scientists information about alternatives.¹²³ Brigid Brophy¹²⁴ has explained that vivisection cannot claim usefulness on the strength of any discovery unless an alternative technique has been extensively developed, was tried and has failed. She points out that whereas vivisection is financed, heavily, both by corporations and governments, and capital is invested in providing the animals who are the tools of vivisection, thereby building up economic interest in the continuation and spread of vivisection, the provision of even an information service to tell scientists of the alternatives that already exist is financed by neither governments nor corporations, but left to groups of private individuals. And this lack of concern, she explains, removes the justification of "necessity" that vivisection claims.

Many scientists, no doubt, will be against legislation on the subject of animal experimentation. Many will say that such legislation will hamper

¹²⁰ Not all places where animal experiments are performed are required to be registered: See s 7.

¹²¹ *The Dark Face of Science* (1971) 181.

¹²² *loc cit*.

¹²³ In America a bill known as the Research Modernization Bill (HR 4805) was introduced into Congress on 16 July 1979. Re-introduced (as HR 556) into the 97th Congress. it provides for the establishment of a national Centre for Alternative Research and requires the re-allocation of 30-50 per cent of federal funds for live animal research to the development of alternatives. Rowan "Laboratory Animals and Alternatives in the 80's" vol 1 no 3 *Int. J. Stud. Anim. Prob.* (1980) 162 168 writes that a major attraction of the bill to members of Congress is that it does not require additional funding.

¹²⁴ *op cit* (n 41 above) 138-140.

scientific progress and that, in any event, such legislation is unnecessary since the natural feelings of compassion that scientists possess already ensure that experimental animals are not subjected to unnecessary suffering. My reply to this is two-fold. First, scientific considerations are not the only ones to be taken into account: moral and social considerations are at least as important.¹²⁵ Second, there is unfortunately no power except the law that can protect the helpless against those who have an interest in their abuse. Vyvyan¹²⁶ reminds us that slaves, women and children have all been cruelly treated. These abuses have ended, he explains, not because we are morally better than our ancestors, but because the law forbids them. Regrettably, those to whom the law does not extend its protection will always be ill-used. □

PUBLIKASIEFONDS HUGO DE GROOT

Uit hierdie fonds word finansiële hulp vir die publikasie van regsproefskrifte en ander verdienstelike manuskripte verleen.

Aansoeke om sodanige hulp moet gerig word aan:

Prof D J Joubert
 Sameroeper Publikasiefondskomitee
 Vereniging Hugo de Groot
 Posbus 1263
 PRETORIA
 0001

¹²⁵ "Animal experimentation is a . . . moral and social problem of the first magnitude and one that does not exclusively concern the expert": *Report of the Committee on Experiments on Animals* (Littlewood Report) (1965) Cmnd 2641 pt 8, ch 27 par 543.

¹²⁶ *op cit* 101.

Grondslae van verteenwoordiging in die staatsreg (*vervolg*)*

DA Basson

BA LLD

Senior Lektor in die Privaatreg aan die Universiteit van Suid-Afrika

2 DIE AARD EN WESE VAN VERTEENWOORDIGING IN DIE STAATSREG

2 1 Vrye en imperatiewe mandaatsteorieë

2 1 1 *Inleiding*

Die vraag oor welke van die twee teorieë oor verteenwoordiging, naamlik die vrye mandaatsteorie of die imperatiewe mandaatsteorie, as die korrekte teorie in die positiewe staatsreg aanvaar behoort te word, het alreeds die aandag geniet van verskeie skrywers oor die hedendaagse staatsreg.

'n Skrywer soos Pennock¹⁰⁰ tree toe tot die debat oor welke van hierdie twee teorieë verkieslik is en onderskei dienooreenkomstig tussen twee pole waar die een pool die teorie van 'n *gedelegeerde* is (die imperatiewe mandaatsteorie) en die ander pool die teorie van 'n *trustee* is (die vrye mandaatsteorie). Die pligte van 'n verteenwoordiger by die verkose wetgewende vergadering kan soos volg onderskei word: as gedelegeerde moet 'n verteenwoordiger die belange van die kiesers wat hom daargestel het deur verkiesing in ag neem; as trustee tree 'n verteenwoordiger egter in die nasionale belang op en nie in belang van die persone wat hom verkies het nie. Pennock verklaar dat nie een van hierdie teorieë die pligte van die verteenwoordiger na behore kan verklaar nie. 'n Verteenwoordiger moet naamlik in die nasionale belang optree maar aan die ander kant moet 'n verteenwoordiger ook in belang van sy kiesers (die onderdane wat hom verkies het) optree. Pennock verklaar dat die oplossing vir hierdie paradoks wat hom voordoen by die pligte van 'n verteenwoordiger alleen geleë is in die uitoefening van leierskap waar die verteenwoordiger (as leier) hierdie teenstrydige belange moet versoen.

* Sien 1982 THRHR 231-253.

¹⁰⁰ "Political Representation" in Pennock en Chapman (reds) *Representation* (1968) (vervolgens aangehaal as Pennock (1)) 1 e v.

Diggs¹⁰¹ bespreek ook die vraag welke van die twee teorieë in verband met verteenwoordiging as korrek aanvaar behoort te word. Hy wys daarop dat die imperatiewe mandaatsteorie nie in die positiewe staatsreg aanvaar word nie omdat die positiewe staatsreg nie die opvatting oor verteenwoordiging aanvaar waar 'n verteenwoordiger gebonde is aan die mandate wat hy van sy kiesers (as prinsipaal) ontvang nie.¹⁰² Diggs ondersoek vervolgens staatsregtelike verteenwoordiging en wys op die paradoks wat Pennock ook raakgesien het: Om verteenwoordig te kan word, word 'n prinsipaal naamlik in 'n sekere opsig teenwoordig gemaak, terwyl hy aan die ander kant nogtans nie werklik teenwoordig is nie, maar deur 'n intermediêre persoon verteenwoordig word.¹⁰³ Hierdie paradoks¹⁰⁴ onderlê volgens Diggs die konflik tussen die vrye en die imperatiewe mandaatsteorie in die staatsreg. Diggs kan egter (soos Pennock) nie 'n definitiewe keuse maak ten gunste van enige van hierdie teorieë nie.¹⁰⁵

Mansfield¹⁰⁶ wys ook op hierdie paradoks, naamlik dat 'n moderne verteenwoordigende regering soewereine sowel as beperkte regering beteken. Soewereine regering beteken dat die regering (die verteenwoordigers)

¹⁰¹ Diggs "Practical Representation" in Pennock en Chapman (reds) *Representation* (1968) 30 e v. Diggs se rede vir die verwerping van die imperatiewe mandaatsteorie is die feit dat die verteenwoordigers sekere regte het waarvoor die prinsipaal nie beskik nie. Daar kan gevolglik nie gesê word dat die verteenwoordiger die regte en verpligtinge van die prinsipaal uitoefen nie. Verder wys Diggs daarop dat die verteenwoordigende (prinsipaal) nie aan die verteenwoordiger (agent) kan dikteer nie omdat dit sou beteken dat die prinsipaal in so 'n geval geheel en al verantwoordelik sou wees vir die optrede van die agent. Hierdie is nie die posisie in die positiewe staatsreg nie en gevolglik geld die imperatiewe mandaatsteorie nie in die staatsreg nie.

¹⁰² Sien Sobolewski "Elections and Representatives: A contribution to the Theory of Representation" in Pennock en Chapman (reds) *Representation* (1968) 98 e v wat daarop wys dat selfs in 'n land waar die imperatiewe mandaatsteorie wel deur die positiewe staatsreg erken word (Pole), die teorie nie in die praktyk geldig is nie omdat daar nie wette aangeneem is om voorsiening te maak vir die herroeping van verteenwoordigers deur die kiesers nie.

¹⁰³ Diggs *op cit* 36 e v.

¹⁰⁴ Pitkin "Commentary: The paradox of Representation" in Pennock en Chapman (reds) *Representation* (1968). Sien ook Pitkin *The Concept of Representation* 144 e v waar Pitkin die "mandate-independence controversy" bespreek: "Representation means the making present of something which is nevertheless not literally present." Pitkin sien die logiese van sowel die imperatiewe as die vrye mandaat-teorie: "But can both views be right, when they seem to support opposite and incompatible conclusions about the duty of a representative? Perhaps they can, if each has a part of the truth of what representation is (or means)."

¹⁰⁵ Diggs *op cit* 38.

¹⁰⁶ Mansfield "Modern and Medieval Representation" in Pennock en Chapman (reds) *Representation* (1968) 77: "Modern representative government must be limited, we have suggested, so that government can reflect the society or culture without forming it; and absolute sovereignty may be needed to transform those elements in society... that have been nourished by divine right." Mansfield toon gevolglik aan dat soewereine regeringsgesag noodsaaklik is om te kan regeer maar dat daar perke ("the limited government of modern representation") moet wees. Nordlinger "Representation, Government Stability and Decisional Effectiveness" in Pennock en Chapman (reds) *Representation* (1968) 111 wys ook daarop dat 'n regering die nodige onafhanklikheid moet hê om effektief te kan regeer, maar dat die regeringsgesag terselfdertyd noodsaaklikerwys uitgebalanseer moet word met verantwoording teenoor die onderdane.

oor 'n absolute soewereine regeringsgesag ('n vrye mandaat) moet beskik om te kan regeer, sonder enige hindernis. Bepaalde regering beteken egter weer dat die onderdaansbelange ook in ag geneem moet word by die uitoefening van die regeringsgesag.¹⁰⁷

In die moderne staatsreg moet 'n teorie oor verteenwoordiging geformuleer word soos wat dit toepassing vind by 'n waarlik verteenwoordigende regeringstelsel. 'n Verteenwoordigende regeringstelsel word omskryf as ¹⁰⁸ 'n regeringstelsel waar die regeringsgesag nie op 'n arbitrêre wyse nie, maar namens die onderdane uitgeoefen word.

Die paradoks wat die skrywers hierbo bespreek, beteken by 'n ondersoek na die teorie van verteenwoordiging soos wat dit toepassing vind by 'n verteenwoordigende regeringstelsel die volgende:

a Die verteenwoordigers wat die wetgewende gesag uitoefen, beskik volgens die positiewe staatsreg¹⁰⁹ oor 'n vrye mandaat om die regeringsgesag te kan uitoefen in nasionale belang.

b Onderdaansbelange moet, aan die ander kant, ook in ag geneem word by die uitoefening van die regeringsgesag, sodat 'n verteenwoordigende regering daargestel kan word waar die invloed wat die onderdane op die regeringsgesag uitoefen só wesenlik is dat gesê kan word dat die regeringsgesag inderdaad namens die onderdane uitgeoefen word.

Die laasvermelde punt kom daarop neer dat 'n suiwer vrye mandaatsteorie van verteenwoordiging (wat, soos in punt (a) aangedui, die geldende teorie oor verteenwoordiging in die positiewe staatsreg is) nie toepassing behoort te vind nie. Hiermee word beslis nie bedoel dat die imperatiewe mandaatsteorie in die staatsreg behoort te geld nie. Soos hieronder baie duidelik sal blyk, word 'n oplossing vir hierdie paradoks gebied waar nóg die suiwer vrye mandaatsteorie nóg die imperatiewe mandaatsteorie as die korrekte teorie oor verteenwoordiging aanvaar word.

Ten einde 'n sinvolle en kritiese bespreking van die suiwer vrye sowel as die imperatiewe mandaatsteorie te kan gee, is dit nodig om te wys op die teorieë van verteenwoordiging soos blyk uit die opvattinge van die

¹⁰⁷ Donner "Over Representasie", *de Mens in Het Recht* Prins (red) (1975) 105 wys ook op die paradoks tussen die imperatiewe mandaatsteorie ("De vertegenwoordiger mag toch niet lost gemaakt worden van zijn prinsipaal, want dan houdt hij op vertegenwoordiger te zijn") en die vrye mandaatsteorie "De prinsipaal moet zich bij de noodzaak der vertegenwoordiging neerleggen en niet proberen toch zelf weer tegenwoordig t zijn, dan zou de vertegenwoordiger geen vertegenwoordiger meer zijn". Cohen "Commentary: Representation and the Problem of Identity" in Pennock en Chapman (reds) *Representation* (1968) 43 e v se standpunt is dat klem gelê moet word op die identiteit van die prinsipaal en nie op dié van die verteenwoordiger nie, ten einde 'n korrekte begrip van die verteenwoordigingsverskynsel te verkry. Die sosiale identiteit van die prinsipaal bestaan uit alle belangegroepes in die gemeenskap, en Cohen is van mening dat verkose verteenwoordigers nie in staat is om al hierdie belange te verteenwoordig nie.

¹⁰⁸ sien veral 1982 *THRHR* 252.

¹⁰⁹ Dit is duidelik dat die vrye mandaatsteorie oor verteenwoordiging in die positiewe staatsreg aanvaar word. sien die posisie in die positiewe staatsreg van die Westerse lande wat hierbo bespreek is.

populisme, die utilitarisme en die elitisme. Ten slotte sal die standpunt van die pluralisme ook bespreek word, omdat die pluraliste 'n besondere teorie oor verteenwoordiging huldig.

Hierdie teorieë is 'n aantal teorieë in verband met die vereistes waaraan 'n regeringstelsel moet voldoen ten einde as 'n demokrasie bestempel te kan word. Dit is egter geensins die bedoeling om by die bespreking hiervan te poog om die begrip van 'n demokratiese regeringstelsel te definieer of nader te ondersoek nie.

Die verband tussen 'n demokratiese en 'n verteenwoordigende regeringstelsel is egter duidelik kenbaar uit die feit dat "verteenwoordigende regering" wat die vereiste is dat die regeringsgesag namens die onderdane en nie op arbitrêre wyse uitgeoefen word nie, ook 'n beginsel van die demokrasie is.¹¹⁰

Die teorieë in verband met demokratiese regeringstelsels bevat dienoreenkomstig ook teorieë in verband met verteenwoordiging.¹¹¹ Vervolgens sal hierdie onderskeie teorieë oor die demokrasie bespreek word en sal geswys word op die besondere teorieë oor verteenwoordiging wat by hierdie onderskeie denkrigtings oor die demokrasie aangetref word.

2 1 2. Die populisme en die imperatiewe mandaatsteorie

Die populisme word soos volg gedefinieer:¹¹² "Populism assumes the maximum of popular participation, so that power tends to be distributed equally." Die populiste propageer die deelname ("participation") van alle onderdane aan die politieke prosesse. Die besondere teorie van verteenwoordiging wat die populiste aanhang, kom, in ooreenstemming met die opvatting van die populiste oor die demokrasie, neer op die volgende:¹¹³ "A populist theory tends to the elimination of intermediaries between people and government. In terms of the theories of representation it means a delegate theory – presumably a local-delegate theory." Die teorie oor verteenwoordiging wat deur die populiste voorgestaan word, kom gevolglik neer op wat as die imperatiewe mandaatsteorie van verteenwoordiging verstaan kan word.

¹¹⁰ Die skrywers wat vervolgens behandel word, o a Pennock, Holden, Meeuwissen, Leibholz en Sobolewski, bespreek almal die teorie van verteenwoordiging as deel van die teorie van demokrasie. Dit blyk duidelik hieruit dat die beginsel van 'n verteenwoordigende regering wat neerkom daarop dat owerheidsgesag namens die onderdane (volk) uitgeoefen moet word, 'n beginsel van die demokrasie is. In ooreenstemming hiermee omskryf Ehrmann *Democracy in a Changing Society* (1965) 149 een van die primêre karaktertrekke van die demokrasie as: "the authoritative participation of the people in the formation of state policy and in the exercise of control over the application of state power." Brown "Black on Representation: A Question" Pennock en Chapman (reds) *Representation* (1968) 144 e v bespreek ook die demokrasie en sê dat die teorie van verteenwoordiging deel uitmaak van die konsep van demokrasie.

¹¹¹ Pennock *Representation* (1968) (vervolgens aangehaal as Pennock (2)) bespreek verskeie teorieë in verband met demokratiese regeringstelsels onder die opskrifte "motivational theories" en "power theories."

¹¹² Pennock (1) 168.

¹¹³ Pennock (1) 350.

Die imperatiewe mandaatsteorie van verteenwoordiging berus op dieselfde beginsels as die lasgewingskontrak in die privaatreë en gevolglik moet hierdie privaatreëtelike verskyningsvorm van verteenwoordiging nader ondersoek word. Indien 'n regsobjek (die prinsipaal) in die privaatreë 'n opdrag ('n mandaat) gee aan 'n ander regsobjek (die verteenwoordiger) om namens die prinsipaal regshandelinge met derde partye aan te gaan, het ons te doen met privaatreëtelike verteenwoordiging wat uit 'n lasgewingskontrak (*mandatum*) ontstaan het.¹¹⁴ Die verteenwoordiger tree in so 'n geval namens die prinsipaal op teenoor die derde party op so 'n wyse dat daar uit die regshandelinge tussen die verteenwoordiger en die derde party regte en verpligtinge tussen die derde party en die prinsipaal tot stand kom. Die verteenwoordiger is verder gebonde aan die mandaat wat hy van die prinsipaal ontvang het en kan slegs binne die perke van die opdrag die belange van die prinsipaal behartig.

Hierdie privaatreëtelike verskynsel van verteenwoordiging is vergelykbaar met die verskynsel van verteenwoordiging in die Middeleeuse staatsreg wat hierbo by die historiese ontwikkeling van verteenwoordiging bespreek is. Die gemeenskappe (die prinsipaal) het naamlik aan die ridders (die verteenwoordigers) 'n volmag (mandaat) verleen om namens die gemeenskappe teenoor die koning (die derde party) toe te stem tot belastings. In so 'n geval was die gemeenskappe dan verplig teenoor die koning om die belastings te betaal.¹¹⁵

In die idioom van die hedendaagse staatsreg beteken die imperatiewe mandaatsteorie van verteenwoordiging die volgende: Die verteenwoordiger is gebonde aan die mandaat wat hy van sy kiesers in sy kiesafdeling (die prinsipaal) by wyse van sy verkiesing ontvang het en hy moet die regeeringsgesag by die wetgewende vergadering uitoefen op so 'n wyse as wat die kiesers in sy kiesafdeling beveel.

Die imperatiewe mandaatsteorie, soos dit deur die populistiese uiteengesit word, is nie die korrekte teorie van verteenwoordiging by 'n waarlik verteenwoordigende regeringstelsel nie, en wel om die volgende redes:

a Die hedendaagse positiewe staatsreg aanvaar nie die imperatiewe mandaatsteorie waarvolgens 'n verteenwoordiger 'n imperatiewe mandaat van die kiesers in sy kiesafdeling ontvang nie.¹¹⁶

b Ingevolge die imperatiewe mandaatsteorie het slegs 'n deel van die onderdane 'n invloed op slegs een verteenwoordiger deurdat die onderdane hom daarstel deur middel van 'n verkiesing en verder die reg het om inspraak te hê op die wyse waarop hy die regeeringsgesag by die wetgewende vergadering uitoefen. Hierdie invloed wat die onderdane ingevolge die

¹¹⁴ Hierdie is die verskynsel van verteenwoordiging in die Suid-Afrikaanse privaatreë. Sien hieroor in die algemeen. De Wet "Agency and Representation" in Joubert (red) *The Law of South Africa* (1976) vol I 1 e v

¹¹⁵ Müller *Das Imperative und Freie Mandat* (1966) 125 e v noem hierdie Middeleeuse teorie oor verteenwoordiging *Vertretung* in teenstelling met die vrye mandaatsteorie wat hy *Repräsentation* noem.

¹¹⁶ Sien vir 'n bespreking van die historiese ontwikkeling van verteenwoordiging 1982 *THRHR* 231 e v.

imperatiewe mandaatsteorie het, is 'n geringe invloed vergeleke met die invloed wat die onderdane in 'n verteenwoordigende regeringstelsel uitoefen, naamlik dat al die onderdane 'n wesenlike invloed verkry op die regeringsamestelling en op die regeringsbeleid, soos later duidelik sal blyk.

2 1 3 *Die utilitarisme en elitisme en die vrye mandaatsteorie*

2 1 3 1 *Die utilitarisme*

Bentham en James Mill was die voorlopers van hierdie denkrigting oor die demokrasie, en John Stuart Mill het weer hulle sienings aangepas by omstandighede in die moderne staat, en dit is dan sy siening wat hier bespreek word.¹¹⁷ Mill verklaar dat sy ideaal van "goodness of government" deur twee kriteria onderlê word, naamlik:¹¹⁸ die beginsel van deelname ("participation") en die beginsel van bevoegdheid ("competence"). Mill stel verder ook die ideaal van 'n verteenwoordigende regering,¹¹⁹ en vir hom beteken 'n verteenwoordigende regeringstelsel 'n regeringstelsel waar daar 'n groter deelname aan die regeringsprosesse deur die onderdane is.¹²⁰ Die deelname van die onderdane lei tot die opvoeding ("education") van die onderdane in die regeringsprosesse.¹²¹ Mill is egter van mening dat daar altyd sekere onderdane sal wees wat meer bevoeg ("competent") is om te oordeel in politieke aangeleenthede. Die funksie van 'n verteenwoordigende regering is dan daarin geleë om die invloed (mag) in die politieke gemeenskap te gee aan hierdie persone met 'n "superior competence."

Mill is verder 'n voorstander van 'n suiwer vrye mandaatsteorie. Hierdie feit is toe te skrywe aan twee standpunte wat die teorie oor demokrasie kenmerk soos dit deur die utilitariste verkondig word, te wete:

a die utilitariste se siening dat persone met 'n "superior competence" die regeringsgesag moet uitoefen en om dit te bewerkstellig daar gevolglik aan hulle 'n vrye mandaat gegee moet word;¹²² en

¹¹⁷ Mill *Utilitarianism, Liberty and Democratic Representative Government* (1972) veral 175 e v. Sien ook Pateman *Participation and Democratic Theory* (1970) 22 e v waar Mill se standpunte bespreek word.

¹¹⁸ Thompson *John Stuart Mill and Responsive Government* (1976) 175 e v. Let daarop dat verteenwoordigende regering (volgens hierdie skrywer en ook andere) ook as "responsive and responsible" regering omskryf kan word. In hierdie artikel word volstaan met die omskrywing verteenwoordigende regering.

¹¹⁹ Pickles *Democracy* (1970) 42 wys op Mill se definisie van 'n verteenwoordigende regering: "The meaning of representative government is that the whole people or some numerous portion of them exercise through deputies periodically elected by themselves the ultimate controlling power."

¹²⁰ Mill *op cit* 185 e v. Hierdie siening kan vergelyk word met die siening in hierdie artikel wat verteenwoordigende regering beoordeel ingevolge die invloed wat die onderdane in die sfeer van die regeringsgesag kan uitoefen.

¹²¹ Lucas *Democracy and Participation* (1976) 159 bespreek ook die sogenaamde "educational effects of a form of government in which everyone participates" en verklaar: "Most of Mill's arguments for participation are based upon the good effects it has on the individuals who participate." Pennock (2) 468-469 wys egter daarop dat daardie groepe onderdane wat die meeste vervreemd is van die politieke proses en opvoeding die nodigste het in die praktyk die minste tyd het om deel te neem aan die politieke proses.

¹²² Thompson *op cit* 112. Thompson verklaar hieroor: "A representative chosen for his greater political knowledge and superior character should be free to act independently of his constituent's wishes."

b die feit dat die utilitariste die rol wat politieke partye en partyregering speel¹²³ in die daarstelling van 'n verteenwoordigende regering negeer.¹²⁴

2 1 3 2 *Die elitisme*

Die standpunte oor die teorie van 'n demokrasie wat die elitiste voorstaan, kom op drie belangrike terreine ooreen met die standpunte van die utilitariste: Dit is in die eerste plek die standpunt van die elitiste dat die regeringsgesag deur 'n relatief klein homogene en permanente elite-groep uitgeoefen moet word.¹²⁵ In die tweede plek is dit die standpunt van die elitiste dat die elite-groep daargestel word deur verkiesings en die elitiste negeer die rol wat politieke partye speel in die regeringsproses.¹²⁶ Derdens onderskryf die elitiste ook die standpunt van die utilitariste oor verteenwoordiging, naamlik dat die elite-groep oor 'n vrye mandaat moet beskik om te kan regeer.¹²⁷

Moet die *suiwer* vrye mandaatsteorie wat die elitiste en utilitariste voorstaan, aanvaar word as die teorie oor verteenwoordiging wat behoort te geld by 'n verteenwoordigende regeringstelsel? Voordat hierdie vraag na behore beantwoord kan word, moet die verskynsel van partyregering nader ondersoek word, omdat partyregering 'n wesenslike invloed het op die suiwer vrye mandaatsteorie soos dit in die positiewe staatsreg geld en deur die utilitariste en die elitiste uiteengesit word.

2 1 4 *Partyregering en die vrye mandaatsteorie*

Wat Brittanje betref, kan daarop gewys word dat 'n verteenwoordiger volgens die positiewe staatsreg 'n vrye mandaat moet uitoefen. Die vrye mandaatsteorie is gevolglik die geldende teorie oor verteenwoordiging in die Engelse staatsreg, soos duidelik blyk uit die bespreking van die historiese ontwikkeling van verteenwoordiging hierbo.

Daar is egter verskeie skrywers wat daarop wys dat die posisie in die praktyk hiervan verskil, vanweë die rol wat politieke partye in die regeringsprosesse speel.¹²⁸ Volgens hierdie skrywers oefen politieke partye wel

¹²³ Lucas *op cit* 249 wys ook op die nadele indien 'n "elective autocracy" 'n vrye mandaat verlang om te regeer.

¹²⁴ Birch *Representative and Responsible Government* (1971) 47 noem die volgende punt van kritiek teen die utilitarisme: "It is not easy to see why a process of election should automatically produce a House of Commons which is a microcosm of the interests of the nation."

¹²⁵ Pennock (2) 162.

¹²⁶ Holden *The Nature of Democracy* (1974) 159 skryf soos volg hieroor: "The appointment and removal of elites by means of an election is held to be the key democratic process."

¹²⁷ Pennock (2) 350 konstateer: "An elitist theory is a Burkean theory, stressing the national trustee concept of representation."

¹²⁸ Beer *Modern British Politics* (1965) 87 verklaar: "He is a party man, indeed a party delegate. If he belongs to the majority party, his task is to carry out the party program, for it is through this program that the voters have given the party a mandate to govern." Pickles *op cit* 50 verklaar hieroor: "The result of this evolution is that the present-day member of a legislative assembly no longer represents primarily either his constituency or the general interests of his nation. He represents one of the two or more general programmes to which he and the majority of his electors are in principle equally committed." Holden *op cit* 131 verklaar: "Political parties have been fairly widely regarded as destroying the individual autonomy of representatives."

deeglik 'n invloed uit op die optrede van hul lede wat ook verteenwoordigers by die verkose wetgewende vergadering is. Die redes hiervoor is onder andere geleë in die wyse van die partyorganisasie, die metode van partyleierskap, lidmaatskapsvereistes en die wyse waarop die partybeleid geformuleer word.

Die belangrikste rede vir hierdie invloed wat politieke partye het, is geleë in die feit dat die politieke leierskap by 'n klein groepie aan die hoof van die party gesentreer is en dat hierdie partyleiers as gevolg van streng partydissipline die lede van die party, wat ook verteenwoordigers by die verkose wetgewende vergadering is, kan dwing om by die partybeleid te hou.¹²⁹ Die invloed van partye word verder versterk omdat partyregering 'n wesenlike deel van die Britse regeringsprosesse is¹³⁰ en dienooreenkomstig is die regeringshoof ook partyleier van die meerderheidsparty in die verkose wetgewende vergadering.

Wat die Verenigde State van Amerika betref, kan eweneens daarop gewys word dat politieke partye 'n belangrike rol in die regeringsprosesse speel en gevolglik 'n definitiewe bestaansreg in die positiewe Amerikaanse staatsreg het.¹³¹ Skrywers wys egter daarop dat partydissipline in die Verenigde State van Amerika nie so streng is as wat die geval in Brittanje is nie.¹³² Nietemin speel politieke partye so 'n groot rol tydens die verkiesingsproses dat die regeringstelsel in die Verenigde State voldoen aan die vereistes van 'n partyregering.

Dit is egter veral in lande met 'n proporsionele kiesstelsel waar die verhouding tussen politieke partye en hul lede wat verteenwoordigers by die verkose wetgewende vergadering is, besondere aandag verdien. Die

¹²⁹ Schultz *Democracy* (1977) 89 verklaar in ooreenstemming hiermee: "A militant well-organized and resourceful minority may succeed in dominating the political scene." Sien ook Henig en Pinder *European Political Parties* (1969) 444-523. Rose *The Problem of Party Government* (1974) 133 e v wys ook op die party-organisasie in Brittanje en die streng party-dissipline: "Parties are necessary because opinion must be organized if anything resembling representative government is to exist . . . Parties are important because the group victorious at a general election becomes the government."

¹³⁰ Roberts *Political Parties and Pressure-groups in Britain* 31 e v. Sien verder ook Lovell *English Constitutional and Legal History* (1962) 388 e v.

¹³¹ Sien oor die posisie in die VSA: Ebenstein, Pritchett, Turner en Mann *American Democracy in World Perspective* (1967) 331 e v, asook Roche en Stedmann *The Dynamics of Democratic Government* (1954) 152 e v.

¹³² Holden *op cit* 131 verklaar in ooreenstemming hiermee: "Party cohesion in Congress is so weak that the autonomy of congressmen and senators is restricted but little by the parties - although it is often argued that they are too much influenced by pressure groups." Birch *op cit* 21 verklaar: "A good deal of current discussion implies that the British national government is generally more consistent than the American government but less responsive to public opinion." Hy wys daarop dat die strengere partydissipline wat in Brittanje heers die rede is vir hierdie verskil. Sobolewski *op cit* 99 wys egter daarop dat politieke partye in die VSA 'n invloed het op die verteenwoordigers: "I say 'party' and I mean that body in the political party which determines the political behaviour of party members in parliament and government."

rede hiervoor blyk duidelik uit die bespreking van die proporsionele kiesstelsel soos dit toepassing vind in Nederland en Duitsland.¹³³ Verteenwoordigers is naamlik verplig om lede van partye te wees om as kandidate op die partylyste geplaas te kan word. Die posisie in die lande met 'n proporsionele kiesstelsel verskil gevolglik van die posisie in Brittanje en die Verenigde State van Amerika waar verteenwoordigers nie lede van partye hoef te wees nie, hoewel daar toegegee moet word dat ook in Brittanje en die Verenigde State van Amerika feitlik al die verteenwoordigers in die praktyk ook lede van politieke partye is. Dieselfde probleme in verband met partyleierskap en partydissipline wat in Brittanje aangetref word, word ook in veral Duitsland ondervind.¹³⁴ In Duitsland word die posisie van die partyinvloed verder versterk omdat die partyleiers die kanse van 'n verteenwoordiger op herverkiesing kan verminder deur hom laer op die voorkeurlys van die party te plaas. In Nederland word hierdie verskynsel in 'n sekere mate onderskep deurdat kiesers wel 'n voorkeur vir ander kandidate as die eerste persoon of persone op die lys kan aantoon.¹³⁵

Regtens word egter in Duitsland en Nederland erkenning verleen aan die vrye mandaatsteorie in die grondwetlike reg van daardie lande. Artikel 38 van die Duitse grondwet en artikels 88 en 96 van die Nederlandse grondwet vereis naamlik dat 'n verteenwoordiger oor 'n vrye mandaat moet beskik en dat 'n verteenwoordiger aan geen mandate (opdragte) van enige aard wat hy mag ontvang, gebonde is nie. Dit beteken verder dat die party(leiding) nie 'n sogenoemde reg op "recall" het om 'n verteenwoordiger wat hom nie by die partydissipline en partybeleid wil neerlê nie, te dwing om sy setel prys te gee nie.¹³⁶

Die posisie in die lande wat hierbo in verband met die rol van 'n verteenwoordiger wat ook lid van 'n politieke party is en die vrye mandaatsteorie van verteenwoordiging bespreek is, kan nou soos volg saamgevat word: Regtens (*de jure*) kan 'n politieke party geen invloed uitoefen op sy lede wat verteenwoordigers by die verkose wetgewende vergadering is nie, en oefen elke verteenwoordiger 'n vrye mandaat uit. In die praktyk (*de facto*) het politieke partye wel 'n negatiewe invloed op hierdie vrye mandaat van die verteenwoordiger (by die verkose wetgewende vergadering) wat ook 'n partylid is. Dit beteken dus dat die verteenwoordiger *de facto* gebonde is aan die opdragte (mandate) wat hy van die partyleiers ontvang.¹³⁷

¹³³ Sien oor die kiesstelsel in Nederland o a: Kranenburg *Het Nederlandsch Staatsrecht* (1947) 254 e v en; Oud *Het Constitutioneel Recht van het Koninkrijk der Nederlanden* (1967) 714 e v; Van der Pot *Handboek van Het Nederlandse Staatsrecht* (1972) 297 e v. Oor die kiesstelsel in Duitsland raadpleeg o a: Pollock *German Democracy at Work* (1955) 79 e v; Henig en Pinder *op cit* 29 e v; Maunz *Deutsches Staatsrecht* (1975) 351 e v; en Stein *Staatsrecht* (1978) 87 e v.

¹³⁴ Barket *Parties and Elections in West Germany* 19 e v.

¹³⁵ Vir meer besonderhede sien die skrywers aangehaal in vn 133.

¹³⁶ Meeuwissen *Elementen van Staatsrecht* (1975) 127. Meeuwissen wys daarop dat hierdie regtens die posisie is wat in beide Duitsland en Nederland geld.

¹³⁷ Müller *op cit* 210 e v. Hy wys daarop dat die politieke partye verantwoordelik was vir die invoering van die volksmassas in die politieke regeringsprosesse. Müller stel ook die vraag of die invloed van politieke partye en drukgroepe (buite-parlementêre invloede) die "vrye mandaat" soos vereis deur die Duitse Grondwet vernietig het. Herleef die imperatiewe mandaat van die Middeleeue nou weer? Hy kom tot die gevolgtrekking dat verteenwoordigers steeds 'n onafhanklike posisie moet beklee (vrye mandaat). Hy vervolg egter: "Diese Funktion verlangt aber keineswegs, die Unabhängigkeit so auszuweiten, dass demokratische Kontrolle unmöglich wird."

Verteenwoordigers kan nou (*de facto*) beskou word as verteenwoordigers van die partybeleid.¹³⁸ Die vrye mandaat waaroor 'n verteenwoordiger (*de jure*) beskik, word gevolglik afgewater as gevolg van die bestaan van partyregering.

Die feit dat 'n verteenwoordiger by die verkose wetgewende vergadering die verteenwoordiger van die partybeleid is en gevolglik (*de facto*) gebonde is aan die opdragte (mandate) wat hy as verteenwoordiger van die partyleiding ontvang, beteken egter geensins dat die imperatiewe mandaat (soos hierbo uiteengesit) weer herleef nie. Daar is naamlik steeds geen sprake daarvan dat 'n groep kiesers regtens (*de jure*) aan 'n verteenwoordiger 'n opdrag (mandaat) kan gee om namens daardie kiesersgroep (of in belang van 'n kiesafdeling) die regeringsgesag by die verkose wetgewende vergadering uit te oefen nie.

2 1 5 Gevolgtrekkings

a Oor die vrye mandaatsteorie van verteenwoordiging kan daar vyf gevolgtrekkings gemaak word:

i Die vrye mandaatsteorie is regtens (*de jure*) die geldende teorie oor verteenwoordiging in die positiewe staatsreg.

ii Die argument dat die vrye mandaat in nasionale belang uitgeoefen word en dat onderdaansbelange, synde 'n deel van die nasionale belang, ook erken en beskerm word, gaan nie op nie. Die rede hiervoor is dat die onderdaansbelange nie noodwendig dieselfde is as die nasionale belang nie.

iii Die vraag wat gevolglik hier beantwoord moet word, is veel eerder watter invloed die vrye mandaatsteorie aan die onderdane verleen om te kan vereis dat die onderdaansbelange by die uitoefening van die regeringsgesag erken en beskerm word.

iv Die vrye mandaatsteorie kom daarop neer dat die onderdane aan die personeel wat die regeringsgesag moet uitoefen, 'n vrye mandaat verleen om te kan regeer, sonder om aan enige mandate gebonde te wees. Deur middel van verkiesings verkry onderdane dan op hierdie wyse 'n invloed op regeringsamestelling.¹³⁹

¹³⁸ Sobolewski *op cit* 99. Hy verklaar dat 'n verteenwoordiger se rol in die meeste lande dié van 'n simbool van sy politieke party is en dat 'n verteenwoordiger gevolglik die party program (partybeleid) moet verteenwoordig. Pickles *op cit* 50 onderskryf ook hierdie stelling van verteenwoordiging van die partybeleid deur 'n verteenwoordiger van daardie politieke party. Nordlinger "Representation Government and Stability" in Pennock en Chapinan (reds) *Representation* (1968) 117. Nordlinger wys daarop dat, sodra verteenwoordigers verkies is, hulle 'n vrye mandaat kan uitoefen en dat hulle in die nasionale belang optree. Die verteenwoordigers neem egter onderdaansbelange in ag in soverre hulle lede van politieke partye is en die partybeleid moet uitvoer. Op hierdie wyse het die non-elite (onderdane) 'n invloed op die elite (regering) se optrede en hierin speel veral drukgroepe 'n kardinale rol. Sien verder die skrywers Beer, Pickles en Holden wat met betrekking tot die posisie van 'n verteenwoordiger in die Engelse staatsreg in vn 128 aangehaal is. Hierdie skrywers huldig die mening dat 'n verteenwoordiger inderdaad die verteenwoordiger van die partybeleid is.

¹³⁹ Nordlinger *op cit* 111. Nordlinger sien in ooreenstemming hiermee die doel van verkiesings as "selecting leadership."

v Die sanksie om 'n verteenwoordiger nie weer te verkies nie (verkiegings vind naamlik op 'n periodieke wyse plaas) is die enigste invloed waaroor die onderdane beskik om te kan vereis dat die onderdaansbelange ook in ag geneem moet word in die wyse waarop regeringsgesag uitgeoefen word (die regeringsbeleid).¹⁴⁰ Hierdie is egter 'n baie geringe invloed op regeringsbeleid, omdat die onderdane nie goedkeuring aan so 'n beleid verleen wanneer hulle die personeel van die regering deur verkiesings daarstel nie.¹⁴¹ Dit is dan juis die standpunt van die elitiste en die utilitariste dat aan die elite-groep 'n vrye mandaat gegee word om te kan regeer en dat die onderdane nie inspraak moet hê op die wyse waarop regeringsgesag uitgeoefen word (die regeringsbeleid) nie.

b Oor partyregering kan daar vier gevolgtrekkings gemaak word:

i Die regeringsbeleid word goedgekeur deur die onderdane wanneer hulle tydens 'n verkiesing op rasionele wyse tussen die onderskeie politieke partye se beleidsrigtings 'n keuse maak.

ii Die rol wat partyregering hierin speel is tweeledig, naamlik:

aa die wyse waarop regeringsgesag uitgeoefen word, geskied volgens die betrokke partybeleid wat goedgekeur is deur die onderdane tydens die verkiesing; en

bb die personeel wat die regeringsgesag uitoefen, is lede van die party wat die verkiesing gewen het en hierdie verteenwoordigers is (*de facto*) gebonde om die regeringsbeleid (die voormalige partybeleid) uit te voer en hulle oefen gevolglik nie 'n vrye mandaat uit nie.

iii Op hierdie wyse verkry die onderdane 'n wesenlike invloed op die regeringsamestelling en op die regeringsbeleid.¹⁴²

iv Om hierdie rede beteken partyregering dan ook verteenwoordigende regering.

c Oor verteenwoordigende regering kan daar drie gevolgtrekkings gemaak word:

i Die vrye mandaatsteorie gee aan die onderdane slegs 'n geringe (indien enige) invloed op regeringsbeleid. Anders gestel, soos wat die skrywers Pennock, Diggs en andere ook hierbo op gewys het,¹⁴³ is daar geen waarborg dat die onderdaansbelange in ag geneem sal word wanneer die

¹⁴⁰ Holden *op cit* 159: "The elites in power have a duty to give an account of themselves and their actions to the people - who have a right to remove them if this account is thought to be unsatisfactory."

¹⁴¹ Holden *op cit* 164-165: "If the electorate were to choose only the representatives with no implications concerning the policies they were to follow when elected then this would mean the electors have no voice in the running of the country."

¹⁴² Holden *op cit* 32: "Democratic conceptions of representation, then, are those in which the whole people are represented, and in which the people decide who are to be their representatives and, roughly at least, what they are to do. Elections constitute the mechanism which, above all else, gives effect to this difference between democratic and non-democratic modes of representation. The people decide, by means of an election, how and by whom they are to be represented. That is to say, such decisions are made or expressed through the process of electing representatives."

¹⁴³ Sien die bespreking van die paradoks in die staatsreg par 2 1 1 hierbo.

vrye mandaat in die nasionale belang uitgeoefen word nie.

ii Hierteenoor verkry die onderdane 'n wesenlike invloed op die regeringsbeleid by 'n regeringstelsel van partyregering.

iii Gevolglik moet die werking van die vrye mandaatsteorie wat (*de jure*) in die positiewe staatsreg geld, se werking getemper word deur die werking van partyregering in die praktyk (*de facto*), ten einde 'n waarlik verteenwoordigende regering daar te kan stel. 'n Verteenwoordigende regering is 'n regering waarvan inderdaad gesê kan word dat die regeringsgesag namens die onderdane uitgeoefen word.

2 1 6 Slotopmerking: die pluralisme en 'n aanvullende teorie

Die teorie van verteenwoordiging soos die pluraliste dit sien, word ten besluite bespreek omdat hierdie teorie nóg op die imperatiewe nóg op die vrye mandaatsteorie betrekking het. Hierdie teorie van verteenwoordiging kan gesien word as aanvullend tot die teorie van verteenwoordiging wat by 'n verteenwoordigende regering toepassing vind soos dit so pas in die gevolgtrekkings hierbo uiteengesit is.

Die siening van die pluraliste kom daarop neer dat deur middel van die optrede van drukgroepe (elite-groepe) in die politieke prosesse¹⁴⁴ die algemene belang van die gemeenskap gedien kan word deur die som van die spesifieke "belange" waaruit elke drukgroep onderskeidelik bestaan.¹⁴⁵ Hoewel die hedendaagse pluraliste die bestaan van politieke partye as een van die baie soorte drukgroepe erken,¹⁴⁶ ontken hulle egter steeds die kardinale rol wat partyregering¹⁴⁷ in die daarstelling van 'n verteenwoordigende regering speel.

Hierdie standpunt van die pluraliste gee dan aanleiding daartoe dat die beslissende rol wat die proses van verkiesings in die daarstel van 'n

¹⁴⁴ Volgens Pennock (2) 308 kan "social pluralism" soos volg omskryf word: "Numerous elites, operating through many constitutional and extra-constitutional paths provide a better combination of responsibility than can be achieved by any one of them alone." (Met "responsible" regering word "verteenwoordigende" regering bedoel.) Meeuwissen *op cit* 111 verklaar hieroor, met verwysing na Prakke se pluralisme, dat daar sprake van "versnippering van politieke macht, van machtspluralisme" is. Holden *op cit* 169 wys daarop dat owerheidsgesag "scattered and decentralised" is in die regeringstelsel wat deur die pluralisme voorgestaan word.

¹⁴⁵ Holden *op cit* 161 verklaar hieroor: "Pressure-groups are seen as embodying particular interests that go to make up the general interest."

¹⁴⁶ Meeuwissen *op cit* 112. Hy haal ook Zippelius *Algemeine Staatslehre* (1973) aan wat daarop wys dat die elite-groepe van die pluralisme uit drukgroepe sowel as politieke partye bestaan. Pennock (1) 27 e v wys ook daarop dat daar verskillende metodes van verteenwoordiging bestaan: "The existence of numerous and varied avenues of representation, each by virtue of its own peculiar nature, seeing, reflecting, attempting to effectuate a slightly different facet to that great conglomerate of interests that make up the electorate, probably produce a more tolerable result than any one of them alone."

¹⁴⁷ Pennock (2) 307 verklaar in ooreenstemming hiermee: "But if elitist theory means in general something like the party-government model, reasons have been given for questioning elitist theory's desirability as well as suggesting that even in England, its home, the reality departs considerably from the norm." Sien in hierdie verband Thomassen *Kiezers en Gekozenen in een Representatieve Demokrasie* 214 e v waar hy sy teorie van 'n "model party representation" propageer.

verteenwoordigende regering speel, ook misken word.¹⁴⁸ Hierdie standpunt van die pluraliste kan gekritiseer word in die lig van die standpunt wat hierbo gestel is, naamlik dat die beslissende rol wat verkiesings in die daarstel van 'n verteenwoordigende regering speel, erken word en dat partyregering inderdaad verteenwoordigende regering is.

Dit is egter moontlik om my standpunte te versoen met die teorie van die pluralisme oor verteenwoordigende regering:¹⁴⁹ die doel van drukgroepe verskil van die doel van politieke partye omdat drukgroepe bloot die wyse waarop regeringsgesag uitgeoefen word, wil beïnvloed, terwyl politieke partye ten doel het om die kontrole oor die regeringsgesag oor te neem en om op hierdie wyse die partybeleid te omskep in regeringsbeleid. Hierdie toedrag van sake beteken dat die drukgroepe besondere of spesifieke belange behartig, waarvoor daar nie plek in die partybeleid is nie omdat die partybeleid oor meer algemene politieke aangeleenthede handel en omdat die steun van 'n breë laag van die bevolking (naamlik die meerderheid van die kiesers) gesoek word vir die goedkeuring van die partybeleid tydens verkiesings.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Nordlinger *op cit* 125 e v sê dat verkiesings slegs gebruik moet word as 'n proses om die regeringsamestelling te bewerkstellig. Verkiesings het volgens Nordlinger nie 'n invloed op regeringsbeleid nie en gevolglik moet die verantwoordbaarheid ("verteenwoordigbaarheid") van die regering op ander wyses as deur verkiesings verkry word, selfs al lei hierdie ketting van verantwoordelikheid nie direk na die kiesers nie. Holden *op cit* 162 wys ook op hierdie standpunt van die pluralisme: "The will of the people is manifested in the pressure-group process rather than at elections." Nordlinger gaan egter so ver as om te beweer dat die belang van verkiesings in die hedendaagse staatsreg moontlik slegs simboliese waarde het en dat dit in hierdie verband vergelyk kan word met die Britse monargie. Sien ook Pennock (2) 27 wat verklaar dat verkiesings 'n "crude device" is om 'n regering verteenwoordigend te maak.

¹⁴⁹ Pennock (2) 307. Selfs Pennock, die groot voorstander van die pluralisme, sien die verband tussen die elitisme en die pluralisme: "If by elitist is simply meant that a few are politically more able than many and also that it is right and proper that institutions recognize this fact and permit the elite to exercise their inevitable influence legitimately, one need not quarrel." Pennock wys verder daarop (436) dat die elitisme ook neerkom op 'n "power-dispersing theory" en hy verklaar: "True elitist democrats are less concerned about how power is dispersed or concentrated that they are about the quality of the people in whose hands it resides." In ooreenstemming hiermee wys Meeuwissen *op cit* 144 daarop dat "representatiewe demokrasie" daarop neerkom dat "de politieke partijen tenslotte het laatste woord hebben" en hy vervolg: "Pluralisme is noodsaakelijk voor een demokrasie maar in die zin opgevat staat zij niet in tegenstelling tot de representatiewe demokrasie en is zij juist een aanvulling op de klassieke (representatiewe) vorm van demokrasie." Holden *op cit* 166-67 onderskryf ook die standpunt dat die pluralisme ingevolge drukgroepakwuiteite gesien kan word as aanvullend tot die teorie van verteenwoordiging by 'n verteenwoordigende (party) regering, maar hy wys daarop dat die rol wat verkiesings in die daarstel van 'n verteenwoordigende regering speel altyd voorop gestel moet word.

¹⁵⁰ Sobolewski *op cit* 103 e v wys in ooreenstemming hiermee daarop dat die rol van drukgroepe as aanvullend tot die rol van politieke partye gesien moet word. Die lede van die drukgroepe is naamlik ook deel van die kieserskorps en deur middel van die optrede van drukgroepe word aan spesifieke belange van hierdie lede van die kieserskorps, waarvoor daar nie plek is in die partyprogram nie, erkenning verleen. Druk-groepe bestaan (volgens Sobolewski) gevolglik uit spesifieke belange, maar as geheel verteenwoordig drukgroepe sterk belange van die kiesers wat in ag geneem moet word by 'n verteenwoordigende regering: "In general the operation of pressure-groups serves to correlate better the action of the government with the demands of the people interested in such action."

Die versoening tussen die standpunt van die pluraliste en die teorie oor verteenwoordiging soos dit by partyregering toepassing vind, word bewerkstellig deur nie die beslissende rol wat partyregering in die daarstel van 'n verteenwoordigende regering speel, te ontken nie, maar deur terselfdertyd te erken dat drukgroepe ook 'n rol by die daarstelling van 'n verteenwoordigende regering speel omdat drukgroepe ten doel het om die regeringsbeleid te beïnvloed. Die drukgroepe sorg naamlik daarvoor dat die minderheidsbelange, spesifieke belange, beter verteenwoordig word as wat dit die geval is by die uitvoering van die partybeleid wat oor meer algemene politieke aangeleenthede handel.

2 2 Die teorie van verteenwoordiging in die staatsreg

In die hedendaagse staatsreg kom verteenwoordiging voor as 'n regs- waarde en as 'n regsfiguur.

2 2 1 *Verteenwoordiging as regswaarde*

“Verteenwoordigende regering” is reeds omskryf as die vereiste dat die owerheidsgesag in 'n regeringstelsel nie op 'n arbitrêre wyse nie, maar namens die onderdane in daardie regeringstelsel uitgeoefen behoort te word. Verteenwoordiging as regswaarde is vervat in hierdie vereiste of ideaal van 'n verteenwoordigende regering. Die historiese ondersoek na verteenwoordiging het aangetoon op welke wyse die regswaarde wat 'n verteenwoordigende regering vereis, deur 'n eeue-lange historiese ontwikkeling deel geword het van die opvattinge oor die vereistes waaraan owerheidsgesag moet voldoen, en dit lei geen twyfel nie dat die regswaarde van 'n verteenwoordigende regering en deur 'n historiese proses en as gevolg van filosofiese denkrigtings deel geword het van die opvattinge van die Westerse beskawing wat omskryf kan word as regswaardes waaraan in 'n materiële regstaat voldoen moet word.¹⁵¹

¹⁵¹ Volgens Van Wyk *Persoonlike Status in die Suid-Afrikaanse Publiekreg* (1979) 77 e v is die kenmerk van 'n materiële regstaat dat dit 'n staat is waar die owerheidsgesag inherent aan sekere hoër regswaardes gebonde is. Mansfield *op cit* 55 e v verklaar in ooreenstemming hiermee: “The principle that government should represent its people is almost universally held today . . . The natural law of modern representative government requires the consent of the governed, but it also protects the people not merely from misrule but from every interference with liberty.” Hommes “De Materiële Rechtsstaats- idee” *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* (1978) 49–50 erken ook uitdruklik die feit dat die vereiste van 'n verteenwoordigende regering 'n *regswaarde* is waaraan by 'n materiële regstaat voldoen moet word: “De staat kan slechts rechtsstaat zijn wanneer ook het beginsel van de representativiteit is erkent en gepositieerd.” 'n Suid-Afrikaanse skrywer soos Joubert *Staatsfilosofiese Grondslae van Medeseggenskap in die Regstaat* (1977) 22–23 skryf soos volg hieroor: “'n Belangrike verdere kenmerk van die regstaat is dat die politieke mondige burgers daarvan die owerheid deur middel van die kiesreg in die owerheids- amp plaas. Ook word die toetsreg van die burgers gewaarborg, deurdat die burgers, met medeverantwoordelikheid, die owerheid voortdurend aan bepaalde politieke oortuigings toets. Dit beteken dat die owerheid in 'n regstaat nie oppermagtig is in die uitvoering van sy owerheidsstaak nie, maar wel dat hy in sy optrede steeds die regte en vryhede van sy burgers moet eerbiedig.” Sien in die algemeen oor regswaardes in die staatsregteorie, Basson *Verteenwoordiging in die Staatsreg* (Proefskrif UNISA 1981) 1–25 210–215.

Die regs waarde van verteenwoordiging vereis gevolglik dat die belange van onderdane by die uitoefening van die regerings gesag in ag geneem moet word en ten einde dit te bewerkstellig, moet die regs waarde van 'n verteenwoordigende regering gekonkretiseer word in die positiewe staatsreg as die regs figuur van verteenwoordiging.

2 2 2 *Verteenwoordiging as regs figuur*

Verteenwoordiging as regs figuur kan omskryf word as die proses in die positiewe staatsreg waardeur 'n verteenwoordigende regering daargestel word.¹⁵²

Die verteenwoordigings proses is tweeledig: eerstens is dit 'n investerings proses waardeur die verteenwoordigers kollektief beklee word met owerheids gesag; tweedens is dit 'n legitimisasie proses waardeur die owerheids gesag gelegitmeer (dit wil sê gewettig) word. Die investerings proses en die legitimasie proses sal agtereenvolgens bespreek word.

2 2 2 1 *Die investerings proses*

Deur die verkiesings proses word die verteenwoordigers wat lede is van die wetgewende gesag kollektief met owerheids gesag beklee, sodat die verteenwoordigers gesamentlik die soewereine wetgewende gesag in die staat uitoefen as die wetgewende vergadering van die staat.¹⁵³ Deur die investerings proses verkry onderdane gevolglik slegs 'n primêre invloed op regerings samestelling en beskik die verteenwoordigers oor 'n vrye mandaat om die regerings gesag uit te oefen in nasionale belang. Hierdie invloed op regerings samestelling verkry die onderdane ook wat betref die lede van die uitvoerende gesag. By 'n presidensiële stelsel van uitvoerende gesag word die uitvoerende gesag direk deur die volk verkies. By 'n kabinetstelsel van uitvoerende gesag oefen die onderdane aan die ander kant 'n indirekte invloed uit deur te bepaal wie die persone sal wees wat die uitvoerende gesag uitoefen, omdat die kabinet as uitvoerende gesag verantwoordelik is teenoor die wetgewende vergadering wat verkies word deur die onderdane. Die investerings proses geskied in die positiewe staatsreg slegs deur middel van *verkiesings*.

2 2 2 2 *Die legitimasie proses*

Deur die legitimasie proses word die owerheids gesag gewettig. Om die regs figuur van verteenwoordiging, soos dit in die legitimasie proses tot uiting

¹⁵² Sobolewski *op cit* 106 definieer verteenwoordiging insgelyks as 'n proses: "Representation is a system of actions which have to facilitate interchange between authority and spontaneous groupings in society: a system which includes most major attempts to influence authoritative decisions." Sobolewski verwys ook na Lipset wat verteenwoordiging as 'n proses, eerder as 'n status sien.

¹⁵³ Nordlinger *op cit* 111 definieer verteenwoordiging ook as 'n proses: "Representation may take on a procedural definition, referring simply to the means by which representatives are chosen, that is their nomination and election." Nordlinger se standpunt kom neer op 'n vrye mandaatsteorie omdat hy meen dat verkiesings slegs die personeel van die regering daarstel en om hierdie rede moet hy 'n kwalifikasie stel by sy definisie van verteenwoordiging as proses van magsinvestering nl "... given the postulated necessity of balancing governmental authority and responsiveness."

kom, na behore te verstaan, moet 'n antwoord gegee word op die vraag: Waarom legitimeer die verteenwoordigingsproses die owerheidsgesag?¹⁵⁴ Die antwoord hierop is eenvoudig dat die verteenwoordigingsproses die daarstelling of konkretisering in die positiewe staatsreg is van die regs-waarde van 'n verteenwoordigende regering wat bepaal dat die owerheids-gesag namens die onderdane uitgeoefen moet word, of, anders gestel: die feit dat die onderdane in die positiewe staatsreg 'n wesenlike invloed uitoefen op die regeringsamestelling en op die regeringsbeleid legitimeer die owerheids-gesag en stel op hierdie wyse 'n verteenwoordigende regering daar. Hierdie medeseggenskap (invloed) van die onderdane is gevolglik die aktiewe inhoud van die legitimasiëproses.

In die hedendaagse positiewe staatsreg bestaan die legitimasiëproses uit die verkiesingsproses en uit die optrede van drukgroepe.

a *Die verkiesingsproses* In die eerste plek bestaan die legitimasiëproses uit verkiesings wat die belangrikste deel van die legitimasiëproses uitmaak.¹⁵⁵

By die bespreking van die investeringsproses is alreeds gewys op die invloed wat onderdane deur middel van die verkiesingsproses op die regeringsamestelling uitoefen en by die bespreking van die legitimasiëproses sal nou aangetoon moet word op welke wyse die onderdane 'n invloed op die regeringsbeleid uitoefen deur middel van die verkiesingsproses.

Partyregering speel 'n sleutelrol by hierdie legitimasiëproses, dit wil sê by die verkiesingsproses. Partyregering kan omskryf word as 'n regeringstelsel waar die politieke partye deur middel van die verkiesingsproses

¹⁵⁴ Verskeie skrywers het gepoog om hierdie vraag te beantwoord: Pennock (1) 8 verklaar dat 'n regering wettige (legitieme) owerheids-gesag uitoefen indien die regering in 'n meerdere of in 'n mindere mate verteenwoordigend van die onderdane is of, ten minste, die onderdane van hierdie feit probeer te oortuig. In ooreenstemming hiermee verklaar Nordlinger *op cit* 120 dat indien die non-elite (die onderdane) glo dat hulle 'n invloed het op die samestelling van die regering se personeel en op die regering se beleid sodanige geloof daardie politieke regeringstelsel dan legitimeer. Stokes "Political Parties in the Normative Theory Representation" in Pennock en Chapman (reds) *Representation* (1968) 182 verklaar insgelyks dat die onderdane (publiek) se siening in verband met die invloed wat hulle op die politieke leiers het die faktor is wat legitimitieit verleen aan die besluite van die politieke leiers (regeringsbeleid). Roberts *Political Parties and Pressure Groups in Britain* 182 skryf soos volg hieroor: "The government must not only govern, it must govern legitimately. This means that it must be able to claim popular support for its measures, or at least the principles on which they are based." Hierdie skrywers kan met goedkeuring aangehaal word. Sommige skrywers kan egter gekritiseer word op grond daarvan dat die feit of 'n regering verteenwoordigend is al dan nie objektief-vasstelbaar is en nie moet afhang van die subjektiewe oordele (geloof) van die onderdane nie.

¹⁵⁵ Lucas *op cit* 199 wys daarop dat die owerheids-gesag gelegitimeer word deur verkiesings. In ooreenstemming hiermee verklaar Birch *op cit* 235: "The fact that the government is made up of members of the party which wins in the general election has the effect of endowing the government with a special kind of legitimacy." Rose *op cit* 72 verklaar hieroor: "Elections can help to legitimate a regime or maintain its legitimacy." Pennock (1) 8 verklaar oor die rol van verkiesings en *vertteenwoordigende* regering: "Above all else, they supply the element of authorization keeping it current. It is reasonable to believe that they tend to secure governmental action in the interest of those whom they are supposed to represent, both by enforcing accountability and by giving some indication of what people consider their interests to be." Sien ook Nordlinger *op cit* 120.

'n wesenlike invloed op die regeringsamestelling en die regeringsbeleid uitoefen.¹⁵⁶ Die regs waarde van verteenwoordiging, wat 'n verteenwoordigende regeringstelsel vereis, stel sekere voorwaardes (vereistes) waaraan die optrede van die politieke partye, die optrede van die onderdane (die kiesers) en die optrede van die verteenwoordigers asook die stelsel van verteenwoordiging self tydens die legitimasiëproses moet voldoen voordat gesê sal kan word dat die owerheids gesag inderdaad names die onderdane uitgeoefen word. Hierdie vereistes word agtereenvolgens bespreek.

i Vereistes waaraan die politieke partye moet voldoen tydens die *legitimasiëproses* (die verkiesingsproses):¹⁵⁷ Die politieke partye moet hul onderskeie beleidsrigtings duidelik formuleer en verder moet die politieke partye se beleidsrigtings van mekaar verskil om aan die onderdaan op hierdie wyse 'n keuse tussen die beleidsrigtings te bied. Laastens moet die politieke partye die lede van die onderskeie politieke partye wat verteenwoordigers by die verkose wetgewende vergadering is, kan hou by die partybeleid wat deur die onderdane tydens die verkiesingsproses goedgekeur is. Dit kom gevolglik verder daarop neer dat die partydisipline die vrye mandaat wat die verteenwoordiger *de jure* kan uitoefen, *de facto* moet vernietig.

ii Vereistes waaraan die onderdane (die kiesers) moet voldoen tydens die *legitimasiëproses* (die verkiesingsproses): Die onderdaan moet tydens die verkiesingsproses rasioneel optree in die uitoefening van sy keuse (sy stemreg) tussen die onderskeie beleidsrigtings van die politieke partye. Verskeie ondersoekte in hierdie verband het aan die lig gebring dat kiesers oor die algemeen voldoen aan hierdie vereiste.¹⁵⁸ Daar moet beklemtoon word dat die onderdane aan die verkiesingsproses (die legitimasiëproses) deur middel van die uitoefening van hul (universele) stemreg deelneem, en dat in die positiewe staatsreg tussen die aktiewe en die passiewe stemreg onderskei moet word:¹⁵⁹ Die aktiewe stemreg beteken die bevoegdheid van die onderdaan om te kan stem tydens verkiesings en die passiewe stemreg beteken

¹⁵⁶ Sien hierbo waar die invloed van partyregering op die vrye mandaat teorie van verteenwoordiging bespreek is en tot die gevolgtrekking geraak is dat partyregering inderdaad verteenwoordigende regering is.

¹⁵⁷ Sien hieroor Thomassen *Kiezers en Gekozenen in een Representatieve Demokrasie* (1976) veral 214 e v.

¹⁵⁸ Sien hieroor o a: Daudt *Floating Voters and the Floating Vote* (1961) 165-166; Sobolewski *op cit* 103; Lipset *Party Systems and the Representation of Social Groups* 307; Holden *op cit* 166-167; Campbell, Converse, Miller en Sokes *The American Voter* 34-36 521-7 531-534 542-547.

¹⁵⁹ Joubert *op cit* 19-20 onderskei insgelyks tussen stemreg as die reg van elke burger om verkiesbaar te wees en die reg om 'n vrye keuse tussen sy medeburgers as verteenwoordigers vir die owerheidsamp te kan maak. Van Wyk *op cit* 129 definieer in ooreenstemming hiermee die aktiewe status van 'n burger as die betrokkenheid van die enkeling as lid van 'n groep in die uitvoering van staatlke handelinge (hy verwys na die Duitse staatsreg in hierdie verband). Oud *op cit* 494 wys ook op die onderskeid in die Franse en Nederlandse staatsreg tussen *citoyens actifs* en *citoyens passifs*, waar eersgenoemde groep dië burgers is wat aktief aan die staatlke lewe deelneem en beskik oor die politieke regte. In ooreenstemming hiermee is Immink "Beskouwingen over de ontwikkeling van de begrippen volk en verteenwoordiging" in *Publiekrechtelijke Opstellen* Van der Pot 114. Sien verder ook Jeukens (Prins (red) *op cit* 131 e v). Jeukens beskou die erkenning van stemreg as die konkretisering van die beginsel van universele stemreg.

die bevoegdheid van die onderdaan om 'n verteenwoordiger by die verkose wetgewende vergadering te kan wees. Die stemreg kan gesien word as 'n uitvloeiing van burgerskap sowel as 'n sogenaamde mensereg.

iii Vereistes waaraan die stelsel van verteenwoordiging self moet voldoen¹⁶⁰ tydens die *legitimasiëproses* (die verkiesingsproses): Die wyse waarop verkiesings plaasvind, is hier van deurslaggewende belang:

Algemene verkiesings: Verkiesings moet op 'n algemene wyse plaasvind. Hierdie vereiste kom daarop neer dat die regsbeginsel van universele stemreg in die positiewe staatsreg gekonkretiseer moet word sodat 'n minderheidsgroep nie die meerderheid sal oorheers nie. Dit beteken gevolglik dat alle onderdane oor die stemreg moet beskik en dat 'n persoon nie sy stemreg op onredelike gronde soos politieke oortuigings, godsdienstige oortuigings, ras of geslag ontnem moet word nie.

Periodieke verkiesings: Verkiesings moet op 'n periodieke wyse plaasvind. Hierdie vereiste verseker dat die regering gereeld (periodiek) na die onderdane moet gaan om hul goedkeuring vir die regeringsamestelling en die regeringsbeleid te verkry.

Vrye en regverdige verkiesings: Verkiesings moet op 'n vrye en regverdige wyse plaasvind. Hierdie vereiste beteken dat verkiesings ordelik geadmistreer moet word. Dit moet gebeur sodat die onderdaan (die kieser) in staat kan wees om sy aktiewe stemreg op 'n rasonale en 'n vrye wyse uit te oefen. Dit beteken dat die kieser nie in die uitoefening van sy keuse tussen die verskillende beleidsrigtings van die politieke partye van buite beïnvloed of geïntimideer moet word nie, omdat dit sou meebring dat sy stemreg nie sy ware (rasionele) wilsuiting is nie.

'n Proporsionele-kiesstelsel: Die proporsionele-kiesstelsel funksioneer op so 'n wyse dat setels aan die verteenwoordigers toegeken word volgens 'n persentasie van die totale stemme wat in die verkiesing uitgebring is. Dit beteken dat die minderheidspartye wat die minderheidsgroepe verteenwoordig makliker setels kan verkry by die wetgewende vergadering as wat die geval is by 'n kiesafdeling-kiesstelsel waar 'n politieke party 'n absolute of relatiewe meerderheid van die totale stemme moet behaal om aan bewind te kom. Hierdie vereiste word gevolglik gestel sodat minderheidsbelange in die politieke gemeenskap ook in ag geneem sal word by die uitoefening van die owerheidsgesag.¹⁶¹ Dit beteken dat die meerderheid nie die minderheid moet oorheers nie, op dieselfde wyse as wat die minderheid nie die meerderheid moet oorheers nie.

¹⁶⁰ Hierdie vereistes wat aan die verkiesingsproses gestel word deur die regsuarde van verteenwoordiging is alreeds gekonkretiseer as regsfiguur in die staatsreg van Brittanje, Frankryk, Duitsland, Nederland en die Verenigde State van Amerika. Om hierdie rede kan dit onomwonde gestel word dat hierdie vereistes 'n bestaansreg het in die hedendaagse positiewe staatsreg. Vir 'n volledige regsvergelykende ondersoek na die stelsels van verteenwoordiging in hierdie lande en die gevolgtrekkings wat daaruit afgelei kan word, sien die ongepubliseerde proefskrif van die skrywer (Basson *Verteenwoordiging in die Staatsreg* 1981 (Unisa)) Hoofstuk II Afdeling B 107-180 veral op 171-180.

¹⁶¹ Sien hieroor Basson *Kiesstelsels van Proporsionele Verteenwoordiging* (RGN Pol/6/1982) veral 1-25.

iv Vereistes waaraan die verteenwoordigers by die verkose wetgewende vergadering moet voldoen tydens die *legitimasieproses*: Volgens die positiewe staatsreg beskik die verteenwoordigers by die verkose wetgewende vergadering oor 'n vrye mandaat en omdat die gemeenskapsbelang (ofte wel die nasionale belang) nie noodwendig dieselfde as die regeringsbelang is nie, word die vereiste gestel dat die owerheidsgesag in die nasionale belang uitgeoefen moet word. Verteenwoordigers is gevolglik nie regtens gebonde aan enige mandate wat hulle ontvang nie. Die nasionale belang behels byvoorbeeld die gemeenskapsbelang in ordelike en stabiele regering¹⁶² waarvan die staat die draer is. Die regswaarde van verteenwoordiging, wat 'n verteenwoordigende regering vereis, vereis egter dat die verteenwoordigers in die uitoefening van die owerheidsgesag ook dié onderdaansbelange in ag sal neem wat nie deel uitmaak van die nasionale belang nie. In die praktyk beteken dit dat verteenwoordigers hul moet neerlê by die partybeleid van die politieke party waarvan hulle lede is. Hierdie partybeleid is goedgekeur deur die onderdane tydens die verkiesingsproses. Die verteenwoordigers moet deur hierdie optrede leierskap uitoefen deurdat hulle die nasionale belang voortdurend moet versoen met die onderdaansbelange.¹⁶³ Die onderdaansbelange is soms ook deel van die nasionale belang en daarom moet ook vir hierdie aspekte van die nasionale belang in die partybeleid voorsiening gemaak word.

Indien aan die genoemde vereistes (i)–(iv) voldoen word, word 'n verkiesingsproses in die positiewe staatsreg gekonkretiseer as die belangrikste deel van die legitimasiëproses waardeur die owerheidsgesag¹⁶⁴ gewettig word, omdat die onderdane deur middel van die verkiesingsproses so 'n wesentlike invloed uitoefen op sowel die regeringsamestelling as die regeringsbeleid dat gesê kan word dat die owerheidsgesag inderdaad namens die onderdane uitgeoefen word.

b *Drukgroepoptrede* In die tweede plek bestaan die legitimasiëproses uit die optrede van drukgroepe.¹⁶⁵ Drukgroepe het ten doel om die regeringsbeleid te beïnvloed en werk direk in op die owerheidsgesag ten einde dit te kan bewerkstellig. Op hierdie wyse is die proses van drukgroepoptrede 'n aanvullende proses tot die proses van verkiesings, en gesamentlik maak hierdie prosesse die legitimasiëproses van die verteenwoordigingsproses uit.

¹⁶² Nordlinger *op cit* 120–121.

¹⁶³ Sobolewski *op cit* 107 e v. Pennock (1) 10 wys ook op die vereiste van leierskap nl dat die spanning tussen die strydende norme van die onderdaansbelange (belange van die kiesers) en die nasionale belang deur die uitoefening van leierskap deur die verteenwoordigers opgelos moet word. Verteenwoordigers het dan ook 'n sogenaamde "consensual role" deurdat hulle met mekaar moet saamwerk en die partyleiding moet aanvaar. Sien verder Diggs *op cit* 17; Oud *op cit* 496.

¹⁶⁴ Die legitimasiëproses, soos ook die investeringsproses (wat hierbo bespreek is), het betrekking op die lede van beide die wetgewende en die uitvoerende gesag. Wat die uitvoerende gesag betref, is die invloed van die onderdane insgelyks direk of indirek afhange van die stelsel van uitvoerende gesag wat toepassing vind.

¹⁶⁵ Sien in hierdie verband die bespreking van die standpunte van die pluraliste hierbo. Sien verder Larsen *Representative Government in Greek and Roman History* (1955) 11; Nordlinger *op cit* 124 e v; Sobolewski *op cit* 106.

3 SLOTOPMERKING

Deur sowel regshistories as regsvergeelykend te werk te gaan, gepoog om 'n geldige teorie oor verteenwoordiging in die hedendaagse staatsreg op te bou. Daar word in oorweging gegee dat hierdie teoretiese grondslae van verteenwoordiging sinvol in die Suid-Afrikaanse staatsreg toepassing kan vind.¹⁶⁶

Bydraes vir publikasie, boeke vir resensie, korrespondensie met die redakteur en advertensies moet gestuur word aan die redakteur, posbus 1263 Pretoria 0001. Artikels moet in die reël nie langer wees nie as 7 000 woorde (20-25 bladsye getik op A4, dubbelspasiering). Tensy vooraf met die redakteur ooreen gekom is, kan onmiddellike publikasie van bydraes nie beloof word nie.

Inskrywings op die blad moet gerig word aan die uitgewer: Butterworth, posbus 792, Durban 4000.

¹⁶⁶ Sien hieroor Basson *op cit* (proefskrif) 319-429.

'n Paar gedagtes rakende die getuie voor 'n kommissie van ondersoek

W Bray

BIur LLB

Lektrise in die Staats- en Volkereg aan die Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

Witnesses before a commission of enquiry

The appointment of commissions of enquiry can today be regarded as a common occurrence in South Africa. The traditional approach of a commission of enquiry as a "fact-finding" body has recently been discarded as a result of the findings of the Erasmus commission: in reality the findings can be described as a "trial by commission." In this article emphasis is placed on common law commissions of enquiry which are appointed by the state president. In most of these instances the Commissions Act 8 of 1947 is applicable when matters of public interest are investigated.

When the nature of the activities of a commission is examined the conclusion is reached that the rights of the individual testifying before the commission are affected, *inter alia*, by the wide inquisitorial powers of the commission, the discretionary power regarding admission of other witnesses, cross-examination, the *audi alteram partem* rule, etc. It is suggested that the preliminary investigation and recommendations by the commission should be seen as part of the whole "decision-making process" and consequently the activities of the commission must then comply with the standards set for a reasonable act.

In recent case law we notice, however, a more sympathetic attitude towards the individual testifying before a commission. The "wider" interpretation of the Commissions Act is also to be welcomed. Our courts feel that in certain instances the individual who testifies before a commission should enjoy similar protection and privileges to a witness testifying before a court of law. Indeed, the individual's need for protection was already raised in Britain as early as 1966 when Lord Justice Salmon compiled a comprehensive document listing recommendations to ensure better protection for the individual testifying before a Royal Commission of Enquiry.

1 INLEIDING

Die aanstelling van kommissies om ondersoek in te stel na belangrike openbare aangeleenthede is 'n algemene verskynsel in Suid-Afrika. Ofskoon kommissies tradisioneel deel van ons staatsreg is, het gebeure van die onlangse verlede meer as ooit die soeklig op hulle gewerp. Hier hoef bloot verwys te word na die Mostert-kommissie insake valuta-aangeleenthede, die Erasmus-kommissie van ondersoek na die inligtingsgeval, die Schibusch-kommissie van ondersoek na die grondwet, die Wiehahn-kommissie oor arbeidsaangeleenthede, die Hoexter-kommissie van ondersoek na die howe, die De Lange-kommissie van ondersoek na die onderwysstelsel, die

Steyn-kommissie van ondersoek na die media en die Rabie-kommissie van ondersoek na veiligheidswetgewing.

Die tradisionele opvatting oor kommissies is dat hulle blote feiteversamelaars is.¹ Tog kan die indruk kwalik ontkom word — as daar byvoorbeeld na die Erasmus-kommissie se verslag gekyk word — dat die uitwerking van kommissiewerksaamhede effektief op “trial by commission” kan neerkom.

'n Ondersoek na die kommissiestelsel in Suid-Afrika word bemoeilik deur 'n gebrek aan gepubliseerde inligting.² Gelukkig het 'n paar onlangse hofuitsprake heelwat lig op dié vertakking van ons reg gewerp. Desondanks bly daar nog veel oor wat gesê kan word, veral teen die agtergrond van die bepalings van die Kommissiewet 8 van 1947, rakende die getuie voor die kommissie van ondersoek.

2 KOMMISSIES OMSKRYF

'n Kommissie is in wese 'n opdrag om iets te doen.³ 'n Liggaam aan wie 'n opdrag gegee word, word egter ook dikwels die “kommissie” genoem. Vir doeleindes van hierdie artikel kan daar 'n verdeling gemaak word tussen gemeenregtelike en statutêre kommissies. In die moderne administrasie het die onderskeid tussen 'n statutêre kommissie en 'n statutêre raad heeltemal vervaag. In wese is daar geen verskil tussen die tipe funksie wat aan statutêre kommissies en statutêre rade opgedra word nie.⁴ Gemeenregtelike kommissies val daarenteen nog in 'n klas van hul eie. Hulle word deur die staatspresident aangestel uit hoofde van die prerogatief wat deur art 7(4) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika⁵ bevestig word. Sulke kommissies word bykans uitsluitlik gebruik om ondersoek in te stel, verslag te doen en aanbevelings te maak aan die staatspresident⁶ oor enige saak wat aan die kommissie opgedra word. Die staatspresident (regering) word nie deur die verslag gebind nie en kan na goeddunke daarop reageer, of selfs nie eens daarop reageer nie.⁷ Die staatspresident het haas

¹ *Bell v Van Rensburg* 1971 3 SA 693 (K) 704 719; *Erasmus v SA Associated Newspapers Ltd* 1979 3 SA 477 (W) 455 499.

² Sien Van Wyk “Commissions” in Joubert (red) *The Law of South Africa* vol 2 par 466 e.v. Dit is die eerste artikel wat omvattende inligting oor kommissies van ondersoek bevat het. Sien ook Burger *Kommissie van Ondersoek en die Kommissiewet* 1980 (2) TRW 56.

³ Van Wyk *op cit* par 466.

⁴ *ibid.* In beide gevalle word aanstellings deur die staatspresident gedoen by wyse van proklamasie in die Staatskoerant. Die bevoegdheede sluit o a in die bevoegdheid om ondersoek te doen en aanbevelings te maak oor sekere aangeleenthede wat aan hierdie kommissies/rade opgedra is.

⁵ 32 van 1961. Deesdae word openbare liggame, soos bv. die Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing, aangestel om namens die regering kommissies van ondersoek aan te stel. So 'n kommissie bestaan gewoonlik uit 'n paneel deskundiges wat hulle eie vakgebied ondersoek en aanbevelings maak. Die De Lange-kommissie van ondersoek na onderwysaangeleenthede en die RGN-sportondersoek is tipiese voorbeelde hiervan.

⁶ Van Wyk *op cit* par 467. In die praktyk is dit die regering.

⁷ *ibid.*; *S v Mulder* 1980 1 SA 113 (T) 120. Sien bv die Theron-kommissie waar een van die aanbevelings deur die uitvoerende raad aanvaar is: die sleutelaanbevelings is egter verwerp.

onbeperkte bevoegdheede ten opsigte van die aanstelling, samestelling en opdrag van die kommissie.⁸ Die enigste vereiste is dat die opdrag skriftelik moet plaasvind, ingevolge artikel 19 van die Grondwet. In die praktyk geskied dit by wyse van proklamasie in die *Staatskoerant*, deur die staatspresident geteken en mede-onderteken deur 'n minister.⁹

Die tipiese proklamasie vir die aanstelling van 'n kommissie lui soos volg:

“Opdrag van die Staatspresident van die Republiek van Suid-Afrika aan . . . (lede van die kommissie).

Nademaal ek dit dienstig ag om 'n kommissie te benoem om ondersoek in te stel na en verslag te doen oor die aangeleentheid hieronder genoem;

So is dit dat, aangesien ek groot vertroue in u kennis, oordeel en bekwaamheid stel, ek u hierby magtig en benoem tot lede van 'n kommissie en u, . . . (genoemde persoon), tot voorsitter, met die volgende opdrag:

Om ondersoek in te stel na en verslag te doen oor wetgewing, om voorsiening te maak vir die koördinerings van alle optrede wat bedoel is om 'n invloed te hê of wat 'n invloed kan hê op die omgewing en om sodanige wetgewing te formuleer.

Gegee onder my hand en die seël van die Republiek van Suid-Afrika te Pretoria, op hede die negende dag van April eenduisend negehoonderd een-en-tagtig.

. . . Staatspresident

Op las van die Staatspresident-in-rade:

. . . (Minister)

3 KOMMISSIEWET 8 van 1947

Wanneer sake van openbare belang ondersoek moet word, word die bepalings van die Kommissiewet 8 van 1947 normaalweg op die kommissie van toepassing gemaak. Dit is egter belangrik om te onthou dat die kommissie self nie daardeur in 'n statutêre kommissie verander word nie.¹⁰

Die wet maak slegs voorsiening vir en magtig die toepassing van sekere prosedures deur die kommissie en tas nie die staatspresident se bevoegdheede, sover dit die aanstelling en opdrag van die kommissie betref, aan nie. Regulasies kan ingevolge die wet deur die staatspresident uitgevaardig word om meer bevoegdheede aan die kommissie te verleen.¹¹

Die Kommissiewet is 'n belangrike deel van effektiewe kommissiewerksaamheid, want daardeur kry die kommissie die bevoegdheid om 'n persoon te dagvaar om as getuie voor die kommissie te verskyn en om op dokumente beslag te lê of mense te gelas om inligting voor te lê.¹² In ons reg geld die beginsel dat 'n getuie nie gedwing kan word tot getuienislewering nie, behalwe in die gevalle waar statutêre magtigings daarvoor bestaan.¹³

⁸ Van Wyk *op cit* par 470; Kommissiewet 8 van 1947 art 1.

⁹ Van Wyk *op cit* par 467. Art 19 van die Grondwet bepaal dat die wil en wens van die staatspresident as hoof van die uitvoerende gesag mede-onderteken moet word deur 'n minister.

¹⁰ Soos bepaal in *S v Hertzog* 1970 2 SA 578 (T) 582.

¹¹ Kommissiewet art 1(1)(b).

¹² a 3(1)(3).

¹³ Sien vnn 41 42 *infra*; *S v Naudé* 1977 1 SA (T) 46; *Mulder*-saak *supra* 121.

4 AARD VAN WERKSAAMHEDE

Kommissiewerksaamhede het 'n interessante verhaal. Die howe het sover konsekwent beslis dat 'n kommissie van ondersoek nie 'n kwasi-judisiële handeling verrig nie en daarom word die toepassing van die reëls van natuurlike geregtigheid nie vereis nie.¹⁴ Verder is daar ook vasgestel dat die kommissie nie 'n egte judisiële handeling verrig nie omdat daar, aldus die howe, geen geskilpunt bestaan waaroor 'n beslissing gevel word nie.¹⁵ 'n Suiwer administratiewe handeling is dit ook nie, aangesien laasgenoemde 'n meganiese handeling is waarin geen diskresie-uitoefening plaasvind nie of hoogstens 'n streng omskrewe diskresie uitgeoefen word.¹⁶ Ongeag die tipe handeling wat verrig word, is die howe dit eens dat kommissiewerksaamhede geen regte van die individu aantast nie.

Volgens die howe is 'n kommissie van ondersoek slegs 'n "fact-finding body."¹⁷ Dit is konsekwent so aanvaar, selfs in die geval van statutêre kommissies van ondersoek.¹⁸ Dit verklaar waarskynlik waarom die getuie voor 'n kommissie van ondersoek nie 'n reg op regsverteenvoordinging het nie.¹⁹ Hy is nie 'n "party" in die een of ander "saak" nie. Selfs waar kruisondervraging by die howe 'n belangrike vereiste vir die toetsing en sifting van getuienis is, word dit by kommissies van ondersoek aan die diskresie van die voorsittende kommissaris oorgelaat.²⁰ 'n Ontleding van 'n aantal hofsake waarin die werksaamhede van kommissies van ondersoek onder oë geneem is, laat egter twyfel ontstaan oor dié bewering, naamlik dat kommissies slegs "fact-finding bodies" is. Dit wil wel voorkom of die regte van individue in die gedrang kan kom in gevalle waar hulle betrokke raak by so 'n "feitelike" ondersoek.²¹ Bloot die buitengewone inkwisitoriese magte van 'n kommissie, gerugsteun deur die statutêre bevoegdheid om getuies te dagvaar en te ondervra, kan die getuies voor so 'n kommissie in 'n nadelige posisie plaas waar hulle byvoorbeeld vrae moet beantwoord wat hulle uiteindelik kan blootstel aan moontlike strafregtelike vervolging of siviele stappe.²² (Ook buitelanders loop die risiko dat hulle reputasie aangetas kan word sonder dat hulle die geleentheid kry om hulle saak te

¹⁴ *Real Printing and Publishing Co (Pty) Ltd v Minister of Justice* 1965 2 SA 782 (K); *Minister of the Interior v Becher*; *Becher v Minister of the Interior* 1948 3 SA 409 (A) 451 e v. Rose-Innes *Judicial Review of Administrative Tribunals in South Africa* (1963) 155 beweer egter dat die howe vroeër wel bevind het dat 'n kommissiehandeling kwasi-judisiel van aard is en dat die *audi alteram partem*-reël dan toegepas moes word. Sedertdien het die appèlhof egter afgewyk van hierdie houding in die *Beier*-saak.

¹⁵ *Bell*-saak *supra* 718.

¹⁶ Wiechers *Administratiewe Reg* 1973) 120 e v.

¹⁷ *Bell*-saak *supra* 719; *Erasmus*-saak *supra* 449 455.

¹⁸ Sien die bespreking van die *SA Defence and Aid Fund*-saak *infra*. Die benaming "regterlike kommissie" ("judicial commission") het egter verwarring veroorsaak. Hierdie tipe kommissie bly steeds 'n feitekommissie, d w s 'n nie-geregtelike adviesliggaam vir die uitvoerende gesag. Die feit dat 'n regter gewoonlik as voorsittende beampte op so 'n kommissie dien, verander dit nie in 'n geregtelike kommissie nie. Sien die *Erasmus*-saak *supra* 456C-F.

¹⁹ Sien par 6 *infra*.

²⁰ Van Wyk *op cit* par 465; *Bell*-saak *supra* 731-2.

²¹ *Mulder*-saak *supra* 121 e v.

²² *ibid*.

stel.) Veral in die lig van die nadraaie van die inligtingsgeval moet daar miskien opnuut na die handeling en bevoegdheide van kommissies gekyk word om vas te stel of die blote "fact-finding"-beeld noodwendig met die werk van *alle* kommissies moet strook.

5 DIE HANDELING

Daar is reeds opgemerk dat gemeenregtelike kommissies van ondersoek hoofsaaklik gebruik word om feite of sake te ondersoek en 'n verslag uit te bring. Streng gesproke word geen besluit deur die kommissie geneem waaruit regstreekse gevolge voortspruit nie: die kommissie is 'n verlengarm van die uitvoerende gesag by wie die beslissingsbevoegdheid uiteindelik berus.²³ Teoreties verrig die kommissie geen administratiewe handeling nie, want 'n kommissie is enersyds nie struktureel deel van die administrasie nie, en andersyds hou die kommissie se "handeling" geen element van 'n beslissing in nie.²⁴ Die kommissie se handeling (verslag) kan hoogstens as 'n staatsregtelike advieshandeling beskryf word. Trouens, die feiteversameling en aanbevelings van die kommissie is *deel* van die uiteindelige besluitnemingsproses: dit kan as die eerste wesentlike stap in die proses bestempel word, want dit is dikwels bepalend vir die uiteindelige besluit wat deur die staatspresident (regering) geneem word.²⁵

Hier moet die bespreking 'n oomblik onderbreek word om moontlike misverstand uit die weg te ruim: terwyl dit in dié bydrae spesifiek oor *gemeenregtelike* kommissies van ondersoek gaan, moet bygevoeg word dat waar statutêre kommissies van ondersoek bestaan, dieselfde beginsels ten aansien van hulle plek in die besluitnemingsproses geld. Die klassieke voorbeeld is 'n kommissie wat die staatspresident ingevolge die Wet op Binnelandse Veiligheid 44 van 1950 moet adviseer voordat 'n verbod op 'n organisasie geplaas word.²⁶

Die houe se beskouing van die staatlke besluitnemingsproses is ongelukkig dikwels eng en onoorsigtelik: omdat die voorondersoek nie "kousaal" verbonde is aan die uiteindelige besluitneming nie of omdat die kousale verband nie duidelik uit die wet af te lei is nie, word daar byvoorbeeld beslis dat die reëls van natuurlike geregtigheid nie gedurende die "voorondersoek" nagekom hoef te word nie, selfs al sou die uiteindelige besluit drastiese gevolge vir die onderdaan se regte, voorregte en vryhede inhou.²⁷ Twee voorbeelde kan genoem word: een uit die staatsreg, en een uit die

²³ Van Wyk *op cit* par 469; *Bell-saak supra* 718 731.

²⁴ *Mulder-saak supra* 121.

²⁵ *Wiechers op cit* 234.

²⁶ *Sien SA Defence and Aid Fund v Minister of Justice* 1967 1 SA 263 (A).

²⁷ *SA Defence and Aid Fund-saak* 273 e v; Corder "The Content of the *audi alteram partem*-rule in South African Administrative Law" 1980 *THRHR* 156 175 voer aan: "A further area of particular difficulty . . . is the application of the *audi alteram partem*-rule to what can be called a 'multi stage enquiry' or an 'institutional decision.' These terms . . . describe what has become a common feature of bureaucracies in large organisations viz an investigation is made and a report compiled by one person, who then hands over the responsibility for making the decision to another person, whose decision in turn might be subject to the final approval of a third person."

administratiefreg. Om by laasgenoemde te begin, word na die appèlhofuitspraak in *SA Defence and Aid Fund v Minister of Justice*²⁸ verwys. In hierdie saak is 'n organisasie deur die staatspresident ingevolge die Wet op die Onderdrukking van Kommunisme 44 van 1950 verbied nadat 'n ondersoekkomitee 'n verslag opgestel het wat aan die minister voorgelê is. Op sy beurt het die minister weer die aanbeveling aan die staatspresident gemaak. Die organisasie dring aan op die nakoming van die reëls van natuurlike geregtigheid deur die ondersoekkomitee, dog daar word in die meerderheidsuitspraak beslis dat die ondersoekkomitee se verslag nie gevolg hoef te word nie en omdat die besluit van die staatspresident uiteindelik op heeltemal ander feite of oorwegings gegrond kan wees, is daar geen kousale verband tussen die werksaamheid van die ondersoekkomitee en die uiteindelijke beslissing van die staatspresident nie. Indien hierdie argument in alle administratiewe vooronderseke en selfs hofverrigtinge gevolg moet word, sou dit beteken dat daar prakties nooit 'n kousale verband tussen ondersoek en besluit of beslissing vasgestel kan word nie. Die feit dat die besluitnemende orgaan 'n selfstandige oordeel oor die aangeleentheid daarop mag nahou, bevestig die kousale verband van die verrigtinge eerder as wat dit 'n verbreking daarvan is. Indien die besluitnemende orgaan aan die aanbevelings van die ondersoekkomitee gebonde sou wees, sou daar streng gesproke geen kousale *verloop* tussen die ondersoek en die besluit gewees het nie omdat ondersoek en besluit één is, alhoewel dit deur twee organe uitgevoer is. Waar die besluitnemer en die ondersoekkomitee selfstandige posisies naas mekaar beklee en die besluitnemer self kan besluit of hy die komitee se bevindings gaan aanvaar, is daar werklik van 'n kousale verband sprake — dit wil sê 'n verloop van sake waar die besluitnemer beïnvloed of oortuig mag word ten aansien van die komitee se aanbevelings en bevindings.²⁹

Wat die staatsreg betref, kyk ons na die inligtingsdebakel. Alhoewel politieke druk regstreeks daartoe aanleiding gegee het dat dr Mulder en Rhodie hulle poste effektief verloor het vóór die aanstelling van die kommissie van ondersoek, kan mens die feit nie wegredeneer dat die verslag en aanbevelings van hierdie kommissie 'n onuitwisbare klad op die reputasie en goeie naam van hierdie individue gelaat het nie. Alhoewel dr Rhodie later in die appèlhof vrygespreek is, het die kommissie-werksaamhede werklike benadeling vir hom gebring. Die posisie van dr Mulder was omtrent dieselfde: hoewel hy regtens kon weier om oor sekere sake te getuig, is daar wel ander ongegronde bewerings oor en aanslae op sy privaat lewe gemaak.

In nie een van die twee gevalle het die uiteindelijke “slagoffers” enige aanspraak (“reg”) daarop gehad om 'n woord ter selfverdediging te sê nie. Ofskoon toegegee moet word dat dit in die inligtingsgeval in 'n voldoende mate oor 'n politieke saak gehandel het, en die remedie waarskynlik eerder

²⁸ *supra*.

²⁹ Wiechers 1967 *THRHR* 57-58; Wiechers *Administratiefreg* 234. Veël verkiesliker is die minderspraak in bogenoemde saak waar gesê word (285D) dat die ondersoek en bevindings nie *in vacua* gesien moet word nie.

polities as juridies sou wees, lyk dit na 'n beginsel van billikheid dat iemand wat deur 'n besluitnemingsproses benadeel kan word, die kans gegun moet word om sy kant van die saak te stel.³⁰ In die administratiefreg (waaronder die *SA Defence and Aid Fund*-saak sou ressorteer) is dit onbetwis dat die reëls van natuurlike geregtigheid deel van die gemenerereg is en slegs uitgesluit kan word wanneer dit uitdruklik of by sterk aanduiding in 'n wet so bepaal word.³¹ Ongelukkig het die noue vervlegting van die reëls van natuurlike geregtigheid met kwasi-judisiële handeling veel daartoe bygedra dat die reëls se toepassingsveld effektief vereng is. Omdat regeringsbesluite deesdae dikwels so kompleks en uiteenlopend is, het dit heeltemal moontlik geword om met 'n tegniese argument die reëls van natuurlike geregtigheid uit 'n handeling wat globaal gesien sogenaamd kwasi-judisieel is, weg te redeneer.³²

In die lig van die voorafgaande bespreking kan nou gesê word dat, hoewel die optrede van 'n kommissie van ondersoek op sigself nie 'n handeling daarstel waarby die reëls van natuurlike geregtigheid dwingend is nie, dit wel effektief en struktureel 'n inherente deel van die besluitnemingsproses vorm wat die uiteindelijke, volwaardige administratiewe of staatlake handeling is. Waar die aanbevelings van so 'n "voorondersoek" in aanmerking geneem word by die uiteindelijke besluit wat individue of liggame kan benadeel, het dit die strekking van 'n volwaardige handeling. Derhalwe moet die handeling van 'n kommissie van ondersoek ook onderworpe wees aan die toetse vir 'n redelike handeling; byvoorbeeld, die individu moet beskerm word deur die toepassing van die reëls van natuurlike geregtigheid.

Wat tot dusver gesê is, raak enige individu wie se regte of belange nadelig deur 'n kommissie van ondersoek geraak word. Daar moet toegegee word dat gemeenregtelike staatsdiens- of departementele kommissies van ondersoek in die meerderheid gevalle sake ondersoek waar individuele of selfs groepsbelange nie regstreeks ter sprake kom nie. Dit gebeur egter ook dat in die gevalle waar sulke belange wel ter sprake kom, die prosedure wat hierbo voorgestel is, nie gevolg hoef te word nie.

6 DIE GETUIE VOOR DIE KOMMISSIE

Getuies is onontbeerlik vir enige ondersoek en geniet 'n mate van beskerming voor 'n kommissie van ondersoek. Artikel 3 van die Kommissiewet reël die bevoegdheid van die kommissie ten opsigte van die dagvaarding en ondervraging van getuies. Uit die uitsprake waarby kommissie-getuies betrokke was, is dit egter glad nie duidelik of die beskerming wat hierdie artikel bied werklik bevredigend is nie.

³⁰ De Smith *Judicial Review of Administrative Action* 3e uitg 183 beweer dat "(t)o the individual whose interests are adversely affected, a divorce between hearing and deciding — not to speak of the pseudonymity of the decision-maker . . . — may seem unfair."

³¹ Wiechers *Staatsreg* 235; *Winter v Administrator-in-Executive Committee* 1973 1 SA 373 (A) 889B-D.

³² *Real Printing and Publishing Co (Pty) Ltd* — saak *supra* waar beslis is dat 'n ondersoekkomitee slegs 'n "fact-finding committee" is en dat die reëls van natuurlike geregtigheid by die verrigtinge van die komitee dus nie nagekom hoef te word nie.

Ingevolge artikel 3(1) het die kommissie van ondersoek die bevoegdheid van 'n provinsiale afdeling van die hooggeregshof om getuies te dagvaar, om aan hulle die eed op te lê of van hulle 'n bevestiging af te neem, hulle te ondervra en om die oorlegging van boeke, dokumente en voorwerpe op te eis. Artikel 3(4) bepaal verder dat die regsbepalings ten opsigte van privilegie, soos van toepassing op 'n getuie in 'n strafgeding in 'n hoër hof, ook geld in die geval van iemand wat gedagvaar word om die sitting van die kommissie as getuie by te woon of wat voor 'n kommissie getuienis aflê het.

*S v Hertzog*³³ handel oor 'n getuie wat geweier het om voor die kommissie getuienis af te lê omrede hy die regsgeldigheid van 'n bykomende opdrag waaroor hy moes getuig, wou laat toets. Hy het ook geweier omdat hy nie voldoende tyd gegun is om 'n geskikte raadsman te nader in verband met sy voorneme om getuienis te weier nie. Die hof beslis dat 'n getuie in die hof slegs kan weier om te getuig as hy voldoende rede aanbied:³⁴

"[T]he excuse tendered would have to be of sufficient cogency, taking all the circumstances into consideration for the witness to be absolved from the duty not to withhold the truth from the court."³⁵

Daar moet ook gekyk word na die moeilikheidsgraad van vrae wat aan die getuie gevra kan word. Elke saak moet dus op sy eie meriete beoordeel word. 'n Getuie in die hof het ingevolge die gemenerereg geen reg om deur 'n regsverteenvoerwoordiger (wat geregtig is om by die verrigtinge in te meng) bygestaan te word nie.³⁶ Ingevolge artikel 205 van die Strafproseswet kan op versoek van die staatsaanklaer gelas word dat enige persoon wat waarskynlik ter sake dienende getuienis oor 'n beweerde misdryf kan aflê, vir ondervraging moet verskyn. So 'n persoon het nie aanspraak op regsverteenvoerwoordiging nie, maar die landdros het 'n *uitsluitlike diskresie* om te besluit of regsverteenvoerwoordiging toegestaan moet word.³⁷ Belangrike uitsonderings is egter deur die appèlhof gemaak.³⁸ Eerstens mag 'n getuie met sy regsadviseur beraadslaag voordat hy 'n besluit neem oor 'n optrede in die hof wat hom daar en dan aan 'n straf kan blootstel; dit sluit 'n konsultasie in of hy getuienis behoort af te lê al dan nie. Tweedens, wanneer hy voldoende redes moet gee vir sy weiering kom dit in wese neer op 'n regverdiging van sy optrede en is hy geregtig op regsverteenvoerwoordiging. In die eerste geval moet die getuie die konsultasie werklik en *bona fide* begeer.³⁹ Alhoewel

³³ *supra*.

³⁴ a 212 van die ou Strafproseswet 56 van 1955 is vervat in 189 van die Strafproseswet 51 van 1977 en dit bepaal o a dat iemand wat in 'n strafszaak weier om as getuie die eed af te lê of 'n bevestiging te maak, hom blootstel aan gevangenisstraf tensy hy voldoende verskoning vir sy weiering aanbied.

³⁵ *S v Weinberg* 1966 4 SA 660 (A) 666.

³⁶ *S v Heyman* 1966 4 SA 598 (A) 603; *Appleson v The Master* 1951 3 SA 141 (T) 146.

³⁷ *Marks v Lugg* 1951 3 SA 141 (T) 146. sien ook Van der Vyver *Die Beskerming van Menseregte in Suid-Afrika* (1975) 169 e v.

³⁸ *Heyman*-saak *supra* 606.

³⁹ In *S v Wessels* 1966 4 SA 89 (K) 96-97 het Van Zijl R hierdie standpunt ondersteun deur te beslis dat 'n getuie wat weier om te getuig ('n weerspannige getuie) 'n gemeenregtelike reg het om *dan* bygestaan te word deur 'n raadsman — "if he genuinely and *bona fide* so desires." Dit mag egter geweier word wanneer dit 'n dwarsboming van die gereg sou veroorsaak.

dit 'n goue reël in die regspleging is (en al herhaaldelik in die hooggeregshof so beslis is) dat 'n persoon wat 'n raadsman verlang die geleentheid moet kry om een te raadpleeg, moet dit 'n grondige versoek wees en nie 'n skynvertoning nie. In die *Hertzog*-saak beslis die hof dat die redes wat die getuie voor die kommissie aangevoer het, bloot onbenullig of skynvertoning was en onder die omstandighede dus nie *bona fide* nie. Hertzog het 'n vooropgesette doel gehad om nie te getuig nie en hy wou van enige moontlike manier gebruik maak om uitstel te verkry. *In casu* het die kommissaris van die kommissie ook nie sy diskresie onbehoorlik uitgeoefen toe hy finaal geweier het om uitstel te verleen nie.

Die kwessie van genoegsame rede kom weer ter sprake in *S v Naudé*,⁴⁰ waar die getuie ook weier om voor die kommissie te getuig. Die hof beslis dat dit grondliggend 'n saak van gesonde oordeel aan die kant van die toepasser van die artikel is — in hierdie geval die hof wat 'n strafsanksie ingevolge artikel 6(1) van die Kommissiewet moet toepas. Die hof sal die saak in dié geval net so benader as in sy eie gevalle ingevolge artikel 212 van die ou Strafproseswet.⁴¹ In navolging van *S v Weinberg*⁴² beslis die hof dat loyaliteit teenoor andere en besware op grond van politieke of godsdienstige oortuigings nie ingesluit is by “voldoende rede” nie. Getuiepligtigheid is 'n fundamentele beginsel in die demokratiese staat en die hof is geroepe om hierdie beginsel te handhaaf oral waar ondersoeke konstitusioneel en sonder korrupsie of *mala fides* plaasvind.⁴³ Die voorreg teen selfbeskuldiging bestaan slegs teen bepaalde inkriminerende vrae en dit beteken nie dat die getuie heeltemal kan weier om die getuiebank binne te gaan nie. 'n Getuie in 'n strafszaak⁴⁴ het die reg om te weier om op 'n vraag te antwoord indien sy antwoord die strekking mag hê om hom aan 'n strafregtelike aanklag bloot te stel: hy kan egter nie weier om in die algemeen te getuig nie, maar moet wag totdat 'n inkriminerende vraag gestel word.⁴⁵ Alhoewel daar nie getwyfel word aan die goeie trou van die getuie nie, kan gewigtige politieke en godsdienstige oorewegings hom nie verskoon van getuienisaflegging voor die kommissie van ondersoek nie. Die ondersoek word in die openbare belang gedoen en om dit doeltreffend te laat geskied, is getuienis nodig van diegene wat oor die feite beskik, en sodanige persone word verplig om saam te werk. Onder die omstandighede word die redes vir sy weiering om te getuig as onvoldoende beskou.⁴⁶

⁴⁰ *supra*.

⁴¹ 48. Sien oor a 212 vn 34 *supra* 33.

⁴² *Supra*. Vgl die bespreking (666) oor “just excuse.” Regter Rumpff beslis in die *Heyman*-saak *supra* 610 na aanleiding van die omskrywing van voldoende rede dat daar twee soorte verskonings bestaan: eerstens, aangaande fisiese en psigiese toestand wat die hof sal ondersoek en, tweedens, 'n beroep op statutêre of gemeenregtelike bepalinge waarvolgens geen plig bestaan om as getuie op te tree nie.

⁴³ *Naudé*-saak *supra* 50.

⁴⁴ Sien a 203 van die Strafproseswet 51 van 1977.

⁴⁵ In die bewysreg geld die beginsel ook dat niemand verplig is om teen homself te getuig nie. Sien Schmidt *Die Bewysreg* (1972) 423-426.

⁴⁶ *Naudé*-saak *supra* 50.

Die beskermingsbehoefte van 'n individu wat voor 'n kommissie van ondersoek getuig, word meer simpatiek in *Bell v Van Rensburg*⁴⁷ benader. Die uitsprake in die *Wessels*- en *Heyman*-saak word ondersteun. 'n Getuie wat weier om te getuig en gevaar loop om ingevolge artikel 6(1) van die Kommissiewet vervolgt te word, moet die geleentheid gegun word om regsverteenvoerdiging te kry. Veral waar die opdrag van die kommissie oor 'n wye veld strek en baie uiteenlopende vrae gestel kan word, het die getuie regsverteenvoerdiging nodig en weiering sou hier onbillik wees en op 'n onreëlmatigheid neerkom.⁴⁸ Ten spyte hiervan beslis die hof dat die diskresie van die kommissaris om regsverteenvoerdiging te weier, absoluut is.

In *S v Mulder*⁴⁹ word daar 'n nuwe wending bespeur. Waar die vorige beslissings duidelik sentreer om die bevoegdheid en openbare belang van die kommissie en die ondergeskiktheid van die getuie voor so 'n kommissie benadruk word, word daar in die *Mulder*-saak meer klem gelê op die regsposisie van die getuie en die feit dat hy beskerming nodig het. Inherent tekortkomings word uitgewys, soos byvoorbeeld die buitengewone inkwistoriale magte van die kommissie wat die gewone burger nadelig kan tref omdat hy die risiko loop dat sekere aspekte van sy private lewe ontbloot word, wat andersins privaat sou bly. Verder word hy in die verleentheid gestel deur ongegronde bewerings wat teen hom gemaak word en sy reputasie kan benadeel; die getuie kan hom nie behoorlik verdedig nie omdat hy nie insae in enige boeke of dokumente het nie; hy mag nie getuies ondervra nie; hy is nie geregtig op regsverteenvoerdiging nie. Hy kan selfs later blootgestel word aan 'n siviele geding teen hom of selfs aan strafregtelike vervolging.⁵⁰ In die *Mulder*-saak word daar nie gevra of die getuie voldoende redes aangebied het vir sy weiering nie, maar die hof stel dadelik ondersoek in na die bevoegdheid (opdrag) van die kommissie in hierdie geval. Daar word beslis dat die openbare sake wat ondersoek moet word in die opdrag aan die kommissie duidelik omlym moet wees. *In casu* was die opdrag vaag en het die aspekte waarvoor die getuie moes getuig buite die opdrag geval. Sy weiering om die eed af te lê en 'n bevestiging te maak, stel hom dus nie bloot aan die gevolge van artikel 6 nie aangesien die dagvaarding wat ingevolge artikel 3 aan hom uitgereik is, *ultra vires* was.⁵¹

As algemene gevolgtrekking sou dit seker gestel kan word dat die howe nie onsimpatiek teenoor getuies voor 'n kommissie staan nie en dat die beskerming wat deur die gemenerereg en die Kommissiewet verleen word in baie gevalle voldoende is. Daar is egter 'n kategorie gevalle waar 'n

⁴⁷ *supra* 719 e v. Sien ook Burger *op cit* 76.

⁴⁸ *ibid* 699 e v. Sekere aspekte van die Koninklike Kommissie van Ondersoek op Regsinstanties, 1966, onder voorsitterskap van lord justice Salmon Cmnd. 3121/1966) word bespreek. Hierdie Britse kommissie het veral klem gelê op die regsposisie van 'n getuie voor 'n kommissie van ondersoek en doen aanbevelings vir beter beskerming van die regte van die getuie.

⁴⁹ *supra*.

⁵⁰ 121 e v; Burger *op cit* 74-75.

⁵¹ 119; Burger *op cit* 76.

persoon gedagvaar word om te getuig oor sake wat later deur die uitvoerende gesag as regverdiging vir optredes teen hom gebruik kan word. Dit is juis in dié gevalle noodsaaklik om die kommissie-ondersoek en die uiteindelijke reaksie van die uitvoerende gesag daarop as 'n samehangende verloop te beklemtoon. In so 'n geval behoort die hof meer geredelik weiering om te getuig of vrae te beantwoord, te aanvaar.

7 SLOT

Kommissies soos hier bespreek, ondersoek sake van openbare belang. Individuele belange word dikwels nie deur sulke ondersoeke geraak nie. Wanneer dit egter gebeur dat die getuie voor die kommissie persoonlik betrokke raak in die ondersoek en 'n moontlikheid van benadeling bestaan, word daar gevoel dat artikel 3 nie voldoende beskerming bied nie. Die tradisionele opvatting dat die kommissie 'n "fact-finding body" is, geld nie altyd nie. Die werksaamhede van die kommissie moet deel vorm van die hele besluitnemingsproses en daarom behoort die *audi alteram partem*-reël toegepas te word om getuies se regte en voorregte onder sekere omstandighede te beskerm.⁵² Die kommissie het die bevoegdhede van die hooggeregshof aangaande getuienisaflegging en die kommissaris het wye diskresionêre magte ten opsigte van onder andere prosedure, regsverteenvoording en kruisverhoor. Hoewel die getuie wat in die strafhof weier om te getuig juis *dan* geregtig is op regsverteenvoording, sal die getuie voor die kommissie nog steeds in die geval van weiering uitgelewer wees aan die onbepaalde diskresie van die kommissaris wat regshulp as 'n vergunning kan toestaan (behalwe in gevalle waar dit uitdruklik of by implikasie ingesluit is). Die getuie in die hof het die reg om te swyg in die geval van inkriminerende vrae, maar kan nie bloot weier om te getuig nie. By kommissies word hierdie aspek van getuienisaflegging bemoeilik deur die wye inkwisitoriale magte asook die uiteenlopende vrae wat gevra kan word. Selfs buitestaanders kan refleksies op die getuie se goeie naam werp sonder dat hy geregtig is om ondersoek na die juistheid van hierdie bewerings in te stel of 'n kans gegun word om 'n doeltreffende verdediging aan te bied.

Daar is egter by onlangse kommissies van ondersoek 'n "wyer" vertolking van die Kommissiewet te bespeur, in dié sin dat die kommissie nie sy diskresie sal uitoefen op 'n wyse wat indruis teen natuurlike geregtigheid nie. Waar die ondersoek wat in die openbare belang geskied moontlik benadeling vir individue inhou, word mondelinge en skriftelike getuienis eers *in camera* aangehoor en kruisondervraging vind plaas om hierdie getuienis te toets. Slegs wanneer die kommissie hierdie getuienis dan in die openbare belang ag word dit verder gevoer na die openbare sitting. Getuienis wat voor-die-hand-liggend in die openbare belang is en

⁵² By sekere vroeëre kommissies van ondersoek het die voorsittende beampete wel sy diskresie uitgeoefen ten gunste van die toepassing van die *audi alteram partem*-reël en het die kommissie soos 'n volwaardige verhoor gefunksioneer en by kruisverhoor toegelaat. Sien Van den Heever *Report of the Garment Workers' Union Commission of Inquiry* (1950) 14 en Johannes *First Report of the Commission of Inquiry into Grievances of Railway Servants* (1949) 4.

waarby individue nie persoonlik geraak word nie, word direk in 'n openbare sitting aangehoor en kruisondervraging vind plaas. Regsverteenwoordiging en insae in dokumente word toegelaat in die belang van geregtigheid. Dit kan selfs gebeur dat die kommissie dit nie nodig mag vind om getuies te dagvaar tot getuienisaflegging nie, aangesien die "ander party" betyds in kennis gestel word van die aantygings teen hom en die geleentheid gebied word om sy saak te kan verdedig. Hoewel die *modus operandi* van die kommissies in hierdie gevalle baie langdradig en tydrowend is, sal billikheid en geregtigheid teenoor almal die beloning wees.

Kommissies van ondersoek in Suid-Afrika kan as 'n regstreekse afstammeling gesien word van die "Royal Commissions of Inquiry" wat destyds in die Verenigde Koninkryk aangestel is. Ons Kommissiewet toon ook duidelike ooreenkomste met die "Tribunals of Enquiry (Evidence) Act, 1921."⁵³ In Brittanje is daar gedurende die sestigerjare nadruk gelê op die inherente tekortkomings van hierdie wet. In 1966 het lord justice Salmon 'n kommissie van ondersoek in dié verband geloods⁵⁴ en 'n omvattende verslag opgestel en aanbevelings gemaak wat ingrypende beskermingspleidooie bevat vir die individu wat voor die kommissie van ondersoek getuig. Aangesien kommissies van ondersoek nou 'n algemene verskynsel is, lyk dit na die aangewese tyd om krities na die Kommissiewet te kyk en die regsposisie van die individu wat moontlik benadeel kan word deur so 'n ondersoek, te verbeter.

The law is not an abstraction nor an end in itself, but the means to an end; and that end is justice.

Lloyd P Stryker, cited by Green Law and Society i.

⁵³ Sien die *Bell*-saak *supra* 705 e v.

⁵⁴ Vgl v n 48 *supra*.

Aantekeninge

DIE DINAMIESE AARD VAN DIE WETGEWINGSPROSES EN WETSUITLEG

1 Inleidend

Die bedoelingsteorie by die uitleg van wette het in die jongste tyd dikwels onder skoot gekom. Tesame daarmee het die belangrikheid van die uitleg van wette, soos die dissipline tans genoem word, sterk na vore gekom (vgl in dié verband Cowen "Prolegomenon to a Restatement of the Principles of Statutory Interpretation" 1976 *TSAR* 131, "The Interpretation of Statutes and the Concept of 'the Intention of the Legislature'" 1980 *THRHR* 374; Du Toit "Towards a Renewal of the Theory of Interpretation" 1977 *TRW* 11; Du Plessis: "Die teoretiese grondslae van wetsuitleg" *Petere Fontes - LC Steyn-Gedenkbundel* (1980) 24).

Seker die belangrikste bydrae in dié verband – nie soseer as gevolg van nuwe insigte of analyses nie, maar eerder as gevolg van die gewig wat dit in die toekoms in die presedentesistiem kan dra – is die uitspraak van Lord Denning in die Engelse saak *R v Crown Court at Sheffield ex parte Brownlow* 1980 (2) All ER 444 (QB) 450–451:

"So once again we have here the problem of statutory interpretation. It vexes us daily. Not only us, but also the House of Lords. Even the simplest words give rise to acute differences between us. Half of the judges think the interpretation is clear one way. The other half think it is clear the other way . . .

To get rid of these continuous conflicts, we should throw aside our traditional approach and adopt a more liberal attitude. We should adopt such a construction as will promote the general legislative purpose . . .

Put quite simply, perhaps too simply, whenever you have a choice between two interpretations, the choice is a matter of policy for the law: which gives the more sensible result? It is not a semantic or linguistic exercise. Nine times out of ten you will find that judges will agree on what is the sensible result, even though they disagree on the semantic or linguistic result."

Op die prinsipiële onrealisme van die bedoelingsteorie is by 'n ander geleentheid kortliks ingegaan (vgl my artikel "Op die voetspoor van die wetgewingsproses: subsecuta observatio en contemporanea expositio" 1979 *De Jure* 91–98). Waar kom hierdie teorie vandaan en waarom is dit hogenoemd aangehang? In dié verband wil ek op die volgende wys:

1 1 *Die eenmanwetgewer*

In tirannieë, diktature en ander vorme van eenmanwetgewing het die bedoelingsteorie by wetsuitleg meer van 'n bestaansreg gehad. Indien die wetgewingsaksie deur een persoon geskied, kan in 'n groot mate van die bedoeling van die wetgewer gepraat word. Ek sê in 'n groot mate, omdat

'n mens se aksies nie altyd sterk intellektueel geklee word nie: dit gebeur dikwels dat mens iets doen sonder om die konsekwensies en omvang van jou optrede behoorlik te deurdink. Dit kan in so 'n geval gevolglik nie gesê word dat jy iets bedoel het nie. Kollektiwiteit in wetgewingsaksies het hieraan egter veranderinge gebring.

1 2 *Die trias politica-leerstuk*

Die denke en beskouing van regs- en staatsfilosowe in die Westerse wêreld (en ook soms daarbuite) is grootliks deur dié leerstuk beïnvloed. Volgens hierdie leerstuk word die staatsmagte geskei in die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag. Die wetgewende funksies is aan die wetgewende gesag opgedra en die regsprekende funksies aan die regsprekende gesag. Die wetgewende funksies van die regspreker, hoewel dit in werklikheid bestaan en nie sinvol anders kan nie, is ontken en weggere-deneer. Die regspreker moes, so is en word gesê, slegs die wet toepas. Volgens hierdie siening is aan die wet 'n morfologies-finale plek by goedkeuring daarvan deur die wetgewer toegeken: die regspreker word hiervolgens bloot 'n toepassingstegnikus van die wet. Die regspreker gee dan slegs gevolg aan die bedoeling van die wetgewer se (voltooide) wet. Sou hy dit nie doen nie, oortree hy op die toegesegde terrein van die wetgewer.

Die *trias politica*-leerstuk het bevryding vir die staatsonderdane van tirannie en dwinglandy gebring en het ontstaan uit die emosie van die tyd. Soos die geval met alle emosiebelaaide aktiwiteite is, het die droom 'n realistiese werklikheidsperspektief verdof. Vandag is die emosie van die tyd onder regswetenskaplikes byvoorbeeld die kwessie van menseregte, wat as sodanig ondersteuning verdien. Die rangorde van dié regte (soos: wat is die belangrikste – om voedsel en gesondheids- en mediese dienste te hê of om stemreg of ander politieke voordele te hê?) en die vraag waarom die kwessie van menseregte in sekere gevalle slegs met betrekking tot die owerheids-gesag en nie ook ten aansien van mense wat ekonomiese of ander gesag oor andere het, gepropageer word nie, word geïgnoreer. Die rede daarvoor is voor-die-hand-liggend: die skenders van die menseregte van andere is dikwels die voorste saamryers en voordeeltrekkers uit die emosie van menseregte. 'n Realistiese en gesonde perspektief oor die kwessie van menseregte sal ook eers later volg.

1 3 *Die bedoelingsteorie as antitese*

Die bedoelingsteorie is deur sommige gesien as die teenkant van die woordgehegtheidsteorie. Oor laasgenoemde sê die bekende Nederlander Scholten (1975 *WPNR* 494) tereg:

“De rechter is eerbied aan de wet verschuldigd, zeker. Maar m.i. is een onderwerping aan de letter als deze geen eerbied, veeleer het tegendeel. Slechts indien vaststaat dat wat den rechter “ongehoord” dunkt – om een term van den verzoeker in cassatie te gebruiken – toch door den wetgever gewild is, heeft hij zich te onderwerpen. Doch een aanvaarden van een kennelijk onjuiste redactie van 's wetgevers denkbeelden omdat de letter binden zou, is ten slotte niet een houding van eerbied, maar een van afkeuring uit de hoogte. Er ligt de gedachte in: laat de wetgevende instantie het dan maar beter zeggen, de gevolgen zijn niet voor onze rekening. Het is miskenning van het feit dat de wet niet synoniem is met de letterlijke betekenis der zinnen door den wetgever neergeschreven.”

Die bedoelingsteorie is gesien as 'n bevryding van die sinnelose tirannie van woordgebondenheid ten alle koste. Onder die dekmantel van die bedoeling van die wetgewer is die wet dikwels aan die hand van die een of ander uitlegsreël, waarmee die bedoeling kwansuis vasgestel sou word, op 'n redelike en regverdige wyse uitgelê en laasgenoemde resultaat is dan *ex post facto* toegeskryf aan die bedoeling van die wetgewer.

1 4 Die bedoelingsteorie is gevestig

Toe die bedoelingsteorie eers posgevat het, was dit bestem om lank te bly. Die konserwatisme van die regs wetenskap het daarvoor gesorg. Wat wel gebeur het, is dat verskeie regsgeleerdes die bedoelingsteorie verjuridifiseer het. 'n Sekere bedoeling is na 'n analitiese proses aan die wetgewer toegeskryf omdat gesê is dat die wetgewer juridies bedoel en die psigies nie. Alle fiksies, omdat hulle werklikheidsontrou is, sterf 'n miskien geleidelike, maar tog 'n sekere dood.

2 Dinamiese (organiese of prosessuele) aard van 'n wet

Vir 'n geldige en funksioneerbare alternatief vir die bedoelingsteorie is dit nodig om die aard van die wetgewingsproses te betrag.

'n Wet, soos alle normatiewe, word deur die mens geskep. Dit het geen funksie of bestaan buite die menslike gees nie. Die wetgewerswet ('n wet wat deur die wetgewer gepromulgeer is) is nog nie 'n voltooide of gekonsekwensinaliseerde wet nie. 'n Wet is 'n proses wat voortdurend van iets algemeens verryp, via die geestelike aksies van die regspreker, tot iets besonders. 'n Wet is nooit in 'n toestand van rus nie en dit het nooit 'n morfologies-voltooide struktuur buite die menslike gees nie (vgl my artikel "Op die voetspoor van die wetgewingsproses: dwingende en aanwysende bepalinge" *Petere Fontes – LC Steyn Gedenkbundel* (1980 74 96 e v)).

'n Wet word nie uitgelê nie, maar gevorm. Daarom is die begrip "uitleg van wette" 'n wanbeskrywing van die werklikheid.

3 Binne watter grense vind die wetsvormingsproses plaas?

Die wetgewingsproses is 'n tipies-menslike normatiewe proses: dit het in sy filosofiese pit geen begin en ook geen einde nie.

Vir die doeleindes van die onderhawige problematiek kan gesê word dat die wetgewingsproses begin by die ontstaan aan 'n behoefte aan regsordering en dat dit eindig telkens as die hof 'n beslissing ten aansien van 'n daaruit voortspruitende wet vel. Daar bestaan prosesse wat tot die behoefte aanleiding gee en daar bestaan konsekwensieprosesse na genoemde beslissing van 'n hof – daarom word gesê dat dit geen begin en ook geen einde het nie.

Indien 'n behoefte aan regsordering in wetgewing uitloop, word die wetgewingsproses gevoer vanaf die wetsopstellers tot by die wetgewer wat 'n wet promulgeer. Die wetgewer staan hiërargies bo in die wetgewingsproses (vgl my artikel "Die uilegsvermoede teen staatsgebondenheid" 1978 (2) *TRIV* 42 61 e v). Die feit dat die wetgewer in die wetgewingsproses hiërargies hoër staan as die regspreker (die laaste skakel in die wetgewingsproses) bring mee dat die regspreker gebonde is aan die wetgewerswet.

Die regspreker kan nie na willekeur wette fabriseer nie. Dit is hier waar die sogenaamde uitlegsreëls ter sprake kom. Die regspreker interpreteer daarenboven ook die reëls wat hy moet aanwend om die wet te interpreteer (of beter gestel: te voltooi) – hierdie twee normatiewe paaie kruis dus in die regspreker.

4 Die wetgewingsproses is 'n juridiese doelorganisme

Aanvaar mens bogenoemde uiteensetting dan volg dit noodwendig dat die wetgewingsproses 'n sekere doel het: dit begin by die ontstaan van die behoefte vir regsordening en dit eindig telkens by die vervulling daarvan deur die regspreker. Die wetgewingsproses is dus 'n proses wat 'n doel najaag, naamlik die bevrediging van die behoefte waaruit dit ontstaan het. Die doel van die wet is die sentrale tema asook die rigtingaangewer in die hele wetgewingsproses. Daarom kan lord Denning se bogenoemde opmerking prinsipiëel onderskryf word. Hiermee word die problematiek in dié verband nie afgehandel nie. Inteendeel, dit verteenwoordig in 'n sekere sin slegs die begin daarvan.

JMT LABUSCHAGNE
Universiteit van Pretoria

SECTION 113: MORE QUESTIONS?

In a note in this journal (1982 *THRHR* 196) Caiger discusses some judicial pronouncements on section 113 of the Criminal Procedure Act, 1977, more particularly those relating to the interrelationship between the common law and the provisions of that section. This question, described by Friedman J in *S v Pillay* 1981 4 SA 151 (N) 152B as "... by no means an uncommon one," is of practical importance, since the courts appear to be *ad idem* that where the common law applies, the accused need do no more than raise a reasonable possibility that his previous plea was tendered erroneously, and the judicial officer has a discretion to change the plea. Where, however, the provisions of section 113 apply, the accused bears an onus to convince the court, on a balance of probabilities, that his plea should be changed (*S v Mazwi* 1982 2 344 (T) 348H-349D).

The learned author concludes, after referring to the Natal decisions of *S v Mbhele* 1980 1 SA 295 (N) and *S v Mabaso* 1980 2 SA 20 (N), that the courts in those cases were of the view that section 113 supersedes the common law and provides the only grounds upon which a plea of guilty may be changed to one of not guilty. It appears that the note in question was penned prior to the publication of the decisions in *Pillay* and *Mazwi*, since no reference is made to these decisions, both of which deal directly with the point in issue.

In *Pillay's* case (a decision of the full bench) Friedman J, with whom Leon and Kumleben JJ concurred, held, at 157A, that the case of *Mbhele* had been wrongly decided

"... inasmuch as it applied the provisions of section 113 and not the principles of the common law to the attempt in that case by the accused to alter his plea."

In *Mbhele's* case the accused contended that he had pleaded guilty under duress, and in *Pillay's* case the contention was that the accused had been fraudulently tricked into pleading guilty. Nothing turns on this difference in the facts, and it can be accepted that the judgment in *Pillay's* case authoritatively lays down the law in Natal in so far as the co-existence of the provisions of section 113 and the common law is concerned. This decision brought the position in Natal into line with the situation currently obtaining in the Orange Free State, where the judgment of Kotzé AJ in *S v Zwela* 1981 1 SA 335 (O) holds sway. It appears that there were two basic reasons for the court in *Pillay* reaching the conclusion that it did. First, as appears from 154F-H of the judgment, the court was of the view that it did not necessarily follow, from the wording of section 112, that everything which occurred after a plea of guilty occurred in terms of section 112. In this regard the court mentioned the example of an accused who had initially pleaded guilty and, before any further steps were taken, sought to change his plea. Secondly, so held the court, the fact that the magistrate before whom the accused had originally pleaded guilty had allowed a "trial within a trial" to take place, took the proceedings outside the ambit of section 112; it is a requirement for the application of section 113 that the proceedings must fall within the ambit of section 112. The court conceded, though, at 156D that

"... where there is nothing more before the court than the evidential material adduced during proceedings which fall strictly within the scope of that envisaged by section 112 then, in my opinion, section 113 is all embracing."

One could perhaps forgive Caiger for feeling satisfied since his view that

"... the common law has not been ousted by section 113 either explicitly or implicitly and therefore the common law and section 113 exist side by side"

appears to have been approved by a full bench, in preference to a formerly held judicial view. One could also be forgiven for concluding, immediately after the *Pillay* decision that, the difference of opinion having been resolved, one could expect other divisions to follow suit. However, it was not to be. In *S v Mazwi supra* Van Dijkhorst J put the cat among the pigeons by holding that section 113 ousted the common law in relation to the change of pleas from guilty to not guilty. The accused in that case pleaded guilty to theft and, at the subsequent hearing where she was to be sentenced, having been convicted at the first hearing on her plea, sought to change her plea to one of not guilty, contending that she had pleaded guilty only to get the matter over and done with, as she wished to return to university. The magistrate refused to allow the accused to change her plea, and the point taken on appeal was that the magistrate should have exercised the discretion, granted him in terms of the common law, and allowed the accused to change her plea.

Van Dijkhorst and Franklin JJ were then squarely faced with the problem of the interrelationship of section 113 and the common law. They concluded that section 113 ousts the common law, and dealt, in convincing detail, with the reasons advanced by the courts in *Pillay* and *Swela*. As to the first of the reasons mentioned above, the Transvaal court held that the

distinction between the moment when the plea was tendered, and the time when the presiding officer commenced acting in terms of either section 112(1)(a) or (b) was

“... a technical nicety never contemplated by the Legislature and unwanted in the practical atmosphere of the criminal court room” (350E).

This criticism appears to be justified, the more so if one has regard to the fact that the determining factor whether section 112 or 115 is to operate is the *initial* plea.

As to the second reason mentioned above, viz that because a “trial within a trial” procedure is not contemplated in section 112, the proceedings were not in terms of that section, the court concluded that this omission did not mean that that procedure could not be followed to satisfy the judicial officer of the matters set out in section 113. It is to be noted that the learned judges refer to two different sections, with Friedman J referring to proceedings under section 112, and Van Dijkhorst J to proceedings under section 113. It is submitted that the latter reference is correct, and that the evidence so adduced forms no part of the proceedings under section 112. If one has regard to the first page of Caiger’s note, and the authorities quoted by him, it appears that the position (at least in Natal) is that a magistrate who acts in terms of section 113 is regarded as reviewing his own decision. In so doing, he is not acting in terms of the same section, the decision in terms of which he is purporting to review, but in terms of section 113, which gives him power to do so. That being the case, it is clear that the “trial within a trial” procedure was not a proceeding under section 112, and the objection of Friedman J to the application of section 113 to such proceedings must necessarily fall away.

At 352H–353A of *Mazwi’s* case, Van Dijkhorst J advanced reasons for his conclusion that section 113 does, in fact, oust the common law, in so far as it relates to the changing of a plea from guilty to not guilty. These reasons were based on basic rules of statute construction, viz that the legislature, who is presumed to be acquainted with the common law, must have known that by inserting section 113 it would cater for a subject already covered by the common law. Thus it must have intended to repeal the common law in so far as it covered the subject dealt with by section 113. This reasoning, it is submitted, is irrefutable.

It is submitted that the conclusion reached by the Transvaal court also accords more with the equities of the situation than does the result reached by the other divisions. Kotzé AJ, at 344B of *Zwela’s* case, remarked as follows:

“Die ironiese situasie ontstaan dan dat die hof op ’n oorwig van waarskynlikhede van sy onskuld oortuig moet wees alvorens die meriete ondersoek mag word ten einde te bepaal of daar dalk ’n redelike moontlikheid van onskuld bestaan”

in giving reasons why section 113 should not apply to the case before him. In dealing with this view Van Dijkhorst J, at 351H–352A of *Mazwi’s* case, pointed out that where the court has been satisfied of the accused’s guilt, it is not inequitable to require someone wishing to have the conviction set aside after conviction and a plea of not guilty recorded, to satisfy the court that there are good grounds for doing so. And it is from this passage that the real fallacy in *Zwela’s* case emerges. The accused, seeking to have his

plea changed, is not required to convince the court of his innocence, but merely to convince it that there are good grounds for changing his plea. In both *Zwela's* and *Pillay's* cases the accused contended that their pleas had been given wrongly, and it was of this fact that proof would be required in terms of the decision in *Mazwi's* case; not of their innocence. Thus the objection contained in the passage quoted from *Zwela's* case appears to be without substance.

There appear to be two conflicting policy considerations to which weight should be given in deciding upon the equities on this point. One is the requirement that an accused should not lightly be denied his right to put the state to the proof of the allegations made against him. The other is the desirability of finality in litigation, in that someone already convicted should not readily be permitted to overturn that conviction. It is submitted that the approach of the Transvaal court, which results in the accused's being saddled with an onus to convince the court on a balance of probabilities that his prior plea was tendered wrongly, strikes a happy medium between the two conflicting considerations mentioned *supra*, and should be adopted by other jurisdictions.

RG BEATON

Advocate of the Supreme Court

'N POGING TOT HELDERHEID OOR POGING.

Indien 'n spreker voor 'n groep juriste sou verklaar "... gevolglik is ook die besondere misdaad 'poging' logies onbestaanbaar" (Bertelsmann 1980 *THRHR* 312 315), maar later tydens die lewering van sy referaat sou beweer: "Eerstens was dit nie nodig om aan te toon dat poging om 'n misdaad te pleeg 'n misdaad is nie. Wie betwis dit?" (Bertelsmann 1981 *THRHR* 297 300), sal sy aanhoorders sekerlik aanvaar dat hy hom by een van die twee geleenthede weerspreek het. Indien die spreker by navraag verklaar dat hy met beide stellings volstaan, sal dit nie help om hom uit te kryt nie. 'n Poging om vir hom aan te toon dat hy op 'n dwaalspoor is, sal egter nie onvanpas wees nie, veral as dit simpatiek gedoen word sonder 'n persoonlike aanval op die integriteit van die spreker. Trouens, 'n *ad hominem*-benadering kan beswaarlik as opbouende wetenskaplike gesprekvoering aangemerkt word.

Dit is hoofsaaklik die vraag oor wat die besondere voorvereiste vir die misdaad poging is, gekoppel met die skuldelement, wat tot soveel misverstand aan die kant van Bertelsmann aanleiding gee. Bertelsmann (1981 *THRHR* 297 300) verklaar:

"By moord is dit klaarblyklik 'n element of bestanddeel van die misdaad wat by die dader se opset ingesluit is, en as iets soortgelyks moet dan ook die 'besondere voorvereistes' vir poging gesien word. Gevolglik sou die poger se opset daarop gerig moet wees dat hy *nie* in sy doel slaag nie! Vir hierdie onding deins Van Wyk nou self terug, en wel op so 'n manier dat die leser moet dink dat dit my opvatting is. In hulle antwoorde verwek Van der Merwe (*Compendium* 107(2)) en Van Wyk (1981 *THRHR* 76) waarlik die indruk dat dit *my* flater was om te vergeet dat die opset by poging tot moord op moord moet slaan."

Indien eenmaal aanvaar word dat poging wel 'n selfstandige misdaad is, en dit gee Bertelsmann blykbaar nou toe — (1981 *THRHR* 297 300), dan begaan hy wel die fout wat aan hom toegedig word (1980 *THRHR* 312 315). Die hele wese van die pogingsmisdad is daarom gesentreer dat die dader 'n *ander* misdaad probeer pleeg. Hy rig dus sy wil op die teweegbring van 'n bepaalde gevolg of die verrigting van 'n bepaalde handeling. Tot tyd en wyl hy slaag, en mits aan alle ander voorvereistes voldoen is, pleeg hy egter die formeel omskrewe misdaad poging. Wat bo twyfel vasstaan, is dat hierdie formeel omskrewe misdaad, benewens die ander voorvereistes waaraan elke misdaad moet voldoen, ook 'n besondere voorvereiste het wat hom kenmerk, naamlik dat die dader nie in sy beoogde doel moes geslaag het nie. Sodra die dader wel in sy doel slaag, pleeg hy die ander misdaad, byvoorbeeld moord. Dit volg so logies dat ek dit nie nodig geag het om dit voorheen uit te spel nie. Om egter nou aan te voer, soos Bertelsmann doen, dat dit volgens my sou meebring dat die dader se opset gerig is op die nie-pleging van 'n moord of die nie-pleging van enige bepaalde misdaad, misken die logika en insig van die lesers van die vorige aantekeninge. Die dader se opset is gerig op die teweegbring van die bepaalde gevolg of die verrigting van die besondere handeling. Omdat hy nie slaag om dit te doen wat hy beoog nie, byvoorbeeld om 'n persoon dood te maak, is hy nie aanspreeklik as dader ten opsigte van daardie besondere misdaad nie. Dit verander egter niks aan sy daderskap ten opsigte van die pogingsmisdad indien sy handeling aan dié besondere misdaad-omskrywing voldoen nie.

Dit is nie nodig om in hierdie aantekening my vorige argumente en standpunte te herhaal nie. want hulle is geensins deur Bertelsmann ontsenu nie. Daar kan volstaan word met die uitwysing van sekere denkfoute en weersprekings in Bertelsmann se aantekening sodat “lesers wat 'n eie oordeel wil vorm . . . die werklike inhoud daarvan kan nagaan.”

Sy uitgangspunt dat poging om 'n misdaad te pleeg 'n misdaad is, maar 'n onvoltooide een (1981 *THRHR* 297 300), is voorwaar raar. Hiervolgens is poging 'n misdaad, maar ook nie eintlik nie! Die vraag is wat nou op so 'n amperse misdaad moet volg? Tog immers nie 'n amperse straf nie — of tref “iets minder” as werklike straf die beskuldigde omdat poging “iets minder” (1981 *THRHR* 297 299) as die voltooide misdaad is? Sal op die beskuldigde se rekord aangeteken word dat hy “amper” 'n misdaad gepleeg het?

Rabie, op wie Bertelsmann steun ten opsigte van uitlokking (1980 *THRHR* 312 313), se standpunt in verband met poging strook met die uitgangspunt wat ek in die verlede gestel het. In 1981 *SASK* 56 58 gee Rabie duidelik te kenne dat poging “as 'n selfstandige misdaad beskou word.” (In *Moloto* 1982 1 SA 844 (A) 850A het die hoofregter intussen onomwonde verklaar dat poging tot moord 'n selfstandige misdaad is. Indien dit vir poging tot moord geld, is dit sekerlik op poging om enige ander misdaad te pleeg van toepassing.) Die probleem wat Bertelsmann ondervind, is moontlik daarin geleë dat hy die “probeer” van alledaagse spreektaal en “poging” as regsterm en begrip met mekaar wil gelykstel (1981 *THRHR* 297 302). In *Nhlabatsi* 1921 AD 485 494 verklaar appèlregter Maasdorp:

"In one of the American decisions on the question it is said that this term [an attempt to commit a crime] when employed judicially is used in a sense different from its meaning in ordinary conversation. But this signifies no more than that a judge, in the decision of a case, will not use the term as it is loosely employed in common talk."

Volgens Bertelsmann (1981 *THRHR* 297 298) word poging en medepligtigheid reeds "ééue lank" onder die "algemene leerstukke" van die strafreg behandel. Dit is natuurlik waar, maar soos Van der Merwe *Addendum to Compendium* 124 aantoon, is dit so dat *communis error facit ius*, maar gelukkig nie *scientiam* nie. 'n Verkleefdheid aan hierdie ou idees pas Bertelsmann skynbaar. 'n Mens wonder of Bertelsmann, met sy klaarblyklike verknogtheid aan verouderde en uitgediende dwaallere bereid sou wees om die Romeinse reg nog slaafs na te volg in die opvatting dat 'n persoon wat rondgaan met 'n wapen of wat gif verkoop, voorberei of in sy besit het om 'n ander te dood, genoeg gedoen het om skuldig bevind te word, omdat daar 'n handeling is wat opset manifesteer? (Voet 48 8 4). Moet ons voorts die Middeleeuse leerstuk van *versari in re illicita* volg? Dit sou gehelp het indien Bertelsmann *ante omnia* besin het oor wat die "algemene beginsels van die strafreg" is. Dat hy hieroor geen helderheid het nie, spreek uit sy minder gelukkige verwysing daarna om die beurt as "reëls" en "leerstukke" (1981 *THRHR* 297 298-299). Is dit nou "reëls" of "leerstukke" of 'n konglomeraat van beide? Indien aanvaar sou word dat hy die twee terme as sinonieme gebruik, word die situasie nog meer anomalies. Hy verklaar op 298:

"In ons reg is die erkenning van algemene leerstukke aangaande poging en medepligtigheid onontbeerlik omdat talle strafwaardige gedraginge daarsonder nie gestraf sou kon word nie."

Dit word nie betwis nie, maar indien poging en medepligtigheid self "algemene leerstukke" is, hoe kan 'n "algemene leerstuk" dan op 'n "algemene leerstuk" van toepassing wees? Bertelsmann verklaar (1981 *THRHR* 297 299):

"Van Wyk vind dit 'moeilik' om hierdie gedagtegang te volg. . ."

Beleefdheidshalwe volstaan ek moet hierdie eufemisme.

Bertelsmann se probleem om die funksie en aard van "die algemene beginsels van die strafreg" te onderskei van die gebied van die sogenaamde besondere misdade, hang saam met 'n verstarde verknogtheid aan "ééue lange" ongesistematiseerde en verouderde beskouings. Daarom dan ook dat hy 'n stelling soos die volgende kan maak (1981 *THRHR* 297 299):

"Iemand wat net poog om 'n moord te pleeg of wat die pleging van 'n moord deur 'n ander net bevorder, sou straffeloos moet bly as dit nie vir die algemene leerstukke was wat die trefwydte van die verbod na poging en medepligtigheid uitbrei nie."

Die uitbreiding van die verbod ten opsigte van situasie no 1 na 'n ongeliksoortige situasie no 2 is, soos Van der Merwe in sy *Addendum tot Compendium* 107 aangedui het, net soseer gelyk aan die skepping van 'n besondere misdaad as die aanvanklike daarstelling van die verbod ten opsigte van situasie no 1. Hoe algemeen 'n misdadomskrywing ook al is, kan dit nooit gelyk wees aan 'n "algemene beginsel" nie. Of moet 'n algemene strafbepaling, byvoorbeeld artikel 88 van die Drankwet, dalk as 'n "algemene beginsel" van die strafreg aangemerkt word?

Die stelling dat “poging ‘iets minder’ as die voltooide misdaad en materieel nie ’n ‘selfstandige’ misdaad [is] nie (ofskoon dit die wetgewer vrystaan om besondere pogingsmisdade te skep)” (1981 *THRHR* 297 299), laat die leser nadink oor die aard van dié misdade. ’n Mens wonder of hierdie “besondere misdade” in Bertelsmann se boek darem “materieel” is, of is hulle slegs formeel? Is hierdie “besondere pogingsmisdade” ook “iets minder” as misdade? Dit is te betwyfel of die wetgewer ’n misdaad sal skep wat nou nie eintlik ’n misdaad is nie.

Enkele aspekte van Bertelsmann se standpunt in verband met onregmatigheid verdien nadere beskouing. Hy verkondig:

“’n Formeel omskrewe misdaad is egter met die blote handeling voltooi . . .” (1981 *THRHR* 297 300).

’n Mens wonder wat intussen van byvoorbeeld wederregtelikheid geword het? (Om van skuld nie eers te praat nie.)

Tweedens verklaar hy dat “strydigheid van ’n handeling met ’n strafnorm en afwesigheid van regverdigingsgronde” die “erkende strafregtelike wederregtelikheidsbegrip” is (1981 *THRHR* 297 301). Die vraag is of ’n strafnorm dan nie altyd wederregtelikheid vereis nie en of dit enige sin het om boonop na “afwesigheid van regverdigingsgronde” te verwys. Indien steeds na die afwesigheid van regverdigingsgronde verwys moet word, wat sal dan die posisie wees waar uitgekristalliseerde regverdigingsgronde ontbreek, soos byvoorbeeld in *A* 1971 2 SA 293 (T)? Dit sou gehelp het indien Bertelsmann eers besin het oor wat ’n regverdigingsgrond is en veral waarom dit nou eintlik regverdig. ’n Verwysing na Snyman, *Strafreg* (1981-74) sal miskien meer helderheid bring. Snyman se weldeurdagte standpunt van waarom die *boni mores* as toetssteen vir onregmatigheid aangewend word (76 e v), kan met vrug deur Bertelsmann bestudeer word.

’n Verdere verbasende stelling van Bertelsmann wat die leser tot nadenke en kommer moet stem, is dié dat ’n voorbereidingshandeling geen pogingshandeling is nie (1981 *THRHR* 297 302). Probeer iemand wat voorbereidings tref om ’n misdaad te pleeg, nie alreeds om die misdaad te pleeg nie? Toon hy nie reeds daardeur ’n voorneme om te misdoen nie, of probeer hy slegs om te probeer en daarom probeer hy nie? Geheel iets anders is dit om, soos De Wet en Swanepoel, te sê dat ’n voorbereidingshandeling geen “strafbare poging” daarstel nie (bl 165). In meer wetenskaplike taal kan dit beswaarlik iets anders beteken as geen “wederregtelike” poging nie.

Hoe Bertelsmann spartel met begrippe soos “uitvoeringshandeling” en “wederregtelikheid” blyk verder uit die mistasting dat ’n uitvoeringshandeling kwansuis wederregtelik is omdat die dan poging daarstel (1981 *THRHR* 297 302). Hier lei Bertelsmann se verwerping van ’n algemene onregmatigheidskriterium hom na ’n pragtige *petitio principii*. So kan ewe goed, maar ewe inhoudsloos, gesê word: ’n diefstalhandeling is onregmatig omdat dit op diefstal neerkom.

Die strafregwetenskap in Suid-Afrika het gegroei tot waar dit vandag is danksy juriste wat nie geaarsel het om ou en uitgediende teorieë en “beginsels” te verwerp nie. Dié dinamiese ontwikkelingsgang sal hopelik

nie gestuit word deur diegene wat na oorblyfsels van denkkrigtings in die verlede gryp om hulle blapse te probeer regverdig nie.

AJ VAN WYK
Streeklanddros, Kimberley

PROBLEME MET VAKTERME IN DIE STRAFREG

Van 'n skrywer wat 'n manuskrip aan 'n regstydskrif stuur, word nie verlang om 'n verklaring te teken dat die artikel, behalwe waar dit na ander bronne verwys, sy eie selfstandige werk is nie. Die lesers wat NJ van der Merwe se *Compendium* en *Addenda* ken, weet dat AJ van Wyk so 'n verklaring met betrekking tot sy bydraes hierbo (408 e v) of in 1981 *THRHR* 74 nie sou kon geteken het nie. Alle ander lesers kry ongelukkig nie te sien wat Van der Merwe onder sy eie naam tot die polemieks bydra nie. Dit is in studiemateriaal vir regsopleiding binne die Departement van Justisie vervat, en Van der Merwe stuur dit nie eers aan die opponent nie, selfs waar hy hom as 'n persoon met "verwarde denkpatrone" bestempel (*Addendum* 124) of sy standpunte misleidend weergee (sien 1981 *THRHR* 303) of andersins stoom teen hom afblaas. Daar kom dus nie alleen die ongeskrewe gedragskode vir die bespreking van akademiese meningsverskille in die gedrang nie. Die vraag is ook of dit in die openbare belang is dat van 'n amptelike medium vir die opleiding van staatsaanklaers en landdroste gebruik gemaak word vir 'n persoonlike vendetta soos deur Van der Merwe gedoen word.

1 Hopelik vir oulaas: poging

In twee aantekeninge (1980 *THRHR* 312, 1981 *THRHR* 297) is daar baie moeite gedoen om aan Van Wyk te verduidelik dat medepligtigheid en poging as sodanig in ons reg nie selfstandige misdade is nie, terwyl medepligtigheid aan, en poging tot 'n besondere misdaad kragtens algemene beginsels wel misdade is. Nou sê Van Wyk die twee stellinge weersprek mekaar (408), en ek gee "blykbaar nou" toe "dat poging wel 'n selfstandige misdaad is" (409). Dit lyk nie of die boodskap ooit tot hom sal deurdring nie.

Ondanks al die spasie wat Van Wyk gebruik om aan te toon dat hy weet wat poging is (409), het hy die verskil tussen 'n voltooide en 'n onvoltooide misdaad nog steeds nie gesnap nie. Waar X tevergeefs probeer om Y se motor te steel, kan mens van gepoogde diefstal, onvoltooide diefstal of poging tot diefstal praat, en Van Wyk mag dit "ampersé" diefstal noem (409) — in elk geval is dit iets anders as 'n voltooide diefstal, veral vir Y en in die strafreg.

Die stelling dat 'n voorbereidingshandeling geen pogingshandeling is nie, vind Van Wyk "verbasend" (411; vgl. *Addendum* 124). Mens kan dié onderskeiding wat in ons eie reg en in die belangrikste strafregstelsels van die wêreld aanvaar word, bevredigend of onbevredigend vind, maar as dit by 'n juris verbasing wek, dan is daar groot fout.

2 “Formeel omskrewe misdad”

In verband met Van Wyk (d w s Van der Merwe) se opvatting van poging as synde ’n selfstandige “voltooide formeel omskrewe misdad” (1977 *De Jure* 162) is die aandag op die opset gevestig:

“’n Formeel omskrewe misdad is egter met die blote handeling voltooi, ongeag enige verdere gevolge, en die opset is op die doen van daardie handeling gerig. By poging tot moord kan die handeling byvoorbeeld bestaan in die toediening van suiker wat deur die dader vir gif aangesien word. Indien dit ’n ‘voltooide formeel omskrewe misdad’ was, sou die opset op daardie handeling moet slaan, dit wil sê op die toediening van suiker!” (1981 *THRHR* 300).

Van Wyk haal hierdie passasie aan, maar omdat hy geen antwoord op die argument het nie, verswyg hy dit deur eenvoudig alle woorde wat op “voltooi” volg, weg te laat. Met dié verminking het elke verwysing na die opset verdwyn, en Van Wyk lewer die volgende kommentaar:

“’n Mens wonder wat intussen van bv wederregtelikheid geword het? (Om van skuld nie eers te praat nie!)” (411).

Voorwaar ’n merkwaardige voorbeeld van eerlike en “opbouende wetskapslike gesprekvoering” (408)!

Daar moet toegegee word dat Van der Merwe en Van Wyk deur ’n soort logika mislei is. Hulle meen dat medepligtigheid en poging, as dit selfstandige misdade is, ook by die skema moet inpas waarvolgens selfstandige misdade ingedeel word in

a formeel omskrewe misdade (die verbod omskryf ’n bepaalde handeling, en nie ’n gevolg nie)

b gevolgs misdade

i suiwer materieel omskrewe misdade

ii hibriede, formeel sowel as materieel omskrewe misdade.

Aangesien groep (b) buite die kwessie is, bly net groep (a) oor, dit wil sê, poging en medepligtigheid moet dan maar formeel omskrewe misdade wees. Dit lyk nogal logies.

Alle verdere gevolgtrekkings is egter absurd. As iemand poog om ’n formeel omskrewe misdad te pleeg, sou die onvoltooide as ’n voltooide formeel omskrewe misdad aangemerkt moet word. Dit maak, op sy sagste gestel, geen sin nie. Aan die ander kant is suiwer gevolgs misdade juis nie formeel omskrewe nie. Moord kan deur middel van legio denkbare handeling gepleeg word, en by poging tot moord, wat ondeugdelike poging insluit, word die keuse nog baie groter. Niks is dus van ’n formeel omskrewe misdad verder verwyderd as ’n poging tot ’n gevolgs misdad nie. Ook is medepligtigheid, hetsy aan ’n formeel of materieel omskrewe misdad, *per definitionem* alles behalwe formeel omskrewe.

Dit is dus duidelik dat poging en medepligtigheid by genoemde skema eenvoudig nie inpas nie — net so min as by enige skema wat selfstandige misdade volgens betrokke regsoedere rangskik. Die rede is natuurlik dat medepligtigheid en poging *nie* selfstandige misdade is nie. Van Wyk gee egter die wanvoorstelling nie op nie (411). Blykbaar het hy nooit van die beste bronne gebruik gemaak om hom te vergewis wat “formeel omskrewe misdad” eintlik beteken nie.

3 Aksessoriteit

Soortgelyke probleme ondervind Van Wyk met ander juridiese vakterme. Wat sy voorstellings van die begrip “regsgoed” betref, sien 1981 *THRHR* 413 415. Ewe duister is wat hy met “aksessoriteit” bedoel. Hy beklemtoon herhaaldelik dat medepligtigheid aksessories is (1980 *THRHR* 195 198, 1981 *THRHR* 74), maar beskou dit tog as ’n selfstandige misdaad wat nie by die algemene beginsels van die strafreg tuishoort nie. Onder meer redeneer hy soos volg:

“Indien medepligtigheid dan as ’n algemene beginsel moet diens doen, omdat die pleging van ’n ander misdryf ’n voorvereiste is vir ’n skuldigebevinding, sal ander misdade, bv ontsnapping en heling, soortgelyk ingedeel moet word. Vir ’n skuldigebevinding aan ontsnapping is die bewys van ’n *skuldigebevinding* en vonnis aan ’n ander misdaad ’n voorvereiste, terwyl by medepligtigheid net bewys van die *pleging* van ’n ander misdryf vereis word.” (1977 *De Jure* 162 168).

Klaarblyklik glo Van Wyk dat ontsnapping geen misdaad is tensy die beskuldigde besig was om ’n vonnis uit te dien nie. Die betrekking tussen die ontsnapping en die *ander misdaad* wat *dieselfde dader* voorheen gepleeg het (sê, ’n verkragting agt jaar gelede) sou dan vergelykbaar wees met — of selfs nog gewigtiger as — die betrekking tussen een persoon se medepligtigheid en ’n *ander persoon* se daderskap ten opsigte van *dieselfde misdaad*. Mens kan hierdie asemrowende redenasie kwalik bespreek sonder om seer te maak. Laat ons dit liewers met die mantel van liefde bedek, behalwe om aan te stip dat aksessoriteit vir Van Wyk heeltemal iets anders inhou as wat dit in die regs wetenskap beteken.

4 *Communis error*

“In soverre Bertelsmann betoog dat medepligtigheid en poging, net soos daderskap, tuishoort by die algemene leerstukke van die strafreg, misgis hy hom natuurlik teerde” (*Compendium* 123).

Aldus Van der Merwe, maar hy self bespreek poging en medepligtigheid, anders as die “besondere misdade” begunstiging, uitlokking en sameswering, in sy *Beknopte Samevatting van Lesings oor Algemene Beginsels van Strafrege*, en nogal taamlik breedvoerig (*Compendium* 111–143). Iets (moontlik die logika van die strafreg sistematiek?) het hom “gedwing” om dit te doen (143). Wat die meriete van die saak betref, sien 1981 *THRHR* 297 e v. Aan iemand wat pikkewyne *bona fide* vir visse aansien, kan seker mettertyd verduidelik word waarom die natuurwetenskap hulle onder die voëls rangskik. Vroeër of later sal hy erken dat hy verkeerd was. Van der Merwe (*Addendum* 124) en Van Wyk (410) se reaksie is anders: *communis error!* Verknogtheid aan uitgediende “ongesistematiseerde” dwaallere! Almal is verkeerd — behalwe Van Wyk en Van der Merwe. Laat dan die pikkewyn vir hulle maar ’n vis bly.

5 Wederregtelikheid

Wanneer ’n motoris ’n spoedbeperking oorskry, is sy handeling strydig met ’n strafnorm en *prima facie* wederregtelik. Wederregtelikheid kan egter uitgesluit wees as gevolg van besondere omstandighede wat ’n regverdigingsgrond daarstel, soos noodtoestand, indien die motoris byvoorbeeld

besig is om 'n pasiënt met 'n hartaanval so gou moontlik hospitaal toe te neem. In die Suid-Afrikaanse en verwante strafregstelsels beteken wederregtelikheid derhalwe strydigheid van 'n handeling met 'n strafnorm en afwesigheid van regverdigingsgronde.

Die howe aanvaar hierdie begrip van wederregtelikheid, daar is baie min skrywers wat nie saamstem nie, en enige student wat 'n kursus in strafreg gevolg het, behoort daarmee vertrouwd te wees. By Justisie-Opleiding word egter geleer:

“Omdat 'n strafnorm altyd wederregtelikheid postuleer, is die verwysing na 'afwesigheid van regverdigingsgronde' nie alleen tautologies nie, maar onsinnig” (*Adendum* 124; vgl Van Wyk 411).

Watter opleiding!

Dit wil voorkom of Van der Merwe en Van Wyk die erkende wederregtelikheidsbegrip van ons strafreg nooit heeltemal verstaan het nie. Anders sou hulle die aanwending daarvan nie as 'n inhoudlose “*petitio principii*” afmaak nie (*loc cit.*). Hulle probleem is 'n obsessie met die “objektiewe redelikheidstoets” of “onregmatigheidskriterium” wat Van der Merwe in die strafreg probeer inplant waar dit in der waarheid die vorm van 'n allesoorheersende superregverdigingsgrond aanneem. 'n Handeling wat binne 'n misdaadomskrywing val, is nie “bloot vanweë die afwesigheid van 'n regverdigingsgrond” onregmatig nie. “Steeds moet selfstandig vir onregmatigheid getoets word,” en wat nie onredelik is nie, is regmatig (Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* 4e uitg 84 n 90; *Compendium* 27 e v). Op objektiewe redelikheid kan en moet steeds teruggeval word waar “uitgekristalliseerde regverdigingsgronde ontbreek, soos byvoorbeeld in *A* 1971 2 SA 293 (T)” (Van Wyk 411). In dié saak is egter van regverdigingsgronde, hetsy “uitgekristalliseer” of andersins, geen sprake nie. Vir Van der Merwe en Van Wyk beteken die uitspraak dat hulle in baie gevalle verplig sal wees om een *iniuria* as onredelik (in die privaatreg) én redelik (in die strafreg) aan te merk.

Wat vaagheid betref, kan “objektiewe redelikheid” nouliks oortref word, aangesien dit ook *boni mores*, regsoortuiging van die gemeenskap (welke gemeenskap in 'n land soos Suid-Afrika?) en persoonlike opvatting van die betrokke landdros of regter beteken. Daar sal dus, soos Van der Merwe self toegee, “die bekende verskynsel van *quot homines tot sententiae* hoogty vier” (*Compendium* 139). Waar aan die streng vereistes van erkende regverdigingsgronde nie voldoen is nie, kan hulle maar oorboord gegooi en met die subjektiewe gevoelens van landdroste en regters vervang word.

Dit is presies die teenoorgestelde van die ideaal wat deur goeie regters en die strafregwetenskap nagestreef word. Op geen regsgebied is regsekerheid en gelyke behandeling van gelyke gevalle belangriker as in die strafreg nie. Juis daarom word steeds getrag om misdade, regverdigingsgronde en skulduitsluitingsgronde al hoe duideliker te omskrywe en om werklik juridiese toetse en kriteria as betroubare rigsoenere te ontwikkel. Soos Richard Schmidt (*Grundriss des deutschen Strafrechts* 106 e v) in verband met regverdigingsgronde verduidelik, is die “naïv unjuristiese” neiging om die beslissing oor strafopheffing by *prima facie* wederregtelike handeling aan

die "Billigkeitsgefühl" van die regspreker oor te laat, vir die juris heeltemal onaanvaarbaar.

Vir die verwerping van die erkende wederregtelikheidsbegrip word twee argumente aangevoer, ook in die aanvegbaarste gedeelte van Snyman se *Strafreg* (74 e v) wat in baie ander opsigte tereg as 'n nuttige en waardevolle handboek beskou word. (Sien Burchell se treffende kritiek in 1982 *SALJ* 466 468 e v.) Die eerste argument is dat daar geen *numerus clausus* van regverdigingsgronde bestaan nie en dat nuwe regverdigingsgronde slegs volgens die kriterium van objektiewe redelikheid kan "uitkristalliseer." Tweedens sou objektiewe redelikheid die enigste moontlike maatstaf vir die oorskryding van "uitgekristalliseerde" regverdigingsgronde wees (*Compendium* 27). Myns insiens gaan altwee argumente van foutiewe premisse uit en is nie eers in hulself logies nie. Die feit dat iemand nie van ander maatstawwe weet nie, bewys tog nie dat daar geen ander maatstawwe is nie.

Daar moet natuurlik onderskei word tussen die algemene regverdigingsgronde wat deur regspraak en regswetenskap ontwikkel is, en statutêre regverdigingsgronde. Laasgenoemde kan deur die wetgewer te enigertyd, veral in die vorm van besondere bevoegdhedes, geskep word en bly hier, soos Van der Merwe self aandui (*Compendium loc cit*), buite rekening. Maar ook 'n algemene regverdigingsgrond het nog nooit bloot uit die newel van objektiewe redelikheid "uitgekristalliseer" nie, en daar is geen rede waarom dit in die toekoms sou gebeur nie. Elke strafregtelike verweer voldoen aan 'n meer tasbare behoefte, en elkeen berus op regsgronde of funksies wat aan hom eie is. Van sodanige regsgronde en funksies moet en kan die voorvereistes sowel as die perke van die betrokke verweer afgelei word (sien i v m noodweer 1967 *THRHR* 107 en i v m noodtoestand 1981 *THRHR* 413), eerder as van wasige *boni mores* wat nie eers die verskil tussen 'n regverdigingsgrond en 'n skulduitsluitingsgrond aandui nie (1981 *THRHR* 422).

Oor 'n gemeenskaplike deler van alle, of van sekere groepe regverdigingsgronde is al baie geskryf, en daar is tot gevolgtrekkings geraak wat beslis minder vaag as "objektiewe redelikheid" is. Geen kriterium is egter gevind waarop in 'n verfynde strafregstelsel soos ons s'n 'n direk aanwendbare algemene superregverdigingsgrond gebaseer sou kan word nie.

Dit is waar dat, soos die hele reg, ook die algemene regverdigingsgronde nie staties bly nie. Maar om te dink dat daar gedurig nuwes ontwikkel, sou eenvoudig verkeerd wees. Hoeveel is dit per jaar? Of selfs per eeu? Regspraak en regswetenskap hou egter nooit op om die ou strafregtelike verwerre verder uit te bou nie. Ook veranderende opvattinge in die bevolking kan 'n belangrike rol speel, hoewel nie juis vir die dogmatiek nie. Waar dit byvoorbeeld om die opweging van botsende belange gaan, is die gewig wat aan verskillende regsgoedere toegeken word, onbestendig en word — anders as die beginsel van belangeopweging — primêr nie deur juriste bepaal nie. Des te belangriker is egter die regsgeleerde se insig in die betekenis van die regsgoed vir die strafreg. Daarsonder kan, soos uit Van der Merwe en Van Wyk se geskryfte blyk, wederregtelikheid en regverdigingsgronde nie ten volle verstaan word nie.

6 Noodtoestand

In 1981 *THRHR* 413–422 is uiteengesit waarom twee soorte noodtoestand as verwere in die strafreg erken moet word, naamlik 'n regverdigingsgrond en 'n skulduitsluitings- of verskoningsgrond. Daar is aan die hand gedoen dat in Suid-Afrika die term “verskoningsgrond” (“excuse”) gebruik mag word, want “subjektiewe” noodtoestand sluit nie skuld in die sin van opset uit nie; dit kan egter skuld in die sin van verwytbaarheid “so verminder dat dit nie meer die drumpel van strafwaardigheid bereik nie” (a w 418).

Op die betrokke aantekening lewer Van der Merwe die kritiek dat, “hoewel dit gerieflik en gebruiklik mag wees om sommige regverdigingsgronde te betitel, die juris daarteen moet waak om nie die ingeburgerde benamings buite verband aan te wend en aldus regs wetenskaplike metode deur aanklamping te kniehalter nie. Reeds hierom moet Bertelsmann, *THRHR* 1981 413 e v se gebruik van die woorde ‘noodtoestand’ beide as regverdigings- en skulduitsluitingsgrond betreur word” (*Addendum* 42).

Dit is ironies dat juis Van der Merwe en Van Wyk wat sulke fatale moeilikhede met regs begrippe ondervind (algemene beginsels, formeel omskrewe misdaad, aksessoriteit, regsgoed, wederregtelikheid ens), steeds weer probeer om die aandag van die werklike onderwerpe af te trek deur middel van terminologiese haarklowery op soek na foute wat nie daar is nie. Tipies is hulle uitlatings oor “leerstukke” en “reëls” (*Addendum* 124 en 410) en veral Van der Merwe se kommentaar insake noodtoestand wat hier volledig aangehaal is. Op die keper beskou, is hierdie kriptiese, skynbaar diepsinnige bydrae tot regsopleiding in die staatsdiens van alle inhoud ontbloot, tensy Van der Merwe die onwetenskaplike en verouderde skeidslyn tussen noodtoestand en dwang wil laat herlewe. Daarvan kan egter geen sprake wees nie aangesien hy self te kenne gee dat dwang “as verskyningsvorm van noodtoestand” aangemerkt kan word (*Compendium* 38). Ons howe behandel dwang reeds lankal as 'n soort noodtoestand, en die appèlhof het dit juis in 'n geval van dwang (*Bailey* 1982 3 SA 772 796) by monde van appèlregter Jansen (met instemming van hoofregter Rumpff en appèlregters Diemont, Trengove en Cillié) duidelik gestel dat noodtoestand “op of 'n regverdigingsgrond of 'n skulduitsluitingsgrond (of selfs beide)” kan neerkom. Tussen hakies wys die appèlregter daarop dat waar “skuld” op algemene verwytbaarheid slaan en nie sinoniem met *dolus* of *culpa* is nie, die term “skulduitsluitingsgrond” moontlik met “verskoningsgrond” vervang kan word (797).

Deur noodtoestand ook as skulduitsluitings- of verskoningsgrond te erken voordat enige Suid-Afrikaanse handboek 'n hoofstuk of selfs 'n enkele paragraaf daaraan wy (sien egter Snyman *Strafreg* 101), het die appèlhof 'n prysenswaardige stap vorentoe in die ontwikkeling van ons strafreg gedoen en beslis nie “regswetenskaplike metode deur aanklamping gekniehalter” nie (wat Van der Merwe ook al daarmee bedoel).

Met die woorde “of selfs beide” wil die hof seker nie te kenne gee dat in 'n gegewe geval een nootoestandshandeling regverdigbaar sowel as verskoonbaar bevind kan word nie. “Logies,” hoewel nie histories nie, kom

regverdigende vóór subjektiewe noodtoestand (1981 *THRHR* 418). "Of verwytbaarheid uitgesluit is, behoort nie eers oorweeg te word voordat wederregtelikheid vasstaan nie." Maar die *feitlike* voorvereistes vir albei verwere kan inderdaad so ooglopend gelyktydig aanwesig wees dat die onderskeid skynbaar irrelevant word. Gestel die skaker van 'n passasiersvliegtuig, X, beveel die vlieënier, Y, om op 'n hoogte te vlieg wat deur lugvaartregulasies verbied word, en dreig om die vliegtuig op te blaas as Y die bevel nie nakom nie. Y pleeg die *prima facie*-oortreding in vrees vir sy eie lewe; die skending van die regulasie is vir hom subjektief 'n geringer euwel as sy eie dood. Dit lyk dus asof hy op noodtoestand as 'n skulduitsluitingsgrond kan staatmaak. Sy handelwyse sou egter ook objektief op "avoidance of greater harm" neerkom, al was daar net een lewe op die spel, en wat hy werklik red, is die hele vliegtuig met alle betrokke menseleuens. Omdat hy die objektief geringste kwaad kies, tree hy in regverdigende noodtoestand op. Hy doen geen onreg wat "verskoon" moet of kan word nie. Waar wederregtelikheid ontbreek, is daar geen ruimte vir 'n skulduitsluitingsgrond nie. Om dié rede omvat subjektiewe noodtoestand dwang (d w s dwang deur mense) plus dwang deur omstandighede "min alle gevalle waar wederregtelikheid uitgesluit is" (1981 *THRHR* 417).

Dit is waar dat dit vir Y waarskynlik min saak maak op watter juridiese gronde hy nie onder die lugvaartregulasie vervolgt word nie (vgl Snyman *loc cit*). In sekere situasies kan die verskil egter betekenisvol wees. Aan 'n wederregtelike, hoewel verskoonbare, noodtoestandshandeling kan 'n medeplygtige wederregtelik deelneem, en noodweer is daarteen geoorloof. In albei opsigte geld die teendeel vir 'n handeling in regverdigende noodtoestand.

Effens minder dogmaties kan appèlregter Jansen se *dictum* ook gesien word teen die agtergrond van een van die mees omstrede probleme van die hele strafreg. Is dit ooit regverdigbaar, behalwe in noodweer, om een mens te dood ten einde twee of meer leuens te red? Vir 'n Suid-Afrikaanse hof sou dit 'n onbenydenswaardige taak wees om dié vraag in 'n geval soos, sê, die van die *Mignonne* (*Dudley & Stephens* 1884 14 QBD 273) te moet beantwoord. Waar noodtoestand egter beide as 'n regverdigingsgrond en as 'n skulduitsluitingsgrond erken word, is die uitweg in die praktyk voor-die-handliggend: oor wederregtelikheid hoef nie beslis te word nie omdat ten minste skuld in die sin van verwytbaarheid uitgesluit is.

W BERTELSMANN
Pietersburg

Hiermee word die polemiek afgesluit (Red).

UNDISCLOSED PRINCIPALS: A NEW DEVELOPMENT

Normally the undisclosed principal discloses himself and seeks to claim from the third person the benefit of the contract, or the third person discovers the existence and identity of the undisclosed principal and seeks to hold him liable under the contract. In *Karstein v Moribe and others* 1982 2 SA 282(T), however, the dispute was between one of the partners in a

partnership which was looked upon as the principal (300A-B) and which had not been disclosed when the contracts (a number of leases) had been entered into, and another of the partners who was looked upon as the agent, who had entered into the contracts in his own name (288F). After the third persons had ceased to have any interest in the matter, the leases having run their course and been terminated by effluxion of time (287B, 288A-D, 300F-G), the principal wished it to be acknowledged that he had not been a party to the leases, while the agent wanted them to be held to have been the principal's contracts.

In order that the intricacies of this unusual situation may be appreciated, it is advisable first to review the cases on the commoner instances. When, in the normal run of cases, the contract is still in being, whose contract is it? The language used by our courts suggests two possibilities: (1) it is the principal's contract in reality though it appears to be the agent's; (2) it is the agent's contract, the rights and obligations being deemed, in certain circumstances, to have been transferred to the principal.

In *O'Leary v Harbord* (1888) 5 HCG 1 11 Solomon J spoke of the agent as an "apparent party" and of the principal as "in reality a party" to the contract and said that he (the principal) could not escape liability "by taking advantage of the form in which the contract was made by his agent."

This supports the first possibility as does the statement by De Villiers JP in *Don Shoe Co (Pty OFS) v Goodman Bros* 1931 OPD 26 29 that the third person can only hold the undisclosed principal liable

"if the contract was made by the agent acting as agent, or in the course of his employment as agent. But if A contracts with B as principal, and B is actually acting as principal and on his own account, it cannot avail A to show that B had authority to contract on behalf of C."

On the other hand in *Symon v Brecker* 1904 TS 745 747 Innes CJ said that "the principal may adopt the contract" which indicates, it is thought, an option not to adopt it, which in turn seems to indicate support for the second possibility. In favour of the second possibility, too, is the statement by Potgieter JA in *Cullinan v Noordkaaplansde Aartappel-Kernmoerkwekers Kooop Bpk* 1972 1 SA 761 (A) 770E where the judge speaks of the principal as a person acquiring rights and incurring duties "ten opsigte van 'n ander persoon met wie hy inderdaad nie kontrakkeer het nie."

Van der Horst ("Die Leerstuk van die 'Undisclosed Principal'" *Annale, Universiteit van Stellenbosch* vol 33 series B no 2 (1971) 107-109) and Joubert (*Die Suid-Afrikaanse Verteenwoordigingsreg* (1979) 63-64) support the second possibility. De Wet (*The Law of South Africa* ed Joubert vol 1 *Agency*) is against the first in par 149 but does not support the second in its entirety, speaking in par 154 of the "transformation" of *vincula iuris*. The present writer considers that the first possibility has more in its favour than the authors mentioned above allow (see below) and that, considering that there is a veil over the existence of the principal, it is more helpful than the second possibility outlined above: see *The Law of Agency* 2 ed (1979) 207-208, 216. (This work is referred to hereinafter as *Agency*. Note that the rules relating to this veil and its removal are not the same in all respects as those relating to the veil of corporate personality.)

It is agreed by all that anomalies are present (see, for example, *Karstein's* case, above, 299 D). The main anomaly which exists, whichever possibility is favoured, is that a contract is held to exist even though one of the parties did not intend to contract with the other. On the first approach there is a contract between the principal and the third person although the third person intended the contract to be with the agent. On the second approach there is a contract between the agent and the third person although the agent intended the contract to be with the principal. That problems relating to an undisclosed principal arise only when the agent intends to act for the principal is clear not only from the decision in the *Don Shoe Co* case, an extract from which is quoted above, but also from the *American Restatement on Agency* 2 ed par 4 comment *b*, par 186 comment *c*, par 194 comment *b*, par 199, par 302 and *American Jurisprudence* 2 ed vol 3 *Agency* par 307. Hence the hypothesis described by De Wet (*op cit* par 149) ought not to be adopted. (That hypothesis is: "The so-called agent is *ex hypothesi* not a person who contracts as agent but one who contracts in his own name. The undisclosed principal is *ex hypothesi* not a person on whose behalf another contracts as representative . . .")

A number of questions concerning the main rules on the doctrine show that the first possibility merits greater attention than some would give it. Why may the undisclosed principal intervene (*Agency* 213) in circumstances in which the third person does not need to be protected (*Agency* 213–214)? On the first approach the answer is plain: the contract is, and was from the beginning, his. It was made for him by his agent though the agent did not disclose the capacity in which he acted nor the existence of the principal. There is no separate contract to which the principal is a stranger, one in which the agent is a principal which is then considered at a later stage to have been transferred to the undisclosed principal (*Pace Joubert op cit* 64). On the second approach there is no clear answer. There is no reason why a stranger to a contract (as the undisclosed principal, on this approach, is considered to be) who has not acquired rights by a normal, separately arranged cession should have the right to intervene.

Why may the undisclosed principal be sued, when discovered, if the third person so wishes (*Agency* 209)? Again on the first approach the answer is plain: the contract is, and was from the beginning, his. *American Jurisprudence* loc cit is particularly clear on the point saying *in fine*: "An undisclosed principal is liable because, though not disclosed, the fact remains that he occupies the position of a principal, and because as the recipient of the deal, he should also assume its burdens." On the second approach there is again no clear answer. If the undisclosed principal is a stranger to the transaction (as, on this view, he is) there is no good reason to impose liabilities on him if he has not accepted the obligations of the contract in a normal, separately arranged, assignment.

The agent can be held bound without difficulty, whichever possibility is favoured. On the first, he held himself out as the only contracting party and can be estopped from denying that the contract is his: *O'Leary's* case, above, 11. (Note that the criticism in *Bowstead on Agency* 14 ed (1976) by Reynolds and Davenport 285–287 of the estoppel theory – referred to in

Karstein's case, above, 297A – is concerned with a theory that *the principal* is estopped. It is not directed towards estoppel of the agent.) If the agent is so estopped he is treated as if he were the principal (*Agency* 99–101) and the contract is regarded as his. If the second possibility is favoured, without there being any need to assert estoppel, the contract is the agent's.

If the agent sues the third person before he (the third person) discovers the existence of the principal, and if the first approach is adopted, the agent will be allowed his action because none of those involved will be aware of the fact that the principal exists. This appears more clearly in *Craig v Blackater* 1923 SC 472 486 quoted in Walker *The Law of Contracts and Related Obligations in Scotland* (1979) 425 than in our own cases. If the second approach is adopted, the agent may sue because it is his contract.

The circumstances in a straightforward case involving an undisclosed principal are that the principal appoints the agent who then forms the contract on the principal's behalf (see the *Don Shoe Co* case, the *American Restatement* and *American Jurisprudence* referred to above), but does not disclose the existence of the principal or the capacity in which he acts. As Lord Lindley said in *Keighley, Maxted & Co v Durant* 1901 AC 240 (HL) 261 (though he did not have the support of Lord Davey: see 256):

"The explanation of the doctrine that an undisclosed principal can sue and be sued on a contract made in the name of another person with his authority is, that the contract is in truth, although not in form, that of the undisclosed principal himself. Both the principal and the authority exist when the contract is made; and the person who makes it for him is only the instrument by which the principal acts. In allowing him to sue and be sued upon it, effect is given, so far as he is concerned, to what is true in fact, although that truth may not have been known to the other contracting party."

So, also, Williston (*Contracts* 3 ed par 286 vol 2 342 344–345) quotes as the leading authorities in American Law two cases in the first of which it is said

"A contract made by an agent in his own name may be shown to be that of the principal, where the transaction relates to the affairs of the principal and not to the personal affairs of the agent . . ."

And in the second:

"The contract of the agent is the contract of the principal . . ."

The above discussion shows that the first approach merits consideration; but there is a major problem in that, although the undisclosed principal has existed from the inception of the contract, his existence becomes known to others than the agent only at a later stage. Assistance in the resolution of this problem can be obtained, it is thought, if we imagine that his existence has been veiled. If he is permitted to or is required to, come from behind the veil into the open, he takes his place in the transaction (*vis-à-vis* others than the agent) as the transaction is at the time when he emerges from behind the veil. Hence set-off, which has already operated, and any payment there may have been to the agent, are not nullified: *Symon v Brecker*, above, 747. He also takes his place "subject to all equities" (*O'Leary's* case, above, 11) so any defences the third person would have had against the agent, had he been the principal, are available against the principal.

With the above exposition in mind one may turn to the facts of *Karstein's* case, above. It was alleged that K and M had entered into a partnership to conduct farming operations. K instituted action for debatement of account and payment of moneys (287B-C). As a preliminary step certain assets on the farm were sought to be attached (286C-H). Counsel for the first respondent argued that the alleged partnership agreement was unlawful and invalid and that therefore the applicant was not entitled to any relief, either in the main action or on the preliminary claim for attachment (288H). One of the alleged partners was white and the other black. A farm in an area of South Africa in which white persons were generally not entitled to hire land was hired by the first respondent in his own name, as were plots in Bophuthatswana where similar rules applied (288E-G). The relevant section of the Black Land Act 27 of 1913 (section 1(2)) prohibited hiring by whites "except with the approval of the Minsiter of Co-operation and Development" (289G). As the contract could have been performed in a lawful manner if approval had been obtained, the court (Ackermann J) held, it is submitted correctly, that the partnership agreement was not void *ab initio* (291C-G).

It was argued in the alternative that if the partnership agreement had lawfully come into being, the leases of the areas in question had nevertheless been illegal as they had been between the partnership (the undisclosed principal) and the lessors and the required approvals had not been obtained; and that the court ought not to come to the assistance of the applicant as he was seeking debatement of an account and payment in respect of partnership business which had been illegally conducted (291H; see also 292C-D.)

"The crucial matter for determination" said Ackermann J at 292D-E "is whether the partnership was the lessee of the properties concerned." After reviewing a number of authorities on the position of undisclosed principals the judge came to the following conclusion at 299E-G:

"There is much to be said, in my view, for the opinions of the learned writers I have referred to above that the limitation of the undisclosed principal's right to intervene is one based on broad considerations of equity. In my respectful view the approach which, as I read the judgment, underlines the decision in the *Cullinan* case and to which I have referred above, namely that the doctrine must be excluded where it could result in prejudice to the third party unforeseen by him at the time of entering into the contract, would satisfactorily explain those cases where the undisclosed principal's intervention has been excluded and where such exclusion was neither expressly nor impliedly a term of the agreement."

The judge then pointed out at 300B-D that

"[h]ad the respective lessors sought to hold the partnership, as undisclosed principal, liable, or had the partnership sought to intervene, and had this been allowed, it would have rendered the leases illegal and unenforceable. This could only have caused prejudice to the lessors. Clearly the lessors only wished to contract with persons who, in terms of the relevant legislation, were permitted by law to do so. Had they known at the time that second respondent was acting on behalf of the partnership they would not have contemplated concluding the leases with the partnership, for the very valid objective reason that the leases would be unlawful and void. On this ground alone, it seems to me, the partnership would have been prevented from intervening, and prevented from being held liable, as undisclosed principal."

Later, the judge continued at 300G-H:

“The conclusion I therefore reach on this part of the case is that the leases were at all times leases between the respective lessors and the first respondent, that the partnership never became a party to these leases and that the leases were not unlawful.”

When one remembers that it was the principal who instituted the action then pending and applied for the interdict, the result of this decision is that an undisclosed principal is entitled as against the agent to claim that he should remain in obscurity and that consequently the contract should be considered to be the agent's. The language used by the judge in the extract last quoted leans towards the second approach outlined above; but the decision that the principal has to justify, on grounds of equity, his remaining in obscurity leans towards the first approach. This is not to say that the law should be confined to the two previous approaches. Making equity the test is valuable and the decision is to be welcomed.

There is, however, one aspect that seems to require further consideration. At 298D – 300A the court suggested that an undisclosed principal's personal qualities or attributes should not bar his intervention unless the third person can show “actual or potential prejudice on his part” (299H). With respect, “prejudice” is a slippery word in agency contexts (*Agency* 115–120). Presumably the court did not intend the word to carry solely its financial meaning. If it is, as it presumably is, intended to carry a wider meaning, further definition of its field of operation in this context would have been valuable. The test for *error in persona* is presumably within it. (On *error in persona* see the present writer's *The Principles of the Law of Contract* 3 ed (1980) 26–34.) In this connection it should be noted that the court in *Lambinion v Du Toit* 1952 4 SA 431 (T) 435F-G referred to the third person's absence of knowledge of the principal's creditworthiness, a point not mentioned by the court in *Karstein's* case, nor by De Wet op cit par 156 there referred to. *Said v Butt* 1920 3 KB 497, the facts of which are given in *Agency* 214–215, is also presumably within it. (The case is mentioned, but without express approval, in *Karstein's* case 296B-E.)

AJ KERR
Rhodes University

WEER EENS *DOLUS EVENTUALIS* EN *LUXURIA* — 'N VERDUIDELIKING WEENS 'N REPLIEK

1 Inleiding

Morkel se onlangse aantekening “Die Onderskeid tussen *Dolus Eventualis* en Bewuste Nalatigheid: 'n Repliek” 1982 *THRHR* 321 in antwoord op my aantekening “*Dolus Eventualis* en *Luxuria* — Nog 'n Stuiwer in die Armbeurs” 1982 *THRHR* 183 noop my, vanweë verskeie wanvoorstellings daarin omtrent die standpunt dat die voorsien van 'n konkrete of werklike moontlikheid geen vereiste vir *dolus eventualis* is nie. en dat dit ook nie die maatstaf vir die onderskeid tussen *dolus eventualis* en *luxuria* is nie, opnuut

om die pen oor hierdie onderwerp op te neem. Vir sover doenlik, sal gepoog word om nie in 'n blote herhaling van reeds gestelde standpunte te verval nie.

2 *Dolus eventualis* en die voorsiene moontlikheidsgraad

Volgens Morkel gaan die argument dat die voorsiene moontlikheid by *dolus eventualis* nie konkreet of werklik hoef te wees nie en dat dit genoegsaam is dat die beskuldigde die moontlikheid, selfs al is dit gering of verwyderd, voorsien, nie op nie (322). Ter staving van sy standpunt verklaar hy dat almal op 'n abstrakte of vae wyse die gevare wat met die bestuur van 'n motor gepaardgaan, voorsien, maar dat die persoon wat 'n motor bestuur nie sonder meer verwyrt word nie, net soos almal die moontlikheid voorsien dat 'n skoot wat in die lug afgevuur word, iemand kan tref met die afkom daarvan grond toe, maar dat die jagter wat in die verlate bosveld 'n skoot in die lug afvuur, nouliks verwyrt sal word as dit vanweë 'n bizarre sameloop van omstandighede tot ongelukkige gevolge lei (322). Met Morkel se eindresultaat dat die motorbestuurder en die jagter in die gegewe omstandighede geen strafregtelike aanspreeklikheid behoort op te doen nie, kan egter geen fout gevind word nie. Gevolglik ontstaan die vraag hoe daar nieteenstaande ons presies teenoorgestelde uitgangspunte aangaande die vereiste graad van moontlikheidsvoorsiening by *dolus eventualis*, tot een en dieselfde resultaat, vir sover dit strafregtelike aanspreeklikheid aangaan, geraak word. Die antwoord daarop, wat Morkel klaarblyklik òf misgelees òf misverstaan het, is te vinde in dié paragraaf van my aantekening wat soos volg lui:

“Nou kan daar geargumenteer word dat die voorsien van die verwyderde moontlikheid van die slagoffer se dood . . . as voldoende vir *dolus eventualis* tot absurde resultate kan lei. Voorsien 'n dokter byvoorbeeld die verwyderde moontlikheid dat sy pasiënt onder die operasie kan sterf, of voorsien die laksman die verwyderde moontlikheid dat 'n familielid van die ter-dood-veroordeelde van smart kan omkom, sou hulle *dolus eventualis* hê as die moontlikheid bewaarheid sou word. So 'n argument sou egter uit die oog verloor dat die gewraakte handeling van die beskuldigde en die gepaardgaande gevolg in die *konkrete* situasie, soos dit *werklik* voorgekom het . . . eerstens *wederregtelik* moet wees en tweedens dat hy (benewens daadsbewussyn) ook *wederregtelikheidsbewussyn* moes gehad het. Vandaar dat daar deurgaans na die voorsien van die moontlikheid van die wederregtelike daad en die versoening daarmee verwys is” (193).

Toegepas op Morkel se voorbeelde beteken dit dat die motorbestuurder en die jagter geen aanspreeklikheid in die gegewe omstandighede sal opdoen nie, omdat die blote bestuur van 'n motor of afvuur van 'n skoot in die lug sonder meer, nie wederregtelik is nie. Alleen 'n algehele verbod van regsweë op motorbestuur en jagtogte sou daartoe kon lei dat sodanige handeling op sigself strafbaar sou wees. Nou is dit egter so dat die reg sekere mense toelaat om onder bepaalde omstandighede motors te bestuur en jagtogte te onderneem. Terselfdertyd neem die reg kennis van die feit dat daar inherent risiko's en gevare aan hierdie aktiwiteite verbonde is. Aan die ander kant is nie alle gedraginge van alle motorbestuurders en jagters regtens geoorloof nie. Daarom is 'n onderskeid tussen 'n regtens toelaatbare risiko (“rechtens erlaubte Risiko”) enersyds en 'n regtens ongeoorloofde gevaar (“rechtlich missbilligte Gefahr”) andersyds hier dienstig.

(Sien oor hierdie onderskeid my ongepubliseerde LLD-proefskrif *Oorsaaklikheid by Moord en Strafbare Manslag* (UP 1981) 44–49 in die algemeen en 47 in besonder.) Of die risiko of gevaar wat die beskuldigde se handeling meebring van regsweë toelaatbaar dan wel ongeoorloof is, sal uiteraard afhang van al die omringende omstandighede wat elke geval vergesel in die lig van objektiewe redelikheid as juridiese maatstaf vir wederregtelikheid. (Vgl in dié verband oor die onderskeid tussen die formele en materiële inhoud van wederregtelikheid, Snyman *Strafreg* (1931) 73–74 74–77; Van der Westhuizen *Noodtoestand as Regverdigingsgrond in die Strafreg* (ongepubliseerde LLD-proefskrif UP 1979) 371 e v 452–496; Strauss *Toestemming tot Benadeling as Verweer in die Strafreg en die Deliktereg* (ongepubliseerde LLD-proefskrif UNISA 1961) 205 e v 246–265.) Om vooraf in die abstrakte 'n katalogus van handeling en omstandighede op te stel wat op regtens toelaatbare of regtens ongeoorloofde risiko's of gevare dui, is uiteraard ondoenlik. Elke konkrete geval sal op sy eie meriete beoordeel moet word, en dat die skeidslyn tussen regtens toelaatbare en regtens ongeoorloofde risiko's of gevare soms moeilik sal wees om te trek. kan nie ontken word nie. (Terloops, dieselfde geld natuurlik die graad van voorsien by *dolus eventualis*, aangesien dit soms ewe moeilik kan wees om te bepaal waar die skeidslyn tussen konkreet voorsiene en verwyderd voorsiene wederregtelike dade nou juis lê.) Morkel se twee voorbeelde kan dus as gevalle van regtens toelaatbare risiko's of gevare beskou word, en so ook die twee voorbeelde in die aangehaalde passasie.

As 'n motorbestuurder daarenteen byvoorbeeld die motor voor hom teen 'n sperstreep op 'n blinde hoogte of om 'n skerp draai verbystee, skep hy in die afwesigheid van enige regverdigende omstandighede, soos byvoorbeeld noodtoestand, 'n regtens ongeoorloofde gevaar, net soos die man wat vir sy manies-depressiewe vrou wat al etlike selfmoordpogings op haar kerfstok het, 'n rewolwer wat sy in elk geval nie vir selfverdediging nodig het nie, vir haar verjaarsdag gee. In eersgenoemde geval oortree die motorbestuurder verkeersreëls wat juis neergelê is om verkeersongelukke en bygevolg ook lewensverlies te voorkom, terwyl die optrede van die man in laasgenoemde geval in stryd is met sy regspilg uit hoofde van sy besondere verhouding met sy vrou, wat onder meer inhou dat hy haar normaalweg teen nadeel en dus ook teen lewensverlies moet beskerm (vgl *R v Chenyere* 1960 1 SA 473 (FC) 482). Voorsien die motorbestuurder en die man nou in hierdie voorbeelde dat hulle handeling die wederregtelike doodsveroorsaking van 'n aankomende motoris of van sy ongelukkige vrou tot gevolg kan hê, en dit gebeur inderdaad, is hulle by voldoening aan al die misdadvereistes) aan moord skuldig. Dit geld ongeag of hulle die moontlikheid van die doodsgesvolg as konkreet of verwyderd voorsien het, al dan nie.

Om in hierdie voorbeelde die aanspreeklikheid van die motorbestuurder en die man vir moord afhanklik te stel van die voorsien van die werklike moontlikheid van die doodsgesvolg, sou meebring dat die strafreg, in gevalle waar daar pertinent 'n sorgsaamheidsplig op 'n persoon geplaas word om nadelige gevolge te vermy, sodanige vermydingsplig tegelykertyd

ten dele ongedaan sou maak deur die geringheid van die voorsiene moontlikheid as 'n "verweer" of "verskoning" by opsets misdade aan te merk. Of die strafreg die loop van *subjektief* verwyderd voorsiene risiko's van wederregtelike doodsveroorsakings (wat in ieder geval inmiddels *objektief* 'n konkrete ingetrede wederregtelike doodsgewolg geword het) as toelaatbaar vir die doeleindes van aanspreeklikheid vir moord beskou, val minstens ernstig te betwyfel. In elk geval is daar goeie redes waarom dit nie die geval behoort te wees nie. Eerstens lei so 'n siening by opsets misdade tot die botsing van 'n vermydingsplig ten opsigte van voorsiene regtens ongeoorloofde risiko's met 'n toelating van verwyderd voorsiene regtens ongeoorloofde gevaarskeppings. Tweedens is die gevolg van so 'n siening dat arrogante, verwaande, vermetele of selfvoldane mense maar willens en wetens vir die doeleindes van opsets misdade straffeloos gevare kan skep en derhalwe nie aan die sorgsaamheidsplig om voorsiene regtens ongeoorloofde gevaarskeppings te vermy, onderwerp word nie, net omdat die risiko's volgens hulle eie oordeel gering of verwyderd is. Weliswaar kan die heel onbevredigende argument hier geopper word dat die beskuldigde in so 'n geval, waar hy die dood van die slagoffer veroorsaak, steeds aan strafbare manslag skuldig bevind sal kan word. So 'n redenasie los egter nie die probleem op waar die beskuldigde die slagoffer slegs ernstige liggaamlike beserings toedien nie, omdat nalatige aanranding geen misdaad in ons strafreg daarstel nie. Dat dit voorwaar 'n onbillike resultaat is, behoeft beswaarlik enige betoog. Derdens hou die vereiste van die voorsien van die konkrete of werklike wederregtelike daad niks goeds in vir die bevordering van gehoorsaamheid aan die vermydingsplig ten aansien van voorsiene nadelige gevolge en daarmee saam die strafdoeleindes van voorkoming en hervorming nie. Mense behoort mos juis aangemoedig en aangespoor te word om nie willens en wetens regtens ongeoorloofde risiko's te loop nie.

Daar dien in elk geval op gewys te word dat, in die afwesigheid van enige aanduiding van ander aanspreeklikheidsbeperkende faktore deur hom, Morkel se standpunt dat die voorsien van die moontlikheid by *dolus eventualis* konkreet of werklik moet wees, inderdaad kan boemerang en sodoende tot onhoudbare resultate kan lei. Indien 'n persoon 'n vuurwapen aanskaf terwyl hy die werklike moontlikheid voorsien dat een van sy kinders homself of haarself daarmee om die lewe kan bring, en selfs voorsorgmaatreëls tref om dit te voorkom, maar nietemin met die konkrete moontlikheid rekening hou dat so iets kan gebeur en dit gebeur inderdaad, wil dit voorkom of hy volgens Morkel se standpunt vanweë die feit dat hy *dolus eventualis* gehad het, aan moord skuldig bevind sou kon word. Dit is onaanneemlik. Daar word aan die hand gedoen dat die deurslaggewende vraag by aanspreeklikheid vir moord in hierdie geval nie is watter graad van moontlikheidsvoorsiening die betrokke persoon aan die dag gelê het nie, maar of die voorsorgmaatreëls wat hy getref het van so 'n aard was dat die risiko wat hy geloop het as regtens toelaatbaar of regtens ongeoorloof in die betrokke omstandighede bestempel kan word. Nou is dit so dat Morkel uitdruklik verklaar dat die strafreg die loop van onredelike of substansiële risiko's wil bekamp (322), maar omdat hy die redelike of substansiële risiko binne die

raamwerk van die skuldvorm *dolus eventualis* plaas, is die subjektiewe voorsien deur die beskuldigde van 'n redelike of substansiële, oftewel konkrete of werklike moontlikheid van die wederregtelike daad genoegsaam vir opsets misdade en maak hy geen melding van die objektiewe redelikheid van die risiko nie. Sodoende poog hy om met sy kwalifisering van die voorsiene moontlikheidsgraad by *dolus eventualis* die begrensing van strafregtelike aanspreeklikheid vir opsets misdade af te handel. Maar net so min as wat die hele gevolgsaanspreeklikheidsprobleem is die strafreg enkel deur 'n oorsaaklikheidsstoets opgelos kan word, net so min kan die hele opsetsaanspreeklikheidsprobleem deur 'n kwalifisering van die voorsiene moontlikheidsgraad by *dolus eventualis* opgelos word. Een swaeltjie maak immers nog nie die somer nie. Dit is alleen die misdaadvereistes van 'n strafbedreiging, daad, wederregtelikheid, toerekeningsvatbaarheid en skuld wat in hulle samehang tot en verskeidenheid van mekaar die draagwyde en begrensing van strafregtelike aanspreeklikheid kan bepaal. In dié verband word egter geredelik toegegee dat dit soms allermins maklik sal wees om vas te stel presies waar die een ophou en die ander begin.

Interessant is hier dat die Duitse skrywers dit in bepaalde gevalle selfs nodig ag om strafregtelike aanspreeklikheid in gevalle waar die beskuldigde *dolus directus* gehad het, op die een of ander wyse aan bande te lê. Waar 'n man sy vrou tydens 'n donderstorm vir 'n wandeling neem met die brandende begeerte dat 'n weerligstraal haar dodelik sal tref, of 'n brandarm erfgenaam sy skatryk tante oorreed om 'n vliegtuigreis te onderneem in die vurige hoop dat die vliegtuig sal neerstort, is die Duitse skrywers dit (weliswaar om verskillende redes) vrywel eens dat die man en die erfgenaam hier ten spyte van hulle opsetlike veroorsaking van die dood van die slagoffer, geen aanspreeklikheid daarvoor behoort op te doen nie. (Sien daaroor *Oorsaaklikheid* 40–41 52–54.)

Samevattend word aan die hand gedoen dat Morkel die onderhawige probleem van die beperking van opsetsaanspreeklikheid by *dolus eventualis* verkeerdlik in die kwalifisering van die voorsiene moontlikheidsgraad soek. Die rede daarvoor is hoofsaaklik dat die onderhawige probleem in der waarheid nie soseer 'n *skuldprobleem* uitmaak nie, maar veeleer 'n *wederregtelikheidsprobleem*. Die *konkreetheid* of *werklikheid* van die *voorsiene moontlikheid* is (benewens die opsigte waarna in my aantekening 1982 *THRHR* 192–193 verwys word) dus nie die bepalende faktor by opsetsaanspreeklikheid nie. Wat wel van belang is, is die voorsien van die moontlikheid van die wederregtelike daad in die *konkrete gebeure*, soos dit *werklik plaasgevind* het (in teenstelling met vae en abstrakte bespiegeling en verbeeldingsvlugte daaroor). So gesien is dit nie, soos Morkel beweert, “eenvoudig so dat die blote voorsien van 'n verwyderde moontlikheid nie genoegsaam behoort te wees om as grondslag te dien vir opset nie.” Eerstens is daar weinig in die teoretiese grondslae van die reg wat “net eenvoudig so” is, en tweedens is die saak heelwat meer gekompliseerd as wat dié stelling aandui.

Ten slotte moet kommentaar gelewer word op Morkel se stelling dat “[a]ls die voorsien van 'n werklik verwyderde moontlikheid goedsmoeds opset kon daarstel sou dit tot die absurde resultaat lei dat 'n persoon vanweë sy besondere

insig opset sou kon hê terwyl sy optrede nog nie eens van dié van die redelike man afgewyk het nie en daar dus in die betrokke omstandighede nog nie eens van nalatigheid sprake kon wees nie" (323).

Hierdie stelling is nie alleen onaanvaarbaar nie, maar ook onjuis. Dit is onaanvaarbaar vanweë die kwalifisering van die voorsiene moontlikheidsgraad by *dolus eventualis*. Dit is onjuis om twee redes. Enersyds stel dit die bestaan van opset afhanklik van die bestaan van nalatigheid. Dit impliseer dat daar sonder nalatigheid geen sprake van opset kan wees nie. Opset veronderstel dus nalatigheid. Eerstens verloor Morkel hiermee uit die oog dat die toets vir nalatigheid is of die *redelike man* die betrokke wederregtelike daad *sou* voorsien het. Uit die onderhawige stelling blyk juis dat die betrokke persoon *selfinderdaad* die moontlikheid (van 'n regtens ongeoorloofde risiko?) voorsien *het*. Van *culpa* is daar dus geen sprake nie en dit kan dus nie as basis dien waarop *dolus* (of selfs *luxuria*?) gegrondves kan word nie. Tweedens gee Morkel hiermee te kenne dat opset en nalatigheid gelyktydig moet bestaan en derhalwe tot dié mate ooreenval. So 'n siening is minstens lynreg in stryd met die oorwig van gesag in ons strafreg dat opset en nalatigheid mekaar wederkerig uitsluit. (Sien daaroor Burchell en Hunt *South African Criminal Law and Procedure* I (1970) 122 148; Hunt *South African Criminal Law and Procedure* II (1982) 417–418; De Wet *Strafreg* (1975) 155; Snyman 199; Rabie in Joubert (red) *LAWSA* 6 (1981) 85 89–90; Morkel *Towards a Rational Policy of Criminal Fault* (ongepubliseerde LLM-verhandeling UP 1981) 139 en vgl my aantekening "Poging tot Strafbare Manslag" 1981 *De Jure* 343 345–346 en die gesag daarin aangehaal.) Andersyds is dit moontlik dat persone met besondere kennis, soos byvoorbeeld argitekte, medici, plofstofdeskundiges en treindrywers regtens ongeoorloofde gevare voorsien in omstandighede waar die redelike man, oftewel die gewone deursnee mens, weens ontbrekende deskundige kennis aan sy kant nie daarmee rekening sou gehou het nie. Morkel se stelling impliseer dat die deskundige in sodanige omstandighede bevoordeel moet word deur die toepassing van die redelike man-toets. Voorsien 'n deskundige gevolglik die (desnoods geringe) moontlikheid dat daar lewensverlies uit sy (regtens ongeoorloofde) gevaarskepping kan voortvloei, sou hy hom daarop kon beroep dat die redelike man dit nie sou voorsien het nie en sodoende strafregtelike aanspreeklikheid vryspring. Afgesien van die onbillikheid van so 'n resultaat, verontagsaam Morkel daarmee die uiters belangrike kwalifikasie van die nalatigheidstoets, te wete die *redelike man in die posisie van die beskuldigde*, inagnemende sy besondere kennis. Selfs op 'n aanklag van 'n *nalatigheids*misdaad word dit in ons strafreg algemeen aanvaar dat die deskundige, waar hy *nie* met die moontlikheid van die wederregtelike nadelige gevolg rekening gehou het nie, hom (vanweë sy besondere kennis) *nie* op ontbrekende nalatigheid kan beroep op grond daarvan dat die redelike man (sonder dié besondere kennis) die wederregtelike nadelige gevolg ook nie sou voorsien het nie. Die toets vir nalatigheid word by deskundiges juis opgegradeer na die redelike deskundige. (Sien hieroor Burchell en Hunt 151 161; Hunt 416; De Wet 156; Snyman 202–203; Rabie *LAWSA* 6 83–84; Morkel *Nalatigheid as Grondslag vir Strafregtelike Aanspreeklikheid* (ongepubliseerde LLD-proefskrif Universiteit van die Oranje-Vrystaat (1977)) 169.) Wat dus geld waar die deskundige

nie die wederregtelike daad voorsien het nie, behoort des te meer te geld waar hy dit wel voorsien het.

3 *Luxuria* en moontlikheidsvoorsiening

Morkel vind my kritiek dat sy standpunt dat die beskuldigde by *luxuria* die moontlikheid van die betrokke wederregtelike daad *wel* in oorweging neem en dit dus voorsien, maar dat *luxuria* en *dolus eventualis* daarin van mekaar verskil dat die beskuldigde by eersgenoemde *nie* die moontlikheid van die betrokke wederregtelike daad voorsien nie (omdat hy dit nie as 'n konkrete moontlikheid voorsien nie), op 'n teenstrydigheid neerkom, onbegryplik. Volgens hom is dit tog duidelik dat 'n persoon sekere gevare mag voorsien, maar by heroorweging van die betrokke omstandighede en/of of die neem van sekere voorsorgmaatreëls dieselfde gevare (weliswaar onredelikerwys) uitsluit (323–324). Dit kom dus daarop neer dat die verkeerde besluit van die beskuldigde dat die voorsiene wederregtelike daad sal uitbly, die *voorsien* van dié wederregtelike daad uitsluit. Voor sy verkeerde oordeel voorsien die beskuldigde dus wel die wederregtelike daad, maar daarna hou hy op om dit te voorsien, en omdat hierdie laaste oordeel van hom deurslaggewend is, het hy dus nie die wederregtelike daad voorsien nie. Hierdie redensasie is nie sonder meriete nie. Dit is inderdaad voorstelbaar dat 'n persoon, nadat hy 'n spesifieke moontlikheid wel voorsien het, vanweë sy verkeerde besluit oor die intrede daarvan, dit nie langer as 'n moontlikheid voorsien nie. Of dit egter tot 'n reël verhef kan word sonder om die spesifieke toepaslike feite te ondersoek, moet sterk betwyfel word. Dit is immers eweseer moontlik dat 'n mens 'n moontlikheid voorsien en dan bepaalde voorsorgmaatreëls tref om dit te voorkom, maar nietemin voortgaan om dit te voorsien. Dit sal byvoorbeeld die geval wees waar 'n persoon sy swembad omhein omdat hy die moontlikheid voorsien dat 'n kind daarin kan verdrink. Terselfdertyd voorsien hy nog steeds die moontlikheid dat 'n kind op die een of ander wyse weens omstandighede buite sy beheer in die swembad kan verdrink. Kortom, selfs al neem 'n persoon bepaalde voorsorgmaatreëls om die betrokke moontlikheid te voorkom, sluit dit nie noodwendig sy voortgesette voorsien van die moontlikheid uit nie. Trouens, die meeste ouers is voortdurend op hulle hoede dat hulle jong kinders nie gevaarlike medisyne of voorwerpe in die hande kry waarmee hulle hulself skade kan aandoen nie. 'n Mens kan egter net jou bes doen om sulke voorsiene risiko's te voorkom, maar nie meer as dit nie, en as die risiko in weerwil daarvan intree, word aan die hand gedoen dat die vraag dan nie is of jou voorsorgmaatreëls jou voorsien daarvan uitgesluit het nie, maar weer eens of jou voorsorgmaatreëls sodanig was dat die risiko in die betrokke omstandighede regtens toelaatbaar was, al dan nie. Waar die beskuldigde egter weens sy heroorweging van en/of voorsorgmaatreëls met betrekking tot die voorsiene moontlikheid ophou om dit te voorsien, hou dit noodwendig in dat hy subjektief *seker* gemaak het (al was dit dan 'n onredelike aanname) dat dit nie sal intree nie. (Vgl egter Morkel *Criminal Fault* 78–79.)

Die standpunt van Morkel dat die heroorweging van en/of voorsorgmaatreëls met betrekking tot die voorsiene moontlikheid en die gepaardgaande besluit dat dit sal uitbly, die voorsien van sodanige moontlikheid

uitsluit, bring, afgesien hiervan, egter ook ander probleme mee. Eerstens, wat is dan nou die verskil tussen *luxuria* en *culpa*: 'n irrelevante aanvanklike voorsien van die moontlikheid (immers, net die latere nie-voorsien van die moontlikheid kan ter sake wees) by eersgenoemde teenoor geen voorsien hregenaamd van die moontlikheid by laasgenoemde nie? Tweedens, as dit so sou wees dat die beskuldigde by *luxuria* uiteindelik nie die moontlikheid van die wederregtelike daad voorsien nie, wat bly van die betekenis van sogenaamde *bewuste* nalatigheid oor? (Vgl Morkel *Criminal Fault* 77.) Derdens, as die laaste verkeerde besluit of oordeel van die beskuldigde deurslaggewend vir sy nie-voorsien van die moontlikheid van die wederregtelike daad is, watter verskil maak die moontlikheidsgraad van sy voorsien dan nog? Of hy die moontlikheid as konkreet of as verwyderd voorsien, in albei gevalle sou sy verkeerde besluit dat die wederregtelike daad sal uitbly mos sy voorsien van die moontlikheid daarvan uitsluit, en daarmee *verval daardie deel van Morkel se onderskeid* tussen *dolus eventualis* en *luxuria* dan ook — maak hy dit trouens self op *dié manier ongedaan*. Die graad van die voorsiene moontlikheid kan tog nie ter sprake kom alvorens dit vasstaan dat die moontlikheid wel voorsien is nie, en om op die aanvanklike irrelevante voorsien van die moontlikheid terug te val, deug ook nie, want 'n mens kan nie vir dieselfde doeleindes (die onderskeid tussen *dolus eventualis* en *luxuria*) iets voorsien en nie voorsien nie. Dat dit op 'n teenstrydigheid neerkom, behoort vir Morkel duidelik te wees.

4 *Dolus eventualis* en *luxuria*

Volgens Morkel word daar nêrens in my aantekening enige behoorlike inhoud gegee aan die begrippe “aanvaarding” en “verwerping” (van die wederregtelike daad wat as moontlik voorsien word) as deurslaggewende faktore ter bepaling van (die volgens hom leë clichés) versoening, roekeloosheid of onverskilligheid as onderskeidingsmaatstaf tussen *dolus eventualis* en *luxuria* nie (324). Die volgende stellings self, of die betekenis daarvan, in my aantekening moes egter aan hom verbygegaan het:

“Dat 'n beskuldigde wat hom by die moontlikheid van lewensverlies *neergelê* het of hom daarop *ingestel* het en dit sodoende *aanvaar* het, by die verwerkliking daarvan nie aan moord skuldig is nie, is nie alleen uit pas met ons regspraktyk aangaande *dolus eventualis* nie, maar ook strydig met die regsgevoel en billikheidsoorwegings” (189),

asook:

“as *luxuria* 'n besluit dat die voorsiene wederregtelike daad sal intree *uitsluit*, spreek dit vanself dat *dolus eventualis* 'n besluit dat die voorsiene wederregtelike daad sal intree sal *insluit*. Dit is dan ook juis hierdie *besluit* by *dolus eventualis* om die *kans te wag* of die *risiko te loop* van die voorsiene wederregtelike daad wat die *versoening* met die wederregtelike daad daarstel. In dié sin dui die versoeningselement by *dolus eventualis* geensins op 'n *goedkeuring* van die voorsiene wederregtelike daad in die een of ander sin soos Morkel . . . betoeg nie, maar bloot op 'n berusting daarby” (191).

As antoniem van “aanvaar” beteken “verwerp” dus in die konteks van die eerste aangehaalde passasie dat die beskuldigde hom nie by die moontlikheid van die wederregtelike daad neerlê of hom daarop instel nie, maar in ooreenstemming met sy vermydingsplig voorsorgmaatreëls tref (en indien nodig) om dit te *probeer* voorkom. Vanselfsprekend kan hy in dié

verband net sy bes doen, al sou hy dan nie absoluut seker van sy sukses om die nadelige gevolg te vermy, wees nie. Blyk dit dan dat sy voorsorgmaatreëls (indien enige) objektief onvoldoende was of dat sy besluit dat die voorsiene wederregtelike daad nie werklikheid sal word nie. onredelik was, is daar sprake van *luxuria*.

Uit die tweede aangehaalde passasie blyk verder dat die aanwending van die begrippe “aanvaarding,” “verwerping,” “versoening,” “roekeloosheid” nie tot die onhoudbare resultate wat Morkel daaraan toedig, hoef te lei in die voorbeeld wat hy daarvoor ontwerp het nie (314). Met sy resultaat dat die terroris aan moord skuldig is, kan weer eens geen fout gevind word nie. Dat die terroris hier die risiko van sy moeder se dood voorsien en bewustelik die risiko daarvan aanvaar het (’n versoening daarmee, oftewel roekeloosheid of onverskilligheid, soos omskryf in *S v De Bruyn*, 1968 4 SA 498 (A) 510), val nie te ontken nie. Daarteenoor kan daar volgens Morkel in sy voorbeeld geen sprake van roekeloosheid of versoening wees nie, enersyds vanweë die feit dat die terroris teen die *gedagte* van sy moeder se dood *stuit* en andersyds vanweë die feit dat hy haar kort voor die ontploffing *waarsku in die hoop* dat sy die deur betyds sal haal. Die voorbeeld oortuig egter nie. Dit is so gekonstrueer dat ’n mens nie eintlik onder die indruk kom van die terroris se *ernstige voorneme* om sy moeder se dood te voorkom nie. Waarom het hy haar dan nie verhinder om ooit die vertrek binne te gaan, of haar self daar gaan weghaal onder die een of ander voorwendsel, of desnoods die bom eers by ’n later geleentheid by die politikus laat ontplof, of selfs totaal van sy plan afgesien nie? Trouens, dit is meer as duidelik dat die terroris die lewensgevaar waarin sy moeder verkeer het; ondergeskik gestel het aan sy vaste voorneme om die politikus om die lewe te bring. Sodoende het hy in hierdie konfliktsituasie ooglopend meer belang gestel in die dood van die politikus as wat hy *werklik omgee* het oor die moontlikheid dat sy moeder die lewe sal laat in die ontploffing. Om in hierdie omstandighede die doodsgeslag as ’n moontlike uitvloeisel van jou gevaarlike handeling te voorsien en dan *halfhartige voorsorgmaatreëls* te tref in die hoop dat dit voldoende sal wees, beteken nóg dat jy dit ophou voorsien, nóg dat jy dit verwerp.

Dat die terroris in Morkel se voorbeeld in die lig van sy hoop dat sy moeder aan die ontploffing sal ontkom, haar dood nie *goedgeregter* het of daarmee *genoeë geneem* het nie, is bepaald nie, maar dit beteken nog nie dat hy dit nie aanvaar het nie. Dat hy in die lig van die gegewe omstandighede nie seker was dat hy haar dood wel deur sy waarskuwing kort voor die ontploffing sou voorkom nie, dui immers daarop dat hy *beroes* het in die moontlikheid van haar dood, vir sover hy *geduld* het dat dit intree. Met Morkel moet saamgestem word dat die beskuldigde hom nie met die dood van sy moeder versoen het in dié sin dat hy tevrede was daarmee nie, en ook nie roekeloos of onverskillig was in dié sin dat die moontlikheid van sy moeder se dood hom hoegenaamd nie bekommer het nie. Daar word egter aan die hand gedoen dat die klem by versoening nie soseer op ’n *positiewe instemming* met die wederregtelike daad val nie, maar veeleer op ’n *negatiewe toelating* daarvan, en dat dit by roekeloosheid of onverskilligheid nie daarom gaan of die verwerkliking van die wederregtelike daad die

beskuldigde *absoluut* niks kan skeel nie, maar wel daarom dat dit vir hom *relatief* tot die betrokke omstandighede nie genoeg saak maak om toereikende stappe te doen om dit te verhinder nie.

Dat dit hier om woorde gaan, kan nie betwis word nie. (Dit geld, terloops, ook vir Morkel se omskrywings.) Maar nou is dit eenmaal so dat begrippe omskryf moet word en daarvoor is ander begrippe nodig. Uiteindelik gaan dit om die betekenis of inhoud wat woorde in 'n bepaalde konteks dra. Word dit nou aanvaar dat *dolus eventualis* en *luxuria* mekaar wederkerig uitsluit, soos Morkel dan ook te kenne gee (325), word die skeidslyn tussen dié twee skuldforme veel skerper afgebaken deur die antonieme begrippe "aanvaarding van die risiko" en "verwerping van die risiko," as deur die begrippe "hoop" en "geloof" wat Morkel voorstel (324). Geloof impliseer gangbaar hoop, al is die omgekeerde nie noodwendig waar nie. Die nou verwantskap wat daar tussen geloof en hoop bestaan, leen hom juis tot die vertroebeling van die onderskeid tussen *dolus eventualis* en *luxuria*. Afgesien daarvan, moet daarop gewys word dat Morkel se onderskeid tussen hierdie twee skuldforme op grond van konkrete moontlikheidsvoorsiening teenoor verwyderde moontlikheidsvoorsiening enersyds en hoop teenoor geloof dat die risiko nie bewaarheid sal word nie andersyds, tot probleme lei. Wat word dan van gevalle waarin die beskuldigde 'n konkrete gevaar voorsien, maar glo dat dit nie sal intree nie, of 'n verwyderde gevaar voorsien, en hoop dat dit nie sal intree nie? Om te ontken dat so-iets moontlik is, kan op 'n miskenning van voorhande feite neerkom (vgl Morkel *Criminal Fault* 78), net soos die uitgangspunt dat 'n geloof dat die voorsiene wederregtelike daad sal uitbly, die voortgesette voorsien daarvan uitsluit, deur feite weerspreek kan word.

5 Slotopmerkings

Wat betref die gesag waarna Morkel in sy aantekening verwys, moet die volgende kommentaar gelewer word: Eerstens is die Anglo-Amerikaanse regstelsels, weens hulle besondere omskrywing van die roekeloosheidsbegrip en die spesifieke onderskeid wat daar tussen opset en nalatigheid getref word, kwalik gesaghebbend oor die verskil tussen *dolus eventualis* en *luxuria* — veral in die lig daarvan dat hulle hierdie begrippe nie eens ken nie (322). Tweedens bestaan daar ook onder die Duitse skrywers, soos Morkel self aantoon (*Criminal Fault* 27-44 76-81), skerp uiteenlopende menings oor die verskil tussen hierdie twee skuldforme en val die denkrigting wat hy voorstaan, soos hy self toegee (*Criminal Fault* 30 76), binne die kader van die minderheidsmening. Derdens, wat ook al die posisie in ander regstelsels mag wees, die opvattinge in daardie regstelsels kan nouliks só gesaghebbend wees dat dit voetstoots in ons reg oorgeneem moet word sonder 'n kritiese evaluasie van die voordeel wat dit vir ons reg inhou. Die vere maak nog steeds nie die voël nie.

FFW VAN OOSTEN
Universiteit van Pretoria

Vonnisse

A BECKER & CO (PTY) LTD V BECKER 1981 3 SA 406 (A)

Protection of goodwill – a new naturale of sale?

“A man may not derogate from his own grant; a vendor is not at liberty to destroy or depreciate the thing which he has sold: there is an implied covenant on the sale of goodwill, that the vendor does not solicit the custom which he has parted with; it would be a fraud on the contract to do so.”

These were the words of Lord McNaughten in the case of *Anna Trego v George Stratford Hunt* 1896 AC 7 25 when he was considering whether one of the partners in a dissolved partnership was entitled to solicit the former customers of that partnership in view of the fact that a term of the partnership agreement was that the goodwill was the sole property of another partner. The learned law lord went on to say that it would be dishonest to accept payment and then to reacquire the subject of the sale, to try and entice it back before the purchaser has had time to “attach it to himself and make it his very own.”

Implicit in the concluding words of the passage is the proposition that the seller is obliged only to forbear from soliciting his former customers until such time as the purchaser has had adequate opportunity to establish himself in his new business. In other words, the period during which the purchaser enjoys immunity from the depredations of the seller is limited. Is this proposition correct, or would it be better to say that there is an absolute prohibition against the soliciting of former custom?

For almost a century it appears that the limited period of protection for

goodwill as laid down in *Trego v Hunt* (*supra*) was accepted by commercial men and not questioned in either England or South Africa until 1981, when the case of *A Becker & Co (Pty) Ltd v Becker* 1981 3 SA 406 (A) came before the appellate division. Nowhere does it seem to have been mooted that the seller was precluded in perpetuity from poaching on his former business to recover his former customer connection. In *Becker's* case the issue between the parties was whether the goodwill of the business which was sold included all its customers and customer connection; whether the vendors were entitled at any time to canvass or solicit business from any of the customers referred to in the agreement; and whether it was an implied term of the agreement that neither of the vendors would at any time canvass or solicit business from the said customers. The facts of the case were that Becker, the respondent, sold his business of a manufacturing jewellery distributor and importer of jewellery and related items to the appellant company as a going concern. The agreement included a restraint of trade clause in which the seller undertook, for a period of five years, not to carry on business in competition with the business sold, or any wholesale or manufacturing business, or to be in any way associated with or engaged in or to solicit custom for any restrained business.

For the duration of the five-year restraint period the first respondent con-

formed to the requirements of the agreement, but on its completion he approached people who were customers of his company before it was sold in order to solicit business from them. The appellant instituted proceedings in the Witwatersrand Local Division, alleging that, on a proper construction of the agreement, the goodwill included all its customers and customer connection and that neither of the vendors was entitled at any time to canvass or solicit business from any of the customers referred to in the agreement. The respondents on their side argued that apart from the provisions of the restraint clause which had since expired, they were not subject to any further limitations.

Counsel for the appellant contended that goodwill was an intangible asset in a business which, when sold, was irrevocably and permanently disposed of by the seller, or was to be regarded as separate from any restraint agreement entered into by the partner and not subject to any time limit normally included in a restraint clause. This argument did not find favour with the court *a quo* which held that there was no recognised principle in South African law that a vendor who has sold a business subject to a restraint clause circumscribing the right of the vendor to compete with the purchaser in future, has in fact sold the business on any other basis than that set out in the restraint clause. The question of goodwill and its content had however, been considered previously in a number of South African cases with various results, but with general agreement that it consists of two elements, namely personality and locality. As long ago as 1912 it was held in the case of *Receiver of Revenue, Cape v Cavanagh* 1912 AD 459 that what had been sold was a personality goodwill and this included the customer connection of the second respondent. In the same case it was also held that goodwill fell into the category of incorporeal immovable property. Thirty years later this view was followed in *Torf's Estate v Minister of Finance* 1948 2 SA 283 (N). South African courts seem to have ac-

cepted that customer connection forms a recognisably separate, and at times vital, element of the "goodwill" of a business and, once having been sold together with a business, cannot later be regained and utilised by the vendor.

The appellate division answered the vexed question of goodwill when the *Becker* case came before it. A full bench concurred in the view that the judgment in the English case of *Trego v Hunt* (*supra*) was correct, namely that goodwill once sold irrevocably becomes the property of the buyer and that the seller is under an obligation not to deprive the buyer of what he paid for by soliciting his former customers. This is so whether or not there is any express promise not to compete.

Trego's case (*supra*) was a case taken on review to the House of Lords from a decision by the court of appeal. The facts of the case were that there was a partnership between the appellants and the respondent in the business of varnish manufacturing. One of the terms of the partnership was that the goodwill "should be and remain the sole property" of the appellant. The business was very lucrative and the connection very large. The partnership was due to expire and at the time that the action commenced, the respondent had been employing one of the clerks in copying out the names and addresses of the customers, with the avowed intention of soliciting their custom for a new business venture he proposed starting as soon as the partnership expired. The object of the action was to obtain an injunction to restrain the respondent from so proceeding. The court of appeal had no alternative but to refuse to grant the injunction, since it was bound by its own decision in *Pearson v Pearson* (1884 27 ChD 145 ER) that, even though the goodwill belongs to one of the partners, it is lawful for the other, on termination of the partnership, to canvass the customers of the firm.

The judges in *Trego's* case in three separate concurring judgments critically examined the older authorities and

considered the decisions in various cases which had previously come before the courts. For quite some time during the nineteenth century there had been controversy in this area of the law. The term "goodwill" was defined in the early case of *Churton v Douglas* 1859 ER 70 385 as comprising "every advantage that has been acquired by the old firm in carrying on its business, whether connected with the premises in which the business was previously carried on or with the name of the firm, or with any other matter carrying with it the benefit of the business." This view did not receive support in several succeeding cases which tended to regard goodwill as meaning nothing more than the chance that customers would return to the old establishment. They established the principle that in the sale of goodwill of a business no covenant was implied that the vendor would not start a new business in opposition to the purchaser of the old business. An express covenant not to carry on business could not have been enforced if it fell into the area covered by the prohibition against restraint of trade, and so it seems to follow that where an express covenant not to carry on business was invalid, there could not be an implied one.

However, with the passage of time the idea of goodwill and what is comprised in the sale of a business underwent development and grew into a concept which covered more than the mere likelihood of "customers resorting to the old premises." This enlarged concept was illustrated by the judgment in *Labouchere v Dawson* LR 13 Eg 322. In that case an injunction was granted against the vendor of the goodwill of a brewery from applying to any person who was a customer of the old firm prior to the date of sale, asking such a customer to continue to deal with the vendor, or not to deal with the purchasers. The principle of the judgment was that a man cannot derogate from his own grant; that he cannot sell a thing and then proceed to destroy the value thereof. This case, which went consid-

erably beyond the preceding cases on goodwill, was not uncritically accepted and was later reversed in *Pearson v Pearson* (*supra*).

All agreed that the principle laid down in *Labouchere v Dawson* (*supra*) was worthy of support, although it went further than cases relating to goodwill decided before that time. In essence it was held that although the vendor of a business who has sold his goodwill (or a partner in a firm in which the goodwill is the sole possession of one partner) cannot be restrained from engaging in the same business and even from dealing with previous customers who came to him of their own volition — as this would be a violation against freedom of trade — there was a vast difference where the customers were actively solicited to abandon the old business and patronise the new one. The question of what goodwill actually meant could vary depending on the character and nature of the business to which it was attached, but all agreed that it meant much more than "the probability that the old customers will resort to the old place" (per Lord Eldon in *Crutwell v Lye* 17 Ves 335). In the words of Lord Herschell in *Trego's case*, it is "the connection thus formed (i.e. by years of work), together with the circumstances, whether of habit or otherwise, which tend to make it permanent . . . It is this which constitutes the difference between a business just started, which has not goodwill attached to it, and one which has acquired a goodwill".

Customer connection, then, forms the basis of the goodwill of a business, and therefore when it is sold it cannot be solicited back again by the vendor without depriving the buyer of that which has been sold to him. It is not material whether the obligation on the part of the vendor to refrain from soliciting the customers is to be based on the principle that he is not entitled to depreciate that which he has sold, or is regarded as arising out of an implied contract to abstain from any act intended to deprive the purchaser of that which has been sold to him and return it to the vendor.

Principles of equity demand that the purchaser of goodwill should be afforded some protection, and the obligation of the vendor not to canvass back his old customers should be enforced. For these reasons the court decided to reverse the decision in the Court of Appeal and to grant an injunction in the form adopted in *Labouchere v Dawson* (*supra*).

Muller JA, delivering the judgment in Becker's case, accepted the correctness of *Trego v Hunt* (*supra*) without any reference to the earlier decisions which had been discussed in Trego's case. The court relied on Corbin *On Contracts* vol 6A 5 1386 where it is stated:

"When a business is sold with its goodwill, but without any express promise not to compete, the seller is privileged to open up a new business in competition with the buyer; but he is under obligation not to solicit his former customers or to conduct his business under such a name or in such a manner as to deprive the buyer of the 'goodwill' that he paid for" (414H).

Corbin's authority derives from an American case, *Bergum v Weber* 288 P 2d 623 Cal App 2d 389 (1955) which involved the sale of a business, together with a promise not to open a competing business within one year. When the year was up the defendant did in fact open a competing business and proceeded actively to solicit his former customers. The appeal court in California decided that, while the opening of the competing business was lawful, the solicitation of the former customers was not. The law implies in every contract a covenant that neither party will do anything that will deprive the other of the fruits of his bargain and the direct solicitation of customers is a violation of this covenant. The fact that there was an express promise not to open a competing business does not negative an "implied promise" not to deprive a man of the fruits of his bargain. They do not deal with the same subject-matter and are not inconsistent. The implied covenant is an obligation which the vendor assumes, whereas the express promise is a restriction of a right to trade as he

pleases which he would have retained except for that promise.

The appellate division found the above reasoning to be sound and accepted the decision. Muller JA went on to say that in every case where there is a written contract recording the sale of goodwill as well as a restraint of trade clause, it is a matter of interpretation whether the parties intended that only the restraint provision should, for the period agreed to by the parties, govern the conduct of the seller or whether the latter would also, after the said period, be prevented from soliciting the customers of the business he had sold. It is clearly a matter of what the parties intended, and the intention of the parties can be stated in an express provision or can clearly be implied in the contract.

In his separate concurring judgment, Van Heerden AJA considered that the precise nature of the intended obligation imposed on the seller of goodwill was important and in this did not agree with the view expressed in *Trego v Hunt* (*supra*) that it was unnecessary to decide whether the seller's obligation was based on an implied covenant or on the maxim that "a man may not derogate from his own grant." The judge went on to say that an "implied covenant" is one in terms of which the existence of the covenant is based on the unexpressed intention, or supposed intention, of the parties. It should be distinguished from a *naturale* of a contract which applies by law unless the effect of it is excluded by agreement of the parties. Van Heerden AJA further said that although the *naturalia* of different kinds of contracts in South African law had their origins in the concepts of reasonableness and fairness which developed in Roman Law, this did not preclude the acknowledgment of additional *naturalia* by way of analogy to satisfy the needs of changing circumstances in a "living" legal system. It followed, then, that it should be possible to apply by analogy the accepted *naturalia* of a contract of sale of corporeal goods to the sale of an incorporeal thing such as goodwill.

In *Becker's case* it was argued that in the contract between the appellant and the seller there was neither an express nor an implied term which limited the restraint to the period stated in the restraint clause and that even though the period of five years had come to an end, the seller was prevented from soliciting the patrons of the business he had sold. The court rejected the respondents' contention that the contract showed a clear intention that the only restraint that there was on the seller or his companies was that expressed in a clause of the agreement. The sale of goodwill and the restraint of trade were entirely separate provisions and the sale of goodwill was not in any way tied up with the wording of the restraint clause.

The important decision of the appellate division in *Becker's case* leads to the conclusion that the prohibition is absolute and is entirely separate from any restraint of trade clause which may come to an end after a specific period of time. The soliciting of customers will be prohibited even where there is no restraint at all, since the freedom of the vendor to compete in business with the buyer does not include the right to deprive the buyer of the very object of his purchase. It may be regarded as an infringement of the use and enjoyment of the property which has been purchased and as such cannot be legally justified.

JANET DICKMAN
University of the Witwatersrand,
Johannesburg

S v BAILEY 1982 4 SA 772 (A)

Moord met culpa

Die beskuldigde is saam met 'n medegevangene aangekla van moord op 'n selmaat in die Victor Verster Gevangenis naby Paarl. Die beskuldigde het onder dwang van sy medegevangene die selmaat verwurg. Hy is op grond van die dwang onskuldig bevind aan moord maar skuldig bevind aan strafbare mansklag, daar die hof bevind het dat 'n redelike persoon in sy posisie nie voor die dwang sou geswig het nie. Die volgende regspraak is toe ingevolge artikel 319 van die Strafproseswet 51 van 1977 op versoek van die staat voorbehoed vir beslissing deur die appèlafdeling:

"Is 'n persoon regtens skuldig aan 'n misdad ten opsigte waarvan opset 'n vereiste is, in die onderhawige geval moord, waar hy van daardie misdad aangekla staan en daar bewys word, soos daar in die onderhawige geval ten opsigte van respondent bewys was, dat:

(a) hy die beweerde handeling of gevolg soos vervat in die bepaalde misdaadskrywing wederregtelik en doelbewus gepleeg of teweeg gebring het;

(b) hy onder dwang, in *bona fide* vrees vir sy lewe gehandel het;

(c) die dwang nie so sterk was dat 'n redelike persoon in die beskuldigde se posisie voor dit sou geswig het nie; en

(d) daar geen ander moontlike skuldvoortuigingsgronde teenwoordig was nie?" (795C-E).

Die appèlhof het die vraag bevestigend beantwoord wat moord betref en die beskuldigde se skuldigbevinding dienooreenkomstig gewysig. Daar kan geen twyfel bestaan nie dat die beslissing ook sal geld wat ander opsets misdade betref.

Die verhoorhof het bevind dat dit redelik moontlik was dat die beskuldigde geglo het dat sy lewe in onmiddellike gevaar was en dat hy in 'n toestand van nood verkeer het: hy het met ander woorde in *putatiewe noodtoestand* gehandel.

Die eerste punt van belang is die feit dat die appèlafdeling beslis het dat hierdie toestand nie neerkom op 'n afwesigheid van wederregtelike bewussyn

nie (796G). Dit moet aanvaar word dat hierdie beskouing ook sal geld in gevalle van putatiewe noodweer en ander putatiewe regverdigingsgronde. Hierdie benadering moet verwelkom word as 'n suiwering van die misdaadsistematiek. Daar bestaan geen noodsaaklikheid daarvoor om te bevind dat 'n dader sonder wederregtelikheidsbewussyn gehandel het indien daar geen sodanige bewering deur hom tydens sy verhoor gemaak is nie. Om dit te doen, is om 'n soort konstruktiewe afwesigheid van wederregtelikheidsbewussyn te postuleer. Soiets is onwenslik indien daar na 'n vereenvoudiging van die misdaadsistematiek gestreef word.

Die tweede belangwekkende aangeleentheid is dat die appèlafdeling uiteindelik die "hibriede" stelsel van skuld-berekening soos voorgestel in *R v Hercules* 1954 3 SA 826 (A) 832F-H begrawe het (799B). Ook dit moet verwelkom word as 'n suiweringstap.

Derdens is dit van belang dat die hof erkenning verleen het aan die toepassing van die normatiewe skuldbegrip in die geval van 'n verweer van dwang (798E-F). Dwang as verweer kom basies daarop neer dat die aangeklaagde beweer dat hy nie ooreenkomstig die reg en sy eie wederregtelikheidsbesef kon handel nie weens die psigologiese oormag wat die dwang oor sy inhibisievermoë gehad het. In die onderhawige saak is die uitdrukking "gebrek aan wederregtelikheidsinhibisie" aan die hand gedoen om hierdie skuldelement te identifiseer. Indien 'n wederregtelikheidsbesef as 'n inhiberende faktor of inhibisie dien en 'n persoon begaan 'n misdryf niteenstaande sodanige besef, dan het hy 'n gebrek aan wederregtelikheidsinhibisie gehad.

Wanneer die beskuldigde aanvoer dat hierdie gebrek aan wederregtelikheidsinhibisie te wyte was aan abnormale psigologiese druk, soos woede (weens provokasie) of vrees (weens dreigemente), verg dit oorweging as 'n moontlike skulduitsluitingsgrond. Daar bestaan geen rede om in hierdie verband in beginsel te onderskei tussen ge-

valle soos die onderhawige en gevalle vansogenaamde ontoerekeningsvatbaarheid nie, soos die appèlafdeling ongelukkig skynbaar doen (796C-D). Al wat weselik ter sprake kom is dat die dader se inhibisievermoë geswig het voor sy wil of motivering.

Waar die verlies gewyt kan word aan verswakking van die inhibisievermoë self weens, byvoorbeeld, drankiname, geestesongesteldheid of jeugdigheid, kom die dader se skuld ook ter sprake. In die geval van geestesongesteldheid of -gebrek word die dader se skuld skynbaar subjektief beoordeel (sien a 78 van Wet 51 van 1977). Wat jeugdigheid betref, is dit skynbaar nog nie finaal uitgemaak of 'n subjektiewe of objektiewe beoordeling moet geskied nie. Wat drankiname betref, is dit ook nie finaal uitgemaak nie, alhoewel die beslissing in *S v Chretien* 1981 1 SA 1097 (A) daarop dui dat daar subjektief beoordeel moet word, tensy die hof by "wesentlike verkrummeling van inhibisies" (1106B) 'n objektiewe toets aan die hand doen.

Die onderhawige beslissing mag die begin beteken van 'n algemene aanvaarding van die normatiewe, ten koste van die psigologiese skuldbegrip wat 'n suiwer subjektiewe beoordeling vereis. Ooreenkomstig die finalistiese misdaadsistematiek ("Finalismus") word (kleurlose) opset saam met die handelings-element, kousaliteit en wederregtelikheid in die wandaad ("Unrecht") gehuisves. Die wandaad is dus gelyk aan *actus reus plus mens rea* ("kleurlose" opset). Wederregtelikheid word *objektief* beoordeel en opset *subjektief*. Naas die wandaad moet daar *skuld* (verwytbaarheid) by die dader wees voor hy strafbaar sal wees. Die volgende *ratio* geld: "hy wat die elemente van 'n bepaalde misdaadsomskrywing verwesenlik ('n wandaad begaan), kan gestraf word indien hy daarvoor verwyt kan word (skuld)."

Die elemente van skuld in die finalistiese sistematiek is wederregtelikheidsbewussyn en "wederregtelikheidsinhibisie." Afwesigheid van enige van hierdie faktore kan 'n invloed op die

dader se skuld hê, dit wil sê op sy verwagbaarheid. Die toets is objektief en die kriterium om te bepaal of 'n dader verwyt kan word vir sy wandaad, is "verwagbaarheid" ("Zumutbarkeit"). Indien daar onder die omstandighede van die dader verwag kon gewees het om wederregtelikheidsbewussyn te hê of sy wederregtelikheidsinhibisie in stand te hou (omdat 'n redelike man in sy sosio-ekonomies intellektuele klas dit wel sou gedoen het), sal hy verwyt word, anders nie.

In die onderhawige saak gebruik die hof die verwagbaarheidskriterium om die beskuldigde se skuld te bepaal. Dit is 'n ondubbelsinnige toepassing van die normatiewe skuldbegrip. Die hof laat egter die vraag oop of hierdie skuldbegrip ook op die element van wederregtelikheidsbewussyn toegepas moet word. Dit moet as hoogs waarskynlik aanvaar word dat die hof dit in die toekoms wel sal doen. Dit sou tog nie sin

maak om te sê dat die beskuldigde in die onderhawige saak vry sou kon uitgaan indien hy toevallig sou gemeen het dat sy optrede regmatig is nie: dit sou neerkom op 'n bestrawwing van die beskuldigde omrede hy oningelig was omtrent die feit dat die reg 'n persoon wat 'n ander in noodtoestand dood, verskoon.

Die finalistiese sistematiek het steeds ruimte vir die twee skuldvorme *dolus* en *culpa*. *Dolus* is die skuldvorm waar 'n dader met volle wederregtelikheidsbewussyn en sonder enige (regtens aanvaarbare) druk op sy wederregtelikheidsinhibisie 'n wandaad begaan. Moord sonder versagende omstandighede dien miskien as voorbeeld van die skuldvorm *dolus*. Moord met versagende omstandighede, soos in die onderhawige geval, is dan 'n voorbeeld van moord gepleeg met *culpa*. Daar kan immers nie gesê word dat die beskuldigde in hierdie geval *dolo malo* gehandel het nie.

PR VAN ZYL

NORTHERN OFFICE MICRO COMPUTERS (PTY) LIMITED V ROSENSTEIN 1981 4 SA 123 (C)

Computer programme — copyright — trade Secrets

South Africa, like most industrialised countries, is in the midst of a computer revolution. The widespread usage of computers has invaded every vital institution of our society. Computer technology has even infiltrated our legal institutions.

If the legal community is to meet the advancing challenge of the computer movement, then it is essential for lawyers to acquaint themselves with the interaction of law and computers. Principally, there are three areas of interaction. First, there is the adoption of computers in legal practice (*vide* Van der Merwe "Computerized Legal Research — A South African Reality Soon?" July 1979 *De Rebus* 370) and the application of artificial intelligence techniques to simulated reasoning (*vide* Buchanan and

Hedrick, "Some Speculation about Artificial Intelligence and Legal Reasoning", 1970 *Stanford L Rev* 40). Next, there is the use of prevailing legal principles to control the abuse of data processing information (*vide* Report of the Committee on Privacy, HMSC Cmnd 5012 (1972) ch 20 par 177 *et seq*) and the manipulation of data; for example, fraud committed through the abuse of computer configurations. Finally, there is the development of law applicable to protect the integral aspects of the computer system. This latter area is primarily concerned with the protection of the products of scientific and technical knowledge and skill as well as technological innovations. It is technically referred to as the computer software and possibly computer firmware, which is composed

of all the intangible components of the computer system, while the tangible units are called the computer hardware.

In *Northern Office Micro Computers (Pty) Limited v Rosenstein* 1981 4 SA 123 (C) the prime question was whether the computer programme was eligible for copyright protection (128D-135A) and, if so, the second question was whether it was possible for an employer to restrain an employee from exploiting that copyright (135A-138D).

Briefly, the facts of the *Micro Computer* case were that the applicant company employed the respondent to develop a suite of computer programmes as an accounting and administrative system for the medical profession. The applicant company conceived and defined the project and the respondent was employed to develop it. In January 1980 the development of the suite of programmes was completed, and in March 1980 the respondent resigned from his employment, maintaining that the copyright in the suite of programmes vested in him. In April 1981 the respondent was ordered to hand over to the sheriff the listings, the floppy disc and printouts pertaining to the programmes which were in his possession. A rule *nisi* was also issued as a temporary interdict restraining him from conveying any information concerning the suite of programmes to anyone else. On the return date the applicant company based its case on the right of an employer to require a former employee to respect and maintain the confidentiality of his employer's trade secrets. In response, the respondent pleaded the Copyright Act 98 of 1978. The crux of the respondent's plea was that his former employer was unjustifiably restraining him from applying his knowledge and skill acquired through his studies and experience (127G). In determining the issue Marais AJ considered the two questions separately, and answered both in the affirmative. The judge held that the suite of computer programmes was eligible for copyright (132E) because the respondent had expended sufficient effort

or skill upon the development of the suite to give it a "new and original character" (134H). He held, further, that the applicant was entitled to restrain the respondent from exploiting the copyright (138C-D *et vide* 135B-C 135E-F 137D-E) because "... if the employee was engaged to evolve the secret, it remains the employer's trade secret... The employee may not simply copy it if, by copy, one means that literally" (136C).

For the purposes of the *Micro Computer* case the learned judge adequately explained the functional aspects of some of the integral components of the suite of computer programmes (130D-131D), but he refrained from defining a computer programme. While computer scientists may have no problem in recognising a computer programme, the legal profession may have a characterisation problem. In *Gevers Application* 1969 FSR 480, Mr Justice Graham held that the punched card which is computer software was a proper subject matter for patents. It can be cogently argued that the information contained on a punched card is either a "literary" or an "artistic" work in terms of copyright legislation. It is therefore imperative that the essential definitions of computer software should be drafted. The definition of a computer programme included in the draft provisions of the International Bureau of the World Intellectual Property Organisation for the protection of computer software is:

"Computer Programme means a set of instructions capable, when incorporated in a machine readable medium, of causing a machine having data processing capabilities to carry out arithmetical and/or logical operations in order to indicate, perform or achieve a particular function, task or result" (*Document AGCP/NGO/IV/2*, May 1976).

The *Micro Computer* case fell to be decided in terms of the original section 2(2) of the Copyright Act 98 of 1978 which stipulated that for a "literary, musical or artistic work to be eligible" for copyright two requirements must be satisfied:—

First, that "sufficient effort or skill has been expended on making the work to

give it a new and original character." In the case under review Marais AJ found that this requirement was satisfied because the parties concurred that the production of this type of programme took several months of research and development and entailed the expenditure of effort and some degree of skill. Therefore, it was in all probability of a "new and original character." The judge erroneously seemed to suggest that the time expended in the execution of the work rather than the use of sufficient effort or skill determined that the work was of a new and original character (cf *Kalamazoo Division (Pty) Limited v Gay* 1978 2 SA 184 (C)).

The second requirement, that "the work has been written down, recorded or otherwise reduced to a material form" was held to be satisfied. The design notes, the file note specifications as well as the formulae which were evolved, were written down on paper, and the source code was recorded upon a computer printout. Further, Marais AJ also held that, once the instructions to the computer were recorded upon the floppy disc, they were "reduced to a material form" (131H). It can hardly be said that a disc upon which machine-readable material is recorded, is an embodiment of sound. The judge therefore rightly found that no sounds were stored upon the floppy disc (132A). It is indeed laudable that the judge succeeded in grasping the basics of computer software terminology fairly well. This reflects judicial insight into the essentials of the complex computer systems.

The judge held, further, that the fact that the copyright in a programme vested in an employee, did not mean that it was also a trade secret. Section 41(3) of the Copyright Act states that nothing in the statute shall affect the operation of the rule of equity relating to a breach of trust or confidence. Under common law, if the applicant establishes that the copyright is a trade secret, the

respondent would indeed be restrained from copying the contents of the suite of programmes. The question which the court had to resolve was whether the suite of programmes did constitute a trade secret. The defined objective of the suite of programme was to provide "a speedy, accurate and comprehensive source of information" to the medical profession. The judge said that this could hardly be "inspired" because that is the normal application to which computers are put. Therefore a suite of programmes of this nature for the medical profession could not be said to be a trade secret (136G-137A). Although the respondent could be interdicted from copying the contents of the suite of programmes (137D), he could not be restrained from applying his mind to the development of the concept of a suite of programmes of this kind (137H).

The facts of the case exposes the inherent conflict of interests. The right inherent in a computer programme is an aspect of intellectual property. The dispute concerns information in the abstract form. The applicant-employer desired protection from the misuse of information in the computer programme, while the respondent-employee wished to protect the exploitation of his right in the computer programme. In adjudicating the issue, Marais AJ balanced the two competing interests and reached an equitable decision without disturbing the delicate balance, namely that of the individual freely to pursue his profession or trade, and that of capital to protect its investment. Consequently, if an equilibrium is maintained the community at large is assured that private enterprise is not deterred from investing in research and development (*vide Winston Research Corp v Minnesota Mining and Manufacturing Company* 350F 2d 134 (9th Cir 1965)).

In the circumstances the decision in the *Micro Computer* case is not only satisfactory, but equitable. However when viewed against the background of the historical development of copyright, the

decision is merely an interim solution. Historically, copyright instruments were developed to protect the works of fine arts and music. Therefore the underlying philosophy of copyright as a means of protecting the fruits of computer science and technology is indeed inconsistent. In order to meet the challenge, legislative intervention will therefore be

necessary to develop a body of computer law.

ESSOP M PATEL

*Master's student School of Law
University of the Witwatersrand*

AHMED M PATEL

*Department of Computer Science
University of Cape Town*

DIE VERENIGING VAN ADVOKATE (TPA) V MOSKEEPLIN (EDMS) BPK 1982 3 SA 159 (T)

Geraasbestryding — interdik — wetgewing

Die eerste applikant, die vereniging van advokate van die Transvaalse provinsiale afdeling, en vyf ander applikante, almal lede van die eerste applikant, het aansoek gedoen om die verlening van 'n interdik teen 'n aantal respondente, waaronder die eienaars van 'n perseel aangrensend aan die gebou waarin applikante kamers huur ten einde hul professionele dienste te verrig, asook kontrakteurs wat bedrywig was met die sloping van die gebou op eersgenoemde se grond, en met uitgrawings en sekere ander handeling wat hiermee verband gehou het. Die geding het voortgespruit uit die geraas waarmee hierdie uitgrawings gepaard gegaan het.

Die belangrikste vraagstuk waaroor die hof uitsluitel moes gee, was of die betrokke geraas van so 'n intensiteit en duur was dat die veroorsaking daarvan onregmatig was. Deur die aanwending van die maatstawwe wat in ons regspraak neerslag gevind het, wat in wese neerkom op die toepassing van die objektiewe redelikeidsmaatstaf, beslis die hof dat op die feite van die betrokke geval, die applikante geregtig is op 'n interdik waarkragtens die respondente verbied word om enige kompressor, boor of klopboor of enige ander toerusting wat 'n oormatige geraas veroorsaak, op die betrokke perseel tussen 08h30 en 16h30 van Maandag to Vrydag te gebruik.

Daar was reeds 'n hele aantal beslissings in ons reg ingevolge waarvan 'n interdik toegestaan is op grond van steurende geraas (sien *Holland v Scott* 1882 EDC 307; *Blacker v Carter* 1905 EDC 223; *Graham v Dittman & Son* 1917 TPD 288; *Leith v Port Elizabeth Museum Trustees* 1934 EDL 211; *Prinsloo v Shaw* 1938 AD 570; *Ferreira v Grant* 1941 WLD 186; *De Charmoy v Day Star Hatchery (Pty) Ltd* 1967 4 SA 188 (D & K); *Gien v Gien* 1979 2 SA 1113 (T)). In die volgende beslissings het die betrokke aansoek om interdikte nie geslaag nie, maar is die beginsel nietemin bevestig dat 'n interdik wel verleen kon word weens steurende geraas: *Redelinghuys v Silberbauer* 1874 Buch 95; *Du Toit v De Bot, Du Toit v Zuidmeer* 1883 SC 213; *Jecks & Co v O Meara & Co* 1904 TH 284; *Amod v Andrews Bakery (Pty) Ltd* 1965 2 SA 433 (T). Dit blyk dus dat die oudste gerapporteerde beslissing waarin 'n interdik op grond van steurende geraas toegestaan is reeds 'n eeu oud is. Die lawaaistigende bedrywigheid wat in die betrokke beslissings ter sprake was, het die volgende beroepe en verskynsels behels: grofsmedery, kuiperij, koringmeule, bakkery, knalapparaat, godsdiensoefeninge, robbe, honde en hoenders. Dit is opvallend dat in die afgelope 15 jaar — waartydens die bestryding van besoedeling een van die belangrikste aangeleenthede in ons gemeenskap geword het, daar slegs een gerapporteerde beslissing was waarby

steurende geraas ter sprake was. Hierdie beslissing het egter, soos al die vorige beslissings, gehandel oor 'n relatief beperkte vorm van geraas, waarby hoofsaaklik die belange van 'n enkele buurman ter sprake gekom het. Alhoewel daar nie juis sprake was van die toepassing van 'n nuwe beginsel nie, is die onderhawige beslissing die eerste waarin 'n steurende geraasstigende praktyk wat ernstige afmetings landwyd aanneem weens toenemende gebruik van die betrokke lawaaierige masjinerie in bou- en ander bedrywighede, en waarby gewoonlik nie slegs die belange van bure ter sprake is nie, in 'n geregshof bevestig is. Dit mag by hierdie geleentheid dus gepas wees om opnuut te besin oor die rol van die reg met betrekking tot die beheer en bestryding van steurende geraas.

Geraas is een van die newegevolge van "vooruitgang," in besonder van industrialisasie, meganisering en verstedeliking, wat vandag in 'n vinnig toenemende mate die kwaliteit van die lewe negatief beïnvloed. Die meeste van ons wat in 'n verstedelike omgewing woon, is feitlik voortdurend blootgestel aan geraas. Diegene wat voordeel of plesier put uit die veroorsaking van die betrokke geraas, word skynbaar nie daardeur gepla nie, maar alle ander in die nabye omgewing is *volens volens* die toehoorders van die steurende geraas. Oorpluisies bied kwalik enige verligting, soos een van die applikante in die onderhawige saak ook volgens sy getuienis ervaar het.

Die gevare verbonde aan oormatige geraas is nie beperk tot fisiologiese gevolge soos verlies van gehoor asook verskeie ander minder bekende maar meer ernstige kwale nie. Dit is vandag veral die psilogiesse gevolge van steurende geraas wat deur die breë publiek ervaar word. Sommige van hierdie gevolge word deur een van die applikante beskryf: hy het die betrokke geraas "ondraaglik irriterend" gevind en bevestig dat dit "geestelike uitputting en afmating" meegebring het. Daar kan tereg verwag word dat 'n verskynsel wat sulke

gevolge teweegbring, aan doeltreffende owerheidsbeheer onderwerp sal wees. Dit gaan immers om die openbare belang wat aangetas word en nie slegs om enkele geïsoleerde gevalle nie. 'n Mens dink hier ook aan ander meer wydverspreide vorms van geraas, soos dié afkomstig van motorverkeer. Deur die aanwending van 'n privaatregtelike remedie – soos in die onderhawige saak – word egter primêr slegs die betrokke individue se belange gedien. Daarbenewens kan privaatregtelike remedies uiteraard geen deurlopende nie, maar slegs sporadiese "beheer" meebring, en wel slegs dan wanneer daar 'n eiser is wat kwalifiseer vir die betrokke remedie en wat gewillig en in staat is om sy remedie in 'n geregshof – waar onder andere 'n moeilike bewyslas gekwyt moet word – te laat afdwing. Gelukkig was die applikante in die saak onder bespreking by uitnemendheid bevoeg om die nodige gedringvoering te behartig en te bekostig. Daar was ook in die betrokke geval gelukkig geen probleem met *locus standi* nie. Sou die geraas egter 'n minder vermoënde en ondernemende lid of groep in die gemeenskap nadelig beïnvloed het, sou seker geen sanksie die respondentte getref het nie en sou laasgenoemdes ongesteurd hul bedrywigheid ten koste van die gemeenskap kon voortgesit het. Dit mag verder in sekere gevalle weens die algemene gedreun van stadsgeraas moeilik wees om te bewys dat 'n spesifieke persoon verantwoordelik is vir die veroorsaking van 'n spesifieke geraas of dit mag blyk dat geen enkele geraasbron in isolasie beskou op sigself verantwoordelik is vir die nadelige gevolge verbonde aan geraas nie, maar dat hierdie gevolge voortvloei uit die gesamentlike effek van verskeie geraasbronne, wat gevolglik meebring dat 'n onaanvaarbare geraaspeil bereik word. Ten einde bevredigende beheer oor geraas te bewerkstellig, is dit dus noodsaaklik dat die staat namens die gemeenskap behoort in te gryp.

By 'n ontleding van wetgewing en die toepassing daarvan blyk dit egter dat

daar tot dusver nog nie algemeen bevredigende resultate behaal is met die beheer en bekamping van geraas nie. Die belangrikste nasionale wetgewing waarkragtens geraas tot dusver inderdaad beheer is, is die Wet op Fabriek, Masjinerie en Bouwerk 22 van 1941 ingevolge waarvan slegs werknemers in fabriek en ander verwante persele sedert 1974 (vgl. regeringskennisgewings R2235, R2236 en R2237 van 30 November 1973, regulasie B17) teen oormatige geraas beskerm word. Hoewel daar nie uitdruklik voorsiening daarvoor gemaak word nie, kan geraas ook kragtens die Wet op Fisiese Beplanning 88 van 1967 beheer word. Daarbenewens is daar die onlangse Wet op Omgewingsbewaring 100 van 1982 wat voorsiening maak vir die uitvaardiging van regulasies betreffende die bekamping en beheer van geraasbesoedeling en daar kan verwag word dat sodanige regulasies stellig in die nabye toekoms gepromulgeer sal word om vir die eerste keer op nasionale vlak voorsiening te maak vir meer omvattende beheer oor geraas.

Op provinsiale vlak is die belangrikste wetgewing waarkragtens geraas inderdaad beheer word, die onderskeie provinsiale Ordonnansies op Padverkeer 21 van 1966. Ingevolge hierdie ordonnansies (a 121 saamgelees met a 134) is dit 'n misdaad om 'n voertuig op 'n openbare pad to gebruik indien die voertuig weens sekere vermelde oorsake 'n buitensporige geraas maak. Die feit dat "buitensporige geraas" nie omskryf word nie, is een van die belangrikste redes waarom hierdie bepaling onbevredigend toegepas word. Dieselfde beswaar geld met betrekking tot die bepaling rakend uitlaatknaldempers (regulasie 81(a)) waarkragtens 'n doeltreffende uitlaatknaldemper op so 'n wyse aan 'n motorvoertuig bevestig moet wees dat die betrokke geluid op 'n doeltreffende wyse verminder of gedemp word, aangesien "doeltreffend" nie nader omskryf is nie. Geraas is ook in faktor wat in ag geneem word by dorpsbeplanning ingevolge die onderskei provinsiale dorpsbeplanningordonnansies.

Die mees uitvoerige wetgewing met betrekking tot die beheer van geraas word aangetref op plaaslike vlak, ingevolge waarvan 'n groot verskeidenheid van lawaaistigende handeling strafregtelik verbied word. Weens die onoorsigtelikheid daarvan, is dit nie moontlik om sodanige wetgewing van die groot aantal plaaslike besture te ontleed nie. Daar kan slegs volstaan word met die algemene stelling dat dit baie moeilik is om die meeste van hierdie bepalings toe te pas, aangesien daar gewoonlik geen maatstaf daargestel word aan die hand waarvan bepaal kan word wanneer openbare rusverstoring inderdaad plaasgevind het nie. Gedurende 1978 het die munisipaliteite van Pretoria (vgl. administrateurskennisgewing 816 van 21 Junie 1978) en Johannesburg (vgl. administrateurskennisgewing 1784 van 29 November 1978) egter vir die eerste keer spesifieke geraasbestrydingsverordeninge daargestel ingevolge waarvan "steurende geraas" omskryf word sodat dit objektief vasgestel kan word deur meting. Hierdie verordeninge mag wel die weg aandui vir die bekamping van sekere vorme van steurende geraas, hoewel bevredigende praktiese implementering weens die behoefte aan gesofistikeerde uitrusting en deskundige personeel problematies mag blyk te wees, veral in die geval van kleiner plaaslike owerhede.

Die grootste tekortkoming van die bestaande wetgewing is dat daar tot dusver geen eenvormige nasionale wetgewing bestaan waarkragtens geraas omvattend beheer word nie. Soos reeds gemeld, sal uitvoerige regulasies waarskynlik in die nabye toekoms kragtens die Wet op Omgewingsbewaring gepromulgeer word. Dit is egter twyfelagtig of hierdie die bevredigendste wyse is waarop geraasbestrydingswetgewing tot stand gebring moet word. Daar word aan die hand gedoen dat die ideale werkwyse die daarstelling sou wees van 'n eenvormige geraasbestrydingswet waarin alle vorme van geraas omvattend beheer sou kon word, min of meer na analogie van die Wet op die Voorkoming

van Lugbesoedeling 45 of 1965. In so 'n wet sou dan duidelik aangedui kan word welke vorme van geraas deur welke vlak van regering beheer moet word en sou beginsels van geraasbestryding vasgelê kon word. 'n Ander te kortkoming van bestaande wetgewing is die feit dat beheermaatreëls nie toege-spits is op die geraasbron self nie, maar eerder op die gevolge wat dit meebring. Dit sou uit die oogpunt van voorkoming klaarblyklik bevredigender wees om sekere potensieële bronne van geraas aan beheer te onderwerp (bv deur lisensieëring) alvorens hulle tot die beskikking van gebruikers gestel word, byvoorbeeld deur voorsiening te maak vir beheer oor die invoer, vervaardiging en verkoop van motorvoertuie, lugpers-pompe of bore en ander soortgelyke gereedskap en masjinerie. Deur geraas-bronne reeds op die beplanning stadium in ag te neem, kan voorts deur bevredigende beplanning van grondgebruik kragtens die Wet op Fisiese Beplanning 88 van 1967 en die onderskeie provinsiale ordonnansies op dorpsbeplanning veel vermag word om steurende geraas te voorkom, byvoorbeeld deur die strategieë beplanning van lughawens, paaie, industrieë en woongebiede.

Afgesien van die wetgewing en die owerheidsorgane wat betrokke is by die toepassing daarvan, beywer verskeie instansies hulle al geruime tyd vir die bekamping van steurende geraas. Die Suid-Afrikaanse Buro vir Standaarde speel reeds sedert die laat vyftigerjare 'n belangrike rol in die wetenskaplike bestudering van geraas en die bestryding daarvan. In dié proses het 'n hele aantal navorsings- en ander dokumente en praktykscodes die lig gesien. 'n Advieskomitee van die Hulpbronne en Beplanningsadviesraad van die destydse Department van Beplanning het in 1969 'n omvattende verslag gepubliseer waarin talle relevante aspekte, soos geraas verbonde aan lughawens, dorpsbeplanning, paaie, motorvoertuie, geboue en industrieë, aangeroei is. 'n Belangrike rol is ook gespeel deur die interdisiplinêre loodskomitee vir akoes-

tiek en geraasbestryding wat in 1968 deur die Suid-Afrikaanse Buro vir Standaarde tot stand gebring is. Gedurende 1971 is 'n koördinerende komitee met betrekking tot geraasbestryding in die lewe geroep, welke komitee verskeie owerheidsorgane verteenwoordig het. Reeds in 1973 het hierdie komitee, te-same met die vermelde loodskomitee, die aanname van 'n eenvormige nasionale wet op geraasbestryding bepleit. Die Suid-Afrikaanse Akoestiek-Instituut wat in 1975 gestig is, speel sedertdien 'n prominente rol met betrekking tot geraasbestryding. Die eerste nasionale konferensie oor geraas is in 1970 gehou en sedertdien was daar onder andere in 1981 'n internasionale simposium oor vervoergeraas en sal daar in Oktober vanjaar 'n internasionale simposium gehou word oor akoestiek en die kwaliteit van lewe. Daar kan voorsien word dat die Raad vir die Omgewing en 'n moontlike tegniese komitee vir geraasbestryding wat kragtens die Wet op Omgewingsbewaring 100 van 1982 tot stand sal kom, verdere indringende aandag sal verleen aan die bestryding en beheer van geraas.

Geraasbestryding is in werklikheid nie primêr 'n tegnologiese vraagstuk nie, maar eerder 'n sosiale aangeleentheid. Die bestaande tegnologie is vandag grootliks in staat om die meeste vorme van geraas doeltreffend te beheer. 'n Voorwaarde vir die aanwending hiervan is egter dat die gemeenskap bereid moet wees om te aanvaar dat geraasbestryding mag meebring dat sekere voertuie stadiger sal moet beweeg, dat boukoste en die koste van sekere meganiese produkte en voertuie mag styg en selfs dat sekere industriële prosesse minder doeltreffend mag funksioneer. Dit is deel van die prys vir 'n stiller omgewing, maar dit is 'n geringe prys vir al die voordele, fisiologies sowel as psigologies, wat 'n relatief stil en rustige omgewing sal meebring. Die standpunt van regter Eloff in die onderhawige beslissing in dié verband is besonder bemoedigend, aangesien hy juis bevestig dat indien die betrokke geraas inbreuk maak op ander

se regte, dit bestry moet word ten spyte daarvan dat dit hoër uitgawes en 'n afname in die tempo van die werk mag meebring:

“Dit verg van die betrokke kontrakteur dat hy spesiale maatreëls tref om nie 'n hindernis weens geraas te veroorsaak nie. Daardie maatreëls moet getref word al bring dit mee dat die werk stadiger of teen hoër koste verrig moet word”. (164 D en vgl ook 165F).

Om jou te weerhou van die veroorsaking van steurende geraas is dikwels niks anders as om die nodige bedagsaamheid teenoor andere aan die dag te lê nie – immers 'n grondliggende beginsel van enige beskaafde samelewing en veral van die Christendom. Dit was ook klaarblyklik die onderliggende probleem in die onderhawige saak soos die

hof opgemerk het, naamlik dat die respondent se houding getuig het van gevoelloosheid teenoor die werklike predikament van die applikante (165E-F).

Afgesien daarvan dat die applikante tevrede kan voel oor die resultaat van die beslissing en met die beginsel wat daarin bevestig is, behoort hulle ook gevlei te voel deur wat Schopenhauer reeds in 1844 bevestig het:

“I have long held the opinion that the amount of noise which anyone can bear undisturbed stands in inverse proportion to his mental capacity, and may therefore be regarded as a pretty fair measure of it. Noise is a torture to all intellectual people”.

ANDRÉ RABIE

Universiteit van Stellenbosch

DIE VERENIGING VAN ADVOKATE (TPA) V MOSKEEPLAAN (EDMS) BPK 1982 3 SA 159 (T)

Interdik toegestaan vir oorlas deur geraas veroorsaak deur boubedrywigheid op aangrensende erf

C 11 19 1, afkomstig van 'n vyfde eeuse *constitutio* van Keisers Theodosius II en Valentinianus III, bevat die voorskrif dat die lesinglokale van destyds, van mekaar verwyderd moes wees sodat die konsentrasie van dosente en studente nie deur ander se stemme en geraas verbreek mag word nie. By wyse van kenmerkend vernuftige interpretasie het die Glossatore aan die hand hiervan die reël geformuleer dat 'n ambagsman nie met 'n gehamer in die nabyheid van studente geraas mag maak nie. As rede word aangevoer dat die *publica utilitas* om wyse mense op te lei voorop gestel moet word. Die Kommentatore en latere geslagte van Europese Romanistiese skrywers het hierdie reël verder uitgebrei en verfynd. Die reël is uitgebrei om alle geleerdes, waarby regsgeleerdes spesifiek ingesluit is, te begunstig. Dit het daarop neergekom dat enige geraas deur ambagsmanne in die nabyheid van 'n geleerde,

verbied kon word, tensy die geleerde sy intrek geneem het in 'n gebied wat meerendeels deur raserige ambagslui bewoon word. So 'n verbod kon ingestel word al het die ambagsman daardeur groot skade gely, aangesien die openbare belang wat deur die geleerdes se studies gedien word, telkens voorrang moes geniet bo die eiebelang van die ambagsman. Hierdie twyfelagtige bevoorregte posisie wat die regsgeleerdes ook vir hulself aan die hand van oorwegings van openbare belang ten koste van die ambagsmanne toegeeën het, het egter nie op Johannes Voet indruk gemaak nie. Hulle is deur hom ten aansien van hierdie onderwerp as blote strewers na “*eruditio morosa et illiberalis gloriola*” gebrandmerk en hy het dit nie eens die moeite werd geag om die onderwerp te behandel nie (sien Voet *Commentarius ad Pandectas* 19 2 20). Helaas, Voet het die regsgeleerdes van hul troontjies afgestoot. Daar kan egter met

reg gevra word of die regsgeleerdes nie weer terug op hul troontjies geklim het met die uitspraak van regter Eloff in die onlangse saak van *Die Vereniging van Advokate (TPA) v Moskeeplein (Edms) Bpk en Andere* 1982 3 SA 159 (T) nie. In hierdie saak het regsgeleerdes en raserige boukontrakteurs in 'n oorlasgeding trompop gebots.

Die feite van die saak was die volgende: Die Vereniging van Advokate van die Transvaalse Provinsiale Afdeling huur kamers op vyf vloere van die Nedbankgebou in die Pretoriase middestad. Hierdie vereniging onderverhuur die kamers aan sy lede. Langs die Nedbankgebou is 'n leë erf waarop uitgrawings gedoen word met die oog op die oprigting van 'n gebouekompleks. Gelyktydig met die uitgrawings word ankers in die grond aangebring om geboue op aangrensende persele te stut. Hierdie uitgrawings en stutwerk gaan natuurlik gepaard met die geraas van masjinerie. Die vereniging en vyf van sy lede het dit gehad teen die "oorverdowende gehamer, gedonder en gedruis" van die masjiene, wat na bewering so erg was dat dit vir hulle onmoontlik was om te konsulteer en te konsentreer. Hulle het, na onderhandelings skipbreuk gely het, 'n interdik teen die eerste en tweede respondente, as eienaars van die betrokke erf, en die derde en vierde respondente, as kontrakteur en subkontrakteur onderskeidelik, aangevra. Die gevraagde bevel was dat die respondente verbied moet word om masjinerie wat 'n oormatige geraas veroorsaak, tussen 0830 en 1630 van Maandae tot Vrydae op die erf te gebruik.

Regter Eloff staan die interdik toe maar nie teen die tweede respondent nie. Die tweede respondent was bloot 'n stille vennoot en het geen kennis van die aktiwiteite op die erf gedra nie. Die regter bevind dat die derde en vierde respondente raserige masjinerie gebruik het en dat albei dus tot die geraas bygedra het. Die eerste respondent het betoog dat dit blyk dat die derde en vierde respondente as onafhanklike kontrakteur en subkontrakteur onderskeidelik,

aangestel is, uit die feit dat geen opdragte of voorskrifte aan die derde respondent ten aansien van die masjinerie en toerusting wat gebruik moes word, gegee mag gewees het nie. Gevolglik kan hy nie vir hulle onregmatige optrede verantwoordelik gehou word nie. Die regter bevind egter dat dit nie uitdruklik in die stukke beweer is dat hy geen beheer oor die uitgrawings en stutwerk gehad het nie. Daarby kan geredelik aanvaar word dat die eerste respondent van die geraas wat veroorsaak sou word, bewus was en dat hy by magte was om kontraktueel te verseker dat die kontrakteur nie oormatige geraas binne geswure werksure veroorsaak nie. Sy versuim om dit te doen, en die feit dat hy die hele projek geïnisieer het, beteken dat hy ook medeverantwoordelikheid vir die geraas moet aanvaar.

Die kernvraag in die saak was of die geraas wat die respondente veroorsaak het, onregmatig was. Die probleem, sê regter Eloff, is "of dit wat gebeur het, 'n regmatige uitoefening is van die eienaar van erf 3256 se regte as grondeienaar" (163A). Die regter se formulering is ongelukkig. Hy skep daardeur die indruk dat die uitoefening van eiendomsreg ook onregmatig kan wees, of, anders gestel, dat 'n reghebbende sy eiendomsreg kan misbruik. Ten einde aan so 'n *contradictio* te ontkom, sou dit myns insiens meer korrek gewees het om die probleem soos volg te formuleer: "Het dit wat gebeur het, binne die perke van die bevoegdhede voortspruitend uit die eienaar van erf 3256 se eiendomsreg geval?"

Regter Eloff verwys ten aanvang na 'n *dictum* van regter Miller in die saak van *De Charmoy v Day Star Hatchery (Pty) Ltd* 1967 4 SA 188 (D) 191F waaruit die essensiële "hard case" – geardeheid van oorlassituasies in die burereg blyk:

"The principle in our law is this: although an owner may normally do as he pleases on his own land, his neighbour has a right to the enjoyment of his own land."

Die kernvraag is natuurlik hoe hierdie "botsende eiendoms- en genotsbelange van bure" (soos hoofregter Steyn in *Re-*

gal v African Superplate (Pty) Ltd 1963 1 SA 102 (A) 107A dit stel) teen mekaar opgeweeg moet word: hoe en waar moet die grense getrek word? Regter Miller doen aan die hand, soos aangehaal deur regter Eloff:

"If one of the neighbouring owners uses his land in such a way that material interference with the other's rights of enjoyment results, the latter is entitled to relief".

Nou ja, dit bring mens nie veel verder nie: wat is "material interference"? Vervolgens verwys die regter na 'n aantal gewysdes waarin geraas-oorlaste behandel is en waarin verskeie maatstawwe aan die hand gedoen is. Hoofregter Steyn meen in die *Regal*-saak dat "bomatige stoornisse" (op 107F), soos onder andere geras, onregmatig is. Regter Miller sê in die *De Charmoy*-saak dat die oorlas "material or substantial" moet wees, en dat so 'n maatstaf objektief is in die sin dat gevra word wat die redelike man as "a serious impediment to the ordinary and reasonable enjoyment of his property" sal beskou (192D-F). Die appèlhof het in *Prinsloo v Shaw* 1938 AD 570 575 ook die "ordinary comfort and convenience of [the] home . . . of the normal man of sound and liberal tastes and habits" as maatstaf gebruik. Ander sake waarin geraas-oorlaste onder die loep geneem is en waarna regter Eloff verwys, is *Leith v Port Elizabeth Museum Trustees* 1934 EDL 211, *Ferreira v Grant* 1941 WLD 186 en *R v Bilsle* 1953 2 SA 770 (O).

Telkens word die redelike of gewone man se gewone gerief en genot van sy eiendom as maatstaf aangewend. Dit is jammer, trouens verbasend, dat die regter nie ook na die resente uitspraak van waarnemende regter Spoelstra in die Transvaalse Provinsiale Afdeling in *Gien v Gien* 1979 2 SA 1113 (T), ten aansien van 'n geraas-oorlas, verwys het nie. 'n Nuttige opsomming van die relevante regsbeginsel en maatstawwe word in die uitspraak gegee.

Die respondente het aangevoer dat die geraas nie buitengewoon was nie, dat die advokate te sensitief was en die

geraas met dieselfde "moedigheid" as ander inwoners in die stad moes verduur. Regter Eloff meen egter dat die applikante se besware teen die geraas nie van oorsensitiwiteit getuig nie, en dat ander stadswerkers soos rekenmeesters, dokters, klerke en amptenare die geraas net so ondraaglik soos die advokate sou gevind het. Met ander woorde, die redelike man sou die geraas as 'n inbreukmaking op die gewone gerief van sy eiendom beskou het.

Regter Eloff bevind voorts dat, hoewel uitgrawings en soortgelyke bouwerk nie 'n abnormale verskynsel in 'n ontwikkelende middestad is nie, dit nie op so 'n wyse kan geskied dat "vir 'n hele tyd buitengewone geraas gedurende normale werksure veroorsaak word nie" (op 164C). Die respondente het aangevoer dat 'n bevel wat hulle raserige aktiwiteit tot buite normale werksure beperk, 'n te hoë finansiële en administratiewe las op hulle sal plaas. Ten aansien hiervan verwys die regter na relevante opmerkings van die Master of the Rolls in 'n bekende *nuisance* saak uit die Engelse reg, *Andreae v Selfridge and Co Ltd* 1937 3 All ER 255. 'n Plig, sê hy, rus op diegene wat die geraas vir aangrensende okkuperders veroorsaak, om die geraas tot die minimum te beperk, al beteken dit dat hulle hul werk stadiger en teen hoër koste as normaalweg moet verrig, solank die vertraging en onkoste nie sodanig is dat dit 'n "prohibitive operation" (om die *Master of the Rolls* se woorde te gebruik) word nie. Regter Eloff bevind dat die respondente se houding "gevoelloos" en "oordrewe" was en dat die probleme wat hulle voorsien nie swaarder weeg as die ongerief waaraan die applikante onderworpe was nie. Regter Eloff se gevolgtrekking is dat die geraas-oorlas vermybaar was en, wat die duurte en intensiteit daarvan betref, abnormaal en gevolglik onregmatig.

Hierdie uitspraak behoeft die volgende opmerkings:

1 *Aanspreeklikheid van die eerste respondent* Die regter meen dat hoewel die eerste respondent nie aan die kontrakteur (derde respondent) kon voor-

skryf watter toerusting hy moet gebruik om sy taak uit te voer nie, dit nogtans nie beteken dat hy nie beheer oor die werksaamhede uitoefen nie (162C-E). Dis nie duidelik wat die regter hiermee bedoel het nie. Indien hy bedoel het dat die derde, en by implikasie ook die vierde, respondent, eintlik nie 'n onafhanklike kontrakteur is nie, dan sou mens tog sekerlik 'n meer diepgaande bespreking van die regsverhouding tussen die eerste en die derde respondent verwag het as bloot die bewering dat die tweede respondent oënskynlik nie sonder beheer oor die werksaamhede was nie. As hy bedoel het dat die eerste respondent, ten spyte van die feit dat die werk deur onafhanklike kontrakteurs verrig is, nogtans verantwoordelik is vir die gevolge van sodanige werksaamhede, is ek dit volkome met hom eens. Daardeur bevestig hy die bestaande regsposisie met betrekking tot die aanspreeklikheid van 'n werkkuitbesteder vir 'n oorlas veroorsaak deur 'n onafhanklike kontrakteur. In *Burks v Springs Municipality and Dickens* 1917 WLD 143 150 formuleer regter Ward die reël dat 'n werkkuitbesteder nie vir die onregmatige optrede van 'n onafhanklike kontrakteur aanspreeklik is nie, behalwe in die volgende gevalle:

"[T]he case (1) in which the employer if he did the work would do it at his peril, or (2) when the duty of doing the work is imposed on him by law, or (3) when it involves an interference with the right of another, or (4) where it is done in such circumstances that a duty is cast upon the employer of seeing that necessary precautions are taken to see that injury is not done to third persons. . ."

Buiten punt 3 wat eintlik nie sin maak nie – 'n werkkuitbesteder is nie aanspreeklik vir die onregmatige optrede van 'n onafhanklike kontrakteur nie, behalwe as die optrede onregmatig is – kom hierdie *dictum* op die volgende neer: 'n Onafhanklike kontrakteur is aanspreeklik vir 'n oorlas wat hy veroorsaak het, tensy die werk wat hy verrig het van so 'n aard is dat die werkkuitbesteder vir die behoorlike uitvoering daarvan verantwoordelik bly, en

nie sy verantwoordelikheid kan ontduik deur iemand anders opdrag te gee om die werk te doen nie. Hierdie is ook die posisie in die Engelse reg (sien byvoorbeeld Glanville Williams "Liability for Independent Contractors" 1956 *Cambridge Law Journal* (bd 14) 180 veral 180-184). Myns insiens was die werkkuitbesteder in die onderhawige saak (die eerste respondent) verantwoordelik daarvoor om te sorg dat die werksaamhede op sy erf nie vir die applikante 'n oorlas was nie.

Teen die aanvullende redes wat regter Eloff vir die medeverantwoordelikheid van die eerste respondent aanvoer (162F-G) kan kritiek ingebring word. Sy beredenering skep die indruk dat hy die eerste respondent vir *onregmatige* optrede verantwoordelik wil hou omdat hy *skuld* aan die veroorsaking van die geraas gehad het, deurdat hy die moontlikheid van geraas voorsien het en nie behoorlike (redelike) stappe gedoen het om sodanige geraas te voorkom nie (deur byvoorbeeld bepalinge te dien effekte in die kontrak in te voeg). Sodoende word die vraag of die eerste respondent 'n plig teenoor die applikante met betrekking tot die geraas gehad het met die vraag of die eerste respondent skuld aan 'n pligsversuim gehad het, verwar. Laasgenoemde vraag is by 'n aansoek om 'n interdik, waarby slegs die onregmatigheid van optrede ter sake is, irrelevant.

2 *Die onregmatigheid van die respondente se optrede* Die regter se benadering was om vas te stel of die geraas wat die respondente veroorsaak het, wat die duur en intensiteit daarvan betref, onregmatig was (sien 162H-163H). Hy verwys na 'n aantal sake waarin die maatstaf van die "redelike buurman" uitgekristalliseer het. Aan die hand van die getuienis van die applikante en by gebrek aan behoorlik weersprekende getuienis van die respondente, bevind hy dat die applikante, net soos die geval met ander redelike buurmanne soos rekenmeesters, dokters ensovoorts sou gewees het, nie oorsensitief vir die geraas was nie.

Die kernvraag in enige oorlasgeding is of die optrede van die een buurman

onregmatig is ten aansien van die gevolg wat die optrede vir die ander buurman inhou. Die appèlhof het by geleentheid as 'n uitgangspunt aanvaar dat "daar tussen bure 'n mate van verdraagsaamheid verwag word in die uitoefening van hul eiendomsregte" en ook by 'n ander geleentheid melding gemaak van "die gewone wederkerige laste wat die een buurman van die ander moet verduur" (sien *Malherbe v Ceres Municipality* 1951 4 SA 510 (A) 518A per ar Hoexter en *Regal v African Superslate (Pty) Ltd* 1963 1 SA 102 (A) 110H per hr Steyn). Ten einde vas te stel wanneer 'n bedrywigheid op die een buurman se eiendom nie bloot lastig of irriterend is nie, maar inderdaad onregmatig is, het ons howe 'n aantal "toetse" ontwerp, ontleen aan die Engelsregtelike "nuisance tort", aan die hand waarvan die onregmatigheid van die bedrywigheid vasgestel kan word. Die toetse wat in die onderhawige saak relevant is, is die volgende:

2 1 Het die bedrywigheid 'n weselike inbreukmaking op die gewone gerief en genot van menslike bestaan tot gevolg? Hierdie toets word ook uitgedruk aan die hand van die begrip van die "redelike man", soos blyk uit die sake aangehaal deur regter Eloff, sowel as ander. Dit blyk uit die stukke dat die geraas inderdaad 'n weselike inbreukmaking op die applikante se gebruik en genotsbevoegdhede van hulle kamers daargestel het. Dit kan ook nie gesê word dat 'n advokaat 'n beroep beoefen wat buitengewoon sensitief vir selfs gewone alledaagse geraas is nie.

2 2 Het die respondente hulle regten aansien van die grond op 'n gewone en natuurlike wyse uitgeoefen? Dit is teensegglik waar dat die geraas wat die respondente veroorsaak het, ter bevordering van 'n substansiële belang van die respondente was. Dit is 'n sterk argument ten gunste van 'n bevinding dat hulle hul regte ten aansien van die grond op gewone en natuurlike wyse uitgeoefen het. Dit is egter eweneens waar dat die geraas 'n weselike inbreukmaking op die applikante se gewone gebruik en genotsbevoegdhede bewerkstellig het

en optrede wat substansiële nadeel vir die buurman inhou kan immers nie as gewone en natuurlike grondbenutting beskou word nie.

2 3 Is die applikante se kamers geleë in 'n omgewing waar 'n hoë intensiteit van geraas die aanvaarde norm is? Regter Eloff maak ten aansien hiervan die myns insiens geldige opmerking (164B-C) dat "(d)ie slooping van geboue in die middestad, en die daaropvolgende verrigting van uitgraaf- en versterkwerk . . . iets [is] wat van tyd tot tyd moet voorkom in die sentrale besigheidsarea van 'n ontwikkelende stad". Dit kom daarop neer dat die applikante bereid moet wees om meer geraas te verduur as wat die geval sou wees indien hulle kamers in 'n stil woongebied soos byvoorbeeld Brooklyn geleë was. Gewoonlik word hierdie toets in 'n subsidiêre rol aangewend, in die sin dat die ligging van die eiendom 'n faktor is wat aangewend word by die beoordeling van 'n ander toets vir die bestaan van 'n oorlas, naamlik of die respondente se optrede weselike inbreuk gemaak het op die gewone gerief van die applikante se bestaan - sien 2 1 hierbo (sien byvoorbeeld *Holland v Scott* (1882) 2 EDC 307 op 314 per rp Barry). Myns insiens, selfs toegegee dat die applikante meer geraas in die middestad as andersins moet verduur, kan die "oorverdwende gehamer, gedonder en gedruis" wat die respondente veroorsaak het, nogtans as 'n weselike inbreukmaking op die applikante se gebruik en genotsbevoegdhede beskou word. Hierdie siening word bevestig wanneer nog 'n toets, wat dieselfde subsidiêre funksie as die liggingtoets vervul, oorweeg word.

2 4 Is die ongerief wat die applikant ly, duursaam van aard? In die reël dui langdurige ongerief in teenstelling tot eenmalige of seldsame ongerief, daarop dat 'n weselike inbreukmaking op die applikant se gebruik en genotsbevoegdhede plaasgevind het. In die onderhawige saak erken regter Eloff dat die geraas wat met uitgrawings en stutwerk gepaard gaan, "iets [is] wat van tyd tot tyd moet voorkom" in 'n middestad,

maar hy is nie bereid om te aanvaar dat dit regmatig is dat “vir ’n hele tyd buitengewone geraas gedurende normale werksure veroorsaak word” nie (164B-C). Met hierdie siening van die regter moet saamgestem word.

Soos hierbo uit my inleidende opmerkings blyk, het verskeie Europese Romanistiese skrywers, waaronder Petrus Rebuffus, Jacobus Menochius, Benedictus Carpovius, Johannes Brunne-mann en Samuel Stryk, in navolging van die Kommentatore, die reël verkondig dat die openbare belang vereis dat geleerdes (waaronder regsgeleerdes) nie deur die geraas van ambagslui in hul nabyheid gesteur mag word nie. Anders as in die Engelse reg, word die openbare belang nie as ’n regverdigingsgrond vir die veroorsaking van ’n oorlas in die moderne Suid-Afrikaanse reg erken nie (sien o a *Herrington v Johannesburg Municipality* 1909 TH 179 190–191 per r Bristowe en *Graham v Dittmann and Son* 1917 TPD 288 294 per rp De Villiers; *contra* CG van der Merwe “Die Bepaling van die Redelikheidskriterium by Oorlas” 1980 *De Rebus* 117 118). In ieder geval is dit minstens twyfelagtig of die moderne gemeenskap ’n hoër premie op die bevordering van die regswetenskap deur die advokatuur plaas as op ekonomiese vooruitgang wat die bedrywig-hede op die respondente se erf inhou. Tog will dit voorkom asof die siening van die Europese Romanistiese skrywers weerklank vind in die volgende woorde van regter Eloff:

“Waar die respondente hulle hinderlike werksaamhede van stapel gestuur het in nabyheid van die kantore van professionele lui, moes hulle voorsiening gemaak het vir spesiale maatreëls, al bring dit ekstra uitgaaf mee” (165F).

3 *Die bevel wat uitgereik is* Regter Eloff het ’n verbod geplaas op die gebruik van masjinerie wat ’n oormatige geraas veroorsaak op die respondente se erf gedurende normale werksure op weksdae. Hoewel so ’n bevel op die oog af drasties skyn te wees, moet dit in gedagte gehou word dat die respondente nie verbied word om gedurende nor-

male werksure geraas te veroorsaak nie: slegs die veroorsaking van oormatige (dws onregmatige) geraas word verbied. In elk geval verkeer regter Eloff met die uitreiking van so ’n bevel in goeie geselskap: In drie vroeë sake (*Holland v Scott* (1882) 2 EDC 307, *Blacker v Carter* (1906) 20 EDC 19 en *Graham v Dittmann and Son* 1917 TPD 288) het dit gegaan om persone wat hul bedrywe beoefen het op ’n wyse wat gedurende die dag oormatige geraas vir die applikante ingehou het; telkens is ’n bevel uitgevaardig “restraining the respondent from carrying on his trade in such a manner as to cause a nuisance to the applicant”. So ’n bevel stem wesentliche ooreen en hou soortgelyke implikasies in as dié uitgereik deur regter Eloff.

4 *Die term “oorlas”* In Engels word die term “nuisance” gebruik om die meeste gevalle van onregmatige optrede tussen bure te tipeer. In Afrikaans word gepraat van “hinder”, “hindernis” (in dié onderhawige saak), “stoornis” “steurnis” en “oorlas”. Hoewel geeneen van hierdie terme juis verkeerd is nie, moet daar myns insiens tog ter wille van uniformiteit en begripshelderheid erkenning verleen word aan slegs één term wat konsekwent gebruik moet word. My persoonlike voorkeur is die term “oorlas” aangesien dit die essensie van die relevante optrede weergee: ’n lastigheid wat andersins verduur moet word, maar weens die oormaet daarvan onregmatig is. Die “las” het ’n “oor-las” geword.

Ten slotte sou dit waarskynlik nie onvanpas wees nie om te bespiegel oor die moontlike kans op sukses wat die applikante sou gehad het indien hulle skadevergoeding of genoegdoening geëis het. Myns insiens sou die applikante wel, op grond van aquiliese beginsels, vergoeding kon eis vir enige vermoënsverlies wat hulle as gevolg van die geraas gely het – byvoorbeeld die huur van ander kamers, die aanbring van klankdigte vensters, verlies aan inkomste as gevolg van abortiewe konsultasies ensovoorts. Die vraag of skadevergoeding toegeken kan word vir inbreukmaking op die gebruik en genot van die eiser se eiendom,

in teenstelling tot beskadiging van die eiendom self, is nog nie uitdruklik in ons regspraak in behandeling geneem nie. Moontlik is 'n saak daarvoor uit te maak dat skadevergoeding wel in sodanige gevalle, en dus ook in die onderhawige saak, toegeken sou kon word. Daarbenewens, indien die applikante sou kon bewys dat hulle ernstige liggaamlike ongerief gely het, sou hulle ook genoegdoening weens aantasting van 'n persoonlikheidsreg, naamlik hul reg op

fisiese integriteit (*corpus*), kon eis, mits aan die vereistes van die *actio iniuriarum* voldoen is. Dis natuurlik 'n interessante vraag hoe prakties onderskei moet word tussen 'n aantasting van die eiser se *corpus*, dit wil se 'n persoonlikheidsbelang, en 'n aantasting van die eiser se genot en gebruik van sy eiendom, dit wil se 'n eiendomsbelang.

DEREK VAN DER MERWE
Universiteit van Suid-Afrika

Boeke

'n NUWE GRONDWETLIKE BEDELING VIR SUID-AFRIKA: ENKELE REGSASPEKTE

Redaksie: SC JACOBS in medewerking met GM FERREIRA en
HJS MEYER

Butterworths, Durban 1981, xi en 285 bl; prys R19,95

Hierdie publikasie boekstaaf die ver-
rigtinge van 'n regskongres wat gedu-
rende April 1979 in Potchefstroom
plaasgevind het en wat deur die 1977-
voorstelle vir grondwethervorming in
Suid-Afrika geïnspireer is.

Ek het vir verskeie redes bedenkinge
oor die publikasie van kongresver-
rigtinge.

Eerstens, omdat die gesproke en ge-
skrewe woord aan verskillende eise moet
beantwoord. Indien 'n mens 'n lesing in
akademiese skryftaal lewer, sal die ge-
hoor meestal die draad van jou betoog
byster raak; en as 'n mens die gedrukte
teks van 'n mondelinge voordrag met
wetenskapbelustheid nagaan, doen die
spreker se gedagtegang hom veelal iet-
wat oppervlakkig voor. Die probleem
kan natuurlik vermy word indien die re-
ferent 'n aangepaste weergawe van sy
praatjie vir publikasiedoeleindes voor-
berei.

Die tweede probleem kom kortliks
daarop neer dat geïmproviseerde by-
draes wat gedurende besprekingstyd
vanuit die gehoor opgedis word, ge-
woonlik nie publikasiewaardig of soms
selfs publiseerbaar is nie.

In die geval van die Potchefstroomse
regskongres kom daar ook nog 'n derde
besondere struikelblok te pas. Die
byeenkoms het sy visier op grondwet-
voorstelle ingestel wat, ten spyte van die

bestaan en vooruitgang van politieke
sewe-en-sewentigers (met hulle handlan-
gers van ses-en-sestigers), vir alle prak-
tiese doeleindes dood gebore is. Is 'n
analise van '77 dan werklik nog relevant?

Dit moet meteen beklemtoon word
dat 'n *Nuwe Grondwetlike Bedeling vir Suid-
Afrika* daarin kon slaag om al drie hier-
die verwagte tekortkominge van kong-
resverrigtinge te ondervang. Hoewel
die geselstrant van Dirk C du Toit se
inleidende lesing ("Geschiedkundige Oor-
sig van Suid-Afrikaanse Konstitusionele
Modelle met besondere verwysing na die
Westminster-Staatsmodel") en die af-
skeepbydrae van M Wiechers ("Die Uit-
voerende Staatshoof; Enkele Op-
merkinge") die feit weerspieël dat
daardie bydraes bestem was om as voor-
dragte diens te doen en dus nie die
skryfvernuf van die sprekers gestant
doen nie, het die meeste referate ge-
noeg as *geskrewe* navorsingsmateriaal om
die lyf om publikasie te regverdig. Uit
die gehoor het daar ook prikkelende ge-
dagtes na vore gekom wat keurig ge-
redigeer is (?) om publikasie van die "be-
sprekings" waardevol te maak. En die
probleme wat aangesny is, is oor die
algemeen van besondere staatkundige
en staatsregtelike belang, sodat die tyds-
gebonde fokus van die kongres die bly-
wende relevansie van die verskillende
temas onaangetas laat.

Daardie temas behels 'n ryke ver-
skeidenheid, die referente sluit sommige

van Suid-Afrika se voorste staatsregseleerdes in, en verskeie uitstaande bydraes, soos dié van DH van Wyk (die regstaat), IM Rautenbach (menseregte-aktes), MP Vorster (konvensies), GM Ferreira (administratiewe regbanke) en GC Kachelhoffer (die ombudsman), verhef hierdie versameling staatsregtelike opstelle tot 'n besonder nuttige toevoegsel tot die Suid-Afrikaanse staatsregliteratuur.

Daar is veral twee negatiewe fasette van die onderhawige publikasie wat vermeld moet word, naamlik:

- (a) die oppervlakkigheid wat dikwels in die grondwetlike bespreking deurskemer; en
- (b) die powere taalkundige en tegniese versorging van hierdie publikasie.

Wat die eerste aangeleentheid betref, sou by wyse van voorbeeld verwys kon word na die hoofsaaklik beskrywende relaas waarmee WH Olivier "Enkele Leemtes in die Huidige Staatsregtelike Bestel in Suid-Afrika" probeer afhandel (25 e v) – eers in par 6 van sy referaat (37), waar hy "Ander Moontlike Konstitusionele Leemtes" oorweeg en in die "Samevatting en Slotsom" (38–39) waar enkele tekortkominge van ons staatsbestel aangestip word en dan ook maar net heel bolangs. Ek sou in dieselfde asem ook die bydrae en opmerkings in besprekingstyd van SC Jacobs kon noem, wat deurspek is met simplistiese en selfs foutieve veronderstellings. Hy deel ons byvoorbeeld mee dat iemand wie se paspoort ingetrek is nie toegang tot die howe het om die regsgeldigheid van die intrekking aan te veg nie (62), dat die beslissing van die Amerikaanse Hooggeregshof in *New York Times Co v United States* 403 US 713 daarop sou neerkom dat persvryheid "ten koste van staatsveiligheid" gehandhaaf is (83) (die Hof het juis bevind dat die staat nie kon bewys dat staatsveiligheid wel deur die publikasie van die "Pentagon Papers" in die gedrang sou kom nie), dat uitvoerende soewereiniteit "staatsregtelik onhoudbaar" is (97) en so meer. Sy kommer oor die ongepresiseerde onderskeid tus-

sen sogenaamde "gemeenskaplike en partikuliere sake" in die voorgestelde grondwetlike bedeling (98 en ook 105), sy aandrag dat "rassedifferensiasie" in 'n menseregte-akte verskans moet bly (102) en sy skynbare rassisme by die deur hom voorgestelde getalverhouding in die wetgewende orgaan (103), getuig beslis nie van diepsinnige wetenskaplike nadenke oor die probleme wat *an sich* in die bedoelde konsepte opgesluit lê nie. Kan 'n mens werklik publiekregtelike aangeleenthede afsonder wat vir net één bevolkingsgroep van belang is; is dit moontlik om op rassegronde te differensieer sonder om te diskrimineer; kan 'n mens Blanke taaskap met 'n syferspel verbloem? Dis is vrae wat lukraak in die lug bly hang. Ander ondeurdagte uitlatings wat plekplek opduik, sluit stellings in soos dat Suid-Afrika, buiten vir die verteenwoordigingsbeginsel, al die wesenskenmerke van die Westminsterstelsel oorgeneem het (DC du Toit op 10), dat daar in Suid-Afrika (onvolledige) skeiding van staatsmagte bestaan (DH van Wyk op 57) en so meer.

Oor die taalkundige en tegniese versorging van die werk sou 'n mens heelwat kon sê. Kortweg kom dit daarop neer dat die redakteurs nie hulle werk gedoen het nie. Dit blyk duidelik dat hulle geen benul van taalreëls met betrekking tot die aanmekaar of los skryf van woorde of van punktuasie (veral gebruik van die komma) het nie. Daar kom letterlik tientalle spelfoute in die werk voor – te veel om op te noem. Die lettertipe wat vir kantskrifte gebruik word in byvoorbeeld Jacobs en Devenish se artikels verskil van dié wat algemeen in die werk aan die orde van die dag is (en van mekaar); Rautenbach se eerste sewe paragrawe moet sonder kantskrifte klaarkom en in Ferreira se geval word verskillende lettertipes in dieselfde hoofstuk vir verskillende kantskrifte gebruik. Inkeping van langerige aanhalings (in 'n klein lettertipe) skyn die algemene reël te wees, maar op 128 en 202 (teenstrydig met ander aanhalings op dieselfde bladsy) en op 230 gebeur dit nie. Die

eerste paragraaf op 39 is stilisties verkeerd geset. Die redakteurs was dit sekerlik aan regter Boshoff verskuldig om sy taalkundige blaps op 6 (“... veranderinge het as gevolg ’n aansienlike aantal...”) reg te stel en so meer.

Ten slotte moet beklemtoon word dat ’n versamelwerk van hierdie aard eenvoudig ’n inhoudsregister móét hê. Dit ontbreek in ’n *Nuwe Grondwetlike Bedel-ing vir Suid-Afrika*.

Samevattend sou ek die boek beskryf as ’n nuttige en verdienstelike toevoeg-

ing tot ons regs-literatuur. Verskeie indiwiduele bydraes sou in die oortreffende trap aangeprys kon word. Maar, ai, vir die oog is die boek ’n pyniging. Redakteurs van versamelwerke en kongresverrigtinge sal moet leer dat die eer om hulle name op die buiteblad van ’n boek te sien met harde en noukeurige werk gepaard moet gaan.

JD VAN DER VYVER

Universiteit van die Witwatersrand

HR HOETINK : RECHTSGELEERDE OPSTELLEN

versamel deur JA ANKUM, HJN BOSKAMP en JLP CAHEN,
HD TJEENK WILLINK, ALPHEN AAN DEN RIJN

1982; viii en 347 bl; prys 28,50 gulden.

Professor Hoetink is, soos sy lys van publikasies (15–20) boekstaaf, een van die hoogstaande Nederlandse juriste wat tussen die jare 1920 tot 1960 gepubliseer het. Aangesien sy artikels in uiteenlopende tydskrifte verskyn het, is besluit om sy belangrikste opstelle in twee bundels saam te vat. ’n Keuse uit die regshistoriese opstelle van Hoetink getiteld *Opera selecta – Studies of Roman Law and Legal History* word vir 1983 beoog. Die onderhawige bundel bevat naas ’n lewensberig en die bibliografie van sy werke, meestal opstelle met ’n meer moderne strekking.

Professor Hoetink was vanaf 1929 tot 1934 professor in die privaatrecht aan die “Rechtshogeschool” van Batavia en vanaf 1935 tot 1964 professor in Romeinse reg en regs-geskiedenis aan die Gemeente-Universiteit van Amsterdam. Ingesluit in die onderhawige bundel is die twee intreerendes gelewer by aanvaarding van hierdie professorate, naamlik “Over het verstaan van vreemd reg” en “De achtergrond van het Romeinse recht.”

Die werk bevat drie uitstekende opstelle oor die wisselwerking tussen regs-geskiedenis en die moderne regs-wetenskap. In “Historische rechts-

beskouing” probeer hy twee botsende standpunte versoen, naamlik die standpunt dat die juiste betekenis van ’n regsreël slegs deur historiese ondersoek aan die lig kan kom en die standpunt dat dit die taak van die regter is om die regsgevolge van ’n regsreël te bepaal en by die uitleg daarvan gelei te word deur sy insig in hedendaagse regs-behoefes. Die opstel getiteld “Komt aan de historische ontwikkeling een normatieve betekenis toe voor het process der rechtsvorming?” sluit enigermate hierby aan en gaan oor die vraag of die historiese ontwikkeling sover normatieve betekenis het, dat ’n mens by regs-vorming die lyn van die tradisie moet voortsit. Die laaste opstel in hierdie kategorie “Het begrip feit in geschiedenis en rechtswetenschap” handel oor die stof waarmee die historikus moet werk en gee ’n beeld van die primêre, ruwe materiaal wat nog nie deur die gees aangeraak is nie waarmee die geskiedkundige skeppend te werk gaan.

In die opstel “Het standpunt van de rechter” word die probleem bespreek welke maatstaf die regter moet gebruik om die inhoud te bepaal van vae begrippe soos “misbruik,” “goeie sedes,” “volgens billike standarde,” “onreg-

matig" en "*bonus paterfamilias*." Hy behandel die vraag of die regter by die beoordeling van bepaalde feite wat onder een van die bogenoemde begrippe val, hom moet stel op die standpunte van die partye en of hy dit moet beoordeel volgens sy persoonlike insig of miskien volgens 'n derde maatstaf. "Het waarde-oordeel in de sociale wetenschappen" het weer, soos die naam aandui, 'n regsosiologiese strekking. Sommige van die standpunte van Max Weber word aan die hand van moderne Nederlandse hofbeslissinge bespreek.

Vanuit die oogpunt van 'n Suid-Afrikaanse juris is die opstel waarin die steller *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* regshistories en regs-wenskaplik ontleed word, heel waarskynlik die interessantste. Die opstel "Rechtsschijn en goede trouw" waarin

die verband tussen dié twee begrippe verduidelik word, behoort ook byval te vind, veral by die navorsers op die gebied van estoppel. Van groot waarde is ook die opstel oor die ontwikkeling van die Nederlandse regs-wetenskap, getiteld "Rechtswetenschap," tussen 1920 en 1940. In hierdie opstel word die bydraes van groot Nederlandse juriste soos Houwing, Scholten, Meijers en Scheltema tot die verskillende vertakkinge van die moderne Nederlandse regs-wetenskap bespreek.

Hoetink se uiteensetting is altyd objektief en helder. Sy opstelle getuig van wye belesenheid en geniale oorspronklikheid. 'n Mens kan nie anders as met groot afwagting uit te sien na die publikasie van die tweede bundel van regshistoriese opstelle nie.

CG VAN DER MERWE
Universiteit van Stellenbosch

HANDLEIDING VIR DIAMANT-, GOUD- EN AANVERWANTE SAKE

deur DS LAMBRECHTS, uitgegee deur die outeur.

Prys R15,00 pp 241.

Hierdie boek bevat 'n bespreking van regsbeginne van 'n uiteenlopende aard wat van toepassing is op strafregtelike vervolgings ingevolge veral goud- en diamantwetgewing. Die outeur, 'n lid van die Suid-Afrikaanse Polisie se diamant- en goudtak, bespreek onder meer die volgende onderwerpe: die regsposisie van die polisielokvink; getuienislewering; beskikking oor bewysstukke; poging en medepligtigheid; belonings aan beriggewers en vonnis.

Die skrywer onderneem in sy voorwoord om kopers van die boek op hoogte te hou met nuwe regsontwikkelinge.

Die boek is van 'n baie praktiese aard en behoort nuttig te wees vir veral landdroste en aanklaers, asook vir private praktisyns wat kliënte op aanklagtes ingevolge die betrokke wetgewing moet verdedig.

PJ VISSER
Universiteit van Suid-Afrika

