

AKADEMIESE INLIGTINGSDIENS
TUSSENDIETE
UNIVERSITEIT VAN PRETORIA

1995-05- 8

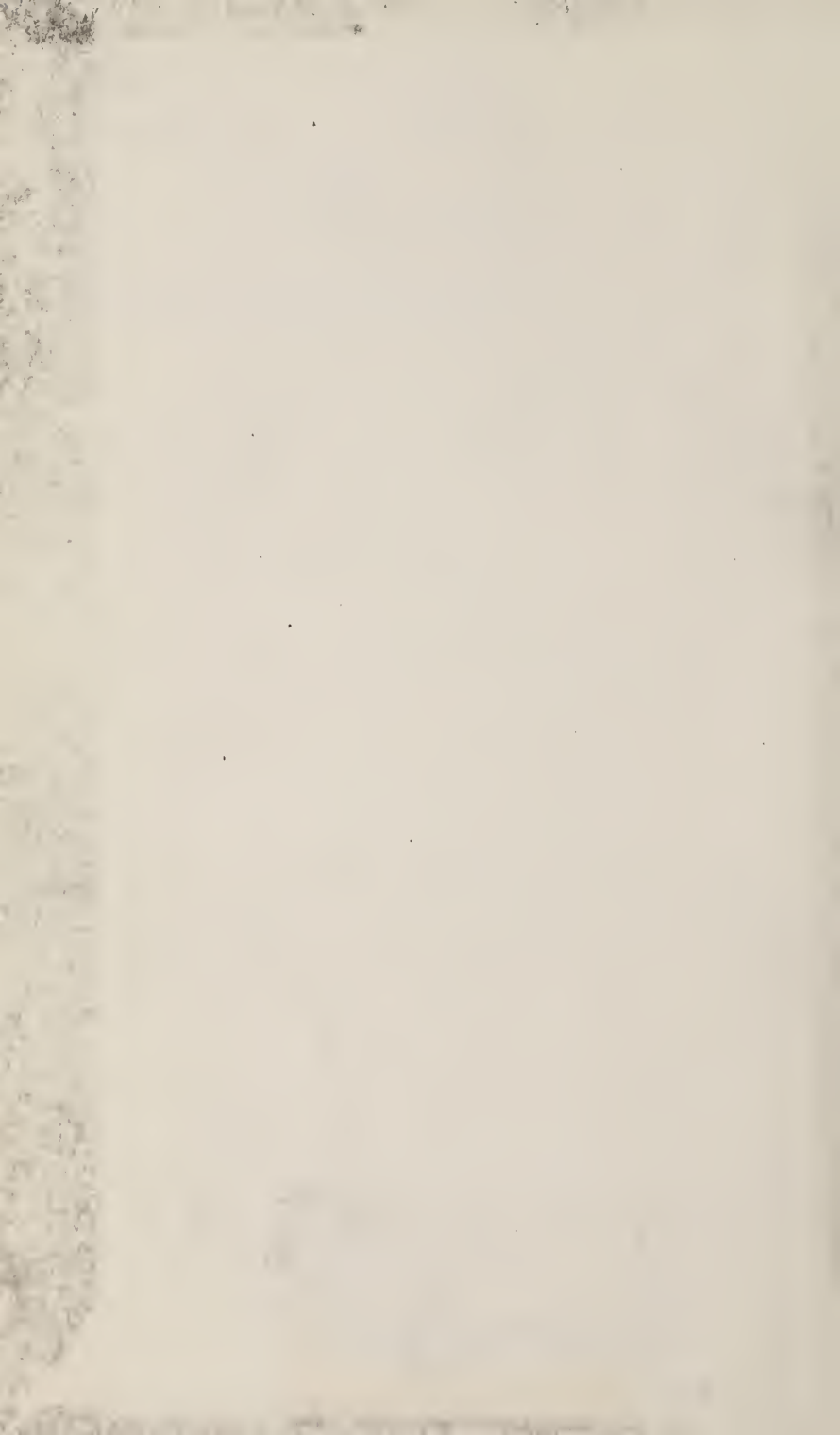
VAKKODE 340



Universiteit van Pretoria

Aan die Akademiese Inligtingsdiens ge-
skenk deur:

REGTER F.L.H. RUMPF
Maart 1995



JOURNAL OF CONTEMPORARY ROMAN-DUTCH LAW

BL x 39

HR
HR

Tydskrif vir
Hedendaagse
Romeins-
Hollandse Reg

Redakteur

ADJ VAN RENSBURG B Com LLM LLD

Assistent-redakteurs

J Neethling BA LLM LLD

NJ. Grové BA LLB

Gretchen Carpenter BA (Hons) LLB

Butterworth

H R
H R

REDAKSIONEEL

ARTIKELS

.....	1
Die Grondslag van die Teruggaweplig ten opsigte van wat reeds Geprester is Waar na Kontraktbreuk Teruggetree word — 'n Kwessie van Metode? <i>deur CFC van der Walt</i>	5
Accident Compensation: New Zealand Shows the Way <i>by DB Hutchison</i>	24
Kiesstelsels van Proporsionele Verteenwoordiging <i>deur Dion A Basson</i>	44
Regsakkulturasië en Wetsuitleg <i>deur JMT Labuschagne</i>	64

AANTEKENINGE

Some Implications of Section 90 of the Criminal Procedure Act <i>by André Rabie</i>	81
Die Bepierking van die Verkoper se Regte in die geval van Kontraktbreuk deur die Koper by die Verkoop van Grond op Afbetaling <i>deur JP Vorster</i>	88
Some Criminal Law Anomalies brought about by a Sex Change <i>by Jerold Taitz</i>	97

VONNISSE

Gumede v The Minister of Law and Order <i>Security legislation — the need for legal safeguards?..</i>	100
Weber v Santam Versekeringsmaatskappy. S v Pieterse <i>Nalatigheid en toerekeningsvatbaarheid-uitgediende begrippe?</i>	103
Butt v Schultz <i>Kopieer van mededinger se produk as skending van outeursreg en as onregmatige mededinging</i>	109
S v Ngubane <i>Wetboek van Zoeloereg — omvang van bevoegdheid om te wysig — artikel 24 van Swart Administrasie Wet 38 van 1927 — uitbreiding van strawwe onder Wet op Wapens en Ammunisie 75 van 1969 — ultra vires.....</i>	112

BOEKE


Ellison Kahn (Editor) <i>Fiat Iustitia: Essays in Memory of Oliver Deney's Schreiner</i>	117
FR Malan, bygestaan deur CR de Beer <i>Bills of Exchange, Cheques and Promissory Notes in South African Law</i>	119

AANKONDIGINGS

Butterworth-prys.....	43
Hugo de Groot-publikasiefonds	80

RIGLYNE AAN OUTEURS

.....	122
-------	-----



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

HR
HR

ARTIKELS

Die Grondwet van die Tweede Republiek van Suid-Afrika
deur F Venter 253

“Judges shall be Independent and Subject only to the
 Law”
by R Zimmerman 291

1 + 1 + 1 + 1 + 1 = 6: A Jurisdictional Conundrum
by A Beck 305

The Right of a Company to Purchase its own Shares
by FHI Cassim 318

AANTEKENINGE

Aspects of the Distinction between Ignorance or Mistake
 of Fact and Ignorance or Mistake of Law in Criminal
 Law
by André Rabie 332

Labuschagne en Diere as Regsubjekte
deur JA Robinson 343

Artikel 115 – Winde van Verandering in Bophutha-
 tswana
deur L Els 347

Review of Unreported Cases regarding Possession of and
 Dealing in Dagga in Bophuthatswana
by AWG Raath 350

VONNISSE

Joubert v Venter
Laster en privilegie tydens gedingvoering 356

Koster Ko-operatiewe Landboumaatskappy Bpk v Suid-
 Afrikaanse Spoorweë en Hawens
*Bewyslas – wedersyds vernietigende weergawes van
 litigante*..... 361

Boswell v Union Club of South Africa (Durban)
*Vereistes vir iniuria – onregmatigheidsbewussyn as
 element van animus iniuriandi* 365

Nconwya v Cantor
*Nalatigheid – werkgewer – werknemer –
 minderjarige*..... 369

BOEKE

Marinus Wiechers – *Administratiefreg* 372

L Roeleveld *Suid-Afrikaanse Lewensversekering* 373

SJ van Niekerk SE van der Merwe en AJ van Wyk in
 medewerking met GA Barton *Privileges in die Be-
 wysreg* 376

HR HR

REDAKSIONEEL ARTIKELS

Taalkwessies	379
Ulterior Purpose <i>by JL van Dorsten</i>	381
Dronkenskap In Perspektief — 'n Strafregtelike Bespreking <i>deur MM Oosthuizen</i>	407
Old Lamps for New: A Re-evaluation of the Principles Underlying the Unilateral Waiver of Conditions in Contracts of Sale <i>by MAK Lambiris</i>	424
Dekriminalisasie van Bloedskande <i>deur JMT Labuschagne</i>	435

AANTEKENINGE

Insurance and Good Faith: Exit <i>uberrima fides</i> — enter what? <i>by Schalk van der Merwe</i>	456
Reflections on <i>Inaedificatio</i> <i>by Andrew Breitenbach</i>	462
Provincial Precedent Problems <i>by A Beck</i>	465

VONNISSE

Hare's Brickfields Ltd v Cape Town City Council <i>Contract — effect of a supposition or common assumption relating to future events — voidability of a contract</i>	469
Nogama v Holtshauzen <i>Plante — Reg op Verwydering</i>	472
Du Plessis v Faul <i>Middellike aanspreeklikheid van 'n motorvoertuigeienaar — risiko-aanspreeklikheid of skuldaanspreeklikheid en die betekenis van die vereistes "in belang van" en "reg op beheer"</i>	477

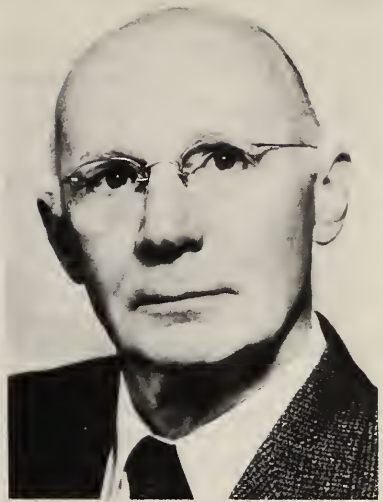
BOEKE

Johan van der Westhuizen, PH J Thomas, Susan Scott, Derek van der Merwe, J TH de Smidt en R Feenstra <i>Huldingsbundel P van Warmelo</i>	481
Hugh Corder <i>Judges at Work 1910-1950</i>	485
AS van der Spuy <i>New Marriage (Matrimonial) Property Act 88 of 1984</i>	488
CE Eckardt <i>Grondtrekke van die Siviele Prosesreg in die Landdroshowe</i>	490
ADJ van Rensburg and SH Treisman <i>The Practitioner's Guide to the Alienation of Land Act</i>	491
PC Loots <i>Engineering and Construction Law</i>	492
Jerold Taitz <i>The Inherent Jurisdiction of the Supreme Court</i>	494
R Feenstra <i>Romeins-rechtelijke Grondslagen van het Nederlands Privaatrecht: Inleidende Hoofstukken</i>	496
June Sinclair <i>'n Inleiding tot die Wet op Huweliksgoedere 1984</i>	498

Redaksioneel

GELUKWENSE

Na professor Daan Pont is al by herhaling as die “vader van die *Tydskrif*” verwys. Dit is hoofsaaklik deur sý bemoeienis dat die eerste nommer van die *Tydskrif* in Februarie 1937 die lig gesien het, en daarna het hy vir nog drie en twintig en ’n half jaar met die beskeie titel “sekretaris van die redaksie” as redakteur van die *Tydskrif* opgetree. Dit is hý wat in die moeilike vestigingsjare die *Tydskrif* met liefde versorg en uitgebou het tot ’n tydskrif wat op regs-wetenskaplike gebied vir geen ander in die land terugstaan nie.



Intussen woon professor en mevrou Pont, na ’n verblyf van vyf jaar op Alice, reeds sedert die begin van 1966 in hul aftreehuisie digby Kirstenbos in Kaapstad. Om daar besoek af te lê, is ’n voorreg wat die besoeker ’n ietsie laat smaak van die verfyndheid, ouwêreldse wellewendheid en intellektuele veelsydigheid wat in die gejaagde en vervlakte moderne lewe ’n kosbare rariteit geword het. Die vyf jaar wat ek meer as twintig jaar gelede met professor Pont op Fort Hare kon saamwerk, het ’n onuitwisbare indruk op my gelaat.

Dáárom gee dit my groot plesier (’n woord wat professor Pont altyd lief is om te gebruik) om professor en mevrou Pont namens myself, die redaksie van die *Tydskrif* en die bestuur van die Vereniging Hugo de Groot geluk te wens met sy negentigste verjaardag wat DV op 29 Maart vanjaar gaan plaasvind. Mag u vorentoe nog veel plesier en vervulling beleef – ook in die beoefening van die wetenskap wat u so na aan die hart lê!

INFLASIE EN GROEI

Dit het seker nie onopgemerk by lesers van die *Tydskrif* verbygegaan dat die prys van die *Tydskrif* die afgelope paar jaar telkens gestyg het nie. Wat u eger miskien nie raakgesien het nie, is dat die *Tydskrif* self gedurende dié tyd ’n beskeie “inflasie” beleef het. Tot die einde van 1983 het die *Tydskrif* jaarliks ongeveer 450 bladsye beslaan, in 1984 het dit tot 480 toegeneem en vanjaar beoog ons om ’n *Tydskrif* van 500 bladsye te hê. Waar elders kan ’n mens deesdae nog ’n regs-werk van hierdie gehalte en omvang vir R30,00 te koop kry! Indien die *Tydskrif* miskien effens dunner lyk moet u weet dat dit net die dikte van die papier is wat verander het.

TAALKWESSIES

Agter in hierdie nommer van die *Tydskrif* word ons “Riglyne aan Outeurs” weer ’n keer volledig afgedruk. In samehang daarmee (en op aandrang van die voor-sitter van ons vereniging!) noem ek ’n paar van die taal-“foute” wat in bydraes

tot hierdie nommer voorgekom het. "Foute" plaas ek tussen aanhalingstekens omdat ek en die ander lede van die redaksie daarvan wegsgram om dogmaties omtrent taalaangeleenthede te wees. Ten minste sou ek egter darem die "verbetering" wat ek aanbring, kon motiveer.

a Spelfoute

"Kwasi," "sondermeer," "aan die anderkant," "derglike," "appellant," "betrokkene bank," "ookal" en "die Kwa-Zulu Wetgewende Vergadering" moet natuurlik "kwasië," "sonder meer," "aan die ander kant," "dergelike," "appellant," "betrokkenebank," "ook al" en "die Kwa-Zulu- Wetgewende Vergadering" wees (let op die afstandskoppelteken na Kwa-Zulu wat die twee selfstandige naamwoorde in 'n samestelling saamkoppel).

b Verkeerde woordgebruik

"Die kontraktuele verhouding word *omskep* in 'n skulddelgende verhouding." Volgens HJMM van der Merwe (*Die Korrekte Woord*) is dit net van die Skepper wat ons kan sê: "Hy het die chaos *omskep* in orde." By gewone sterflinge moet dit lui: "Die kontraktuele verhouding word *omgeskep* . . ."

Die neiging neem steeds toe om "gesofistikeerd" (in navolging van die Engels) te gebruik asof dit die goeie betekenis van "verfynd," "kundig," "afgerond" sou hê. 'n Mens moet egter nie uit die oog verloor nie dat "gesofistikeerd" afgelei word van "sofis," dit wil sê 'n lid van die oud-Griekse wysgerige skool wat uitgemunt het in gekunsteldheid, spitsvondigheid en drogredenasies. "Gesofistikeerd" dra dan ook die pejoratiewe betekenis van 'n *skyn of indruk* van verfyndheid of afgerondheid; 'n skyn wat nie deur die werklikheid gestaaf word nie.

'n Appèlregter het in 'n vonnis wat in hierdie nommer bespreek word, deurgaans van 'n kind se "belangeloosheid" gepraat, waar hy klaarblyklik die kind se "gebrek aan belangstelling" of sommer gewoon die kind se "onoplettendheid" bedoel het. 'n Regter moet natuurlik self "belangeloos" wees, dit wil sê nie 'n belang hê by die sake wat hy verhoor nie of soos die *Handwoordeboek van die Afrikaanse Taal* dit stel: "sonder om eie voordeel te soek." 'n Mens moet ook nie "belangeloos" gebruik as jy "onbelangstellend" bedoel nie. 'n Dergelike verwarring tussen "skadeloos" en "onskadelik" kom ook dikwels by regsgeleerdes voor.

Professor Pont het in die vroeë sestigerjare by twee geleenthede oor die onderskeid tussen "onbevoeg" en "onbekwaam" geskryf (1961 *THRHR* 272; 1962 *THRHR* 202). Dit was seker voor die tyd van een van ons bydraers wat nog weer met dié twee begrippe kleitrap. "Onbekwaam" beteken "sonder kundigheid," "onbedrewe," "ongeskik" terwyl "onbevoegd" daarop slaan of 'n mens juridies *toegelaat* word om iets te doen of nie te doen nie. Omdat 'n persoon ongeskik of miskien selfs *onbekwaam* in sy gebruik van 'n vuurwapen is, kan hy *onbevoeg* verklaar word om een te besit.

Een van ons skrywers skryf van "skuld en/of nadeel" en "estoppel wat met die vertrouens-teorie oorvleuel." Die "en/of" moet gewoon "of" wees want "of" beteken in elk geval "en/of" en word reeds jare lank so in wetgewing gebruik. Die gedagte van 'n sogenaamd eksklusiewe "of" bring 'n mens tot uiting met "òf skuld òf nadeel."

"Oorvleuel" beteken letterlik "met vlerke oordek" soos 'n hen met haar kuikentjies doen. 'n Mens behoort dus eintlik nie dié woord te gebruik as 'n

mens “gedeeltelik ooreenval” of “saamval” bedoel nie. Dit is egter te betwyfel of hierdie betekenisverskuiwing nog gekeer kan word.

“Ek meen dat die hof reg was” behoort natuurlik te wees “ek meen die hof het *gelyk* (of reg) *gehad*.” “Hy is reg” (in sy kop) of “hy is verkeerd” (dit wil sê moeilik) beteken geheel iets anders as “hy het gelyk” en “hy het verkeerd,” maar hierdie stryd het die taalpuriste waarskynlik reeds verloor.

Bloot semanties gesien, behoort ’n mens te praat van “in hierdie stadium” in teenstelling met “op hierdie tydstip” maar ook hier lyk dit of “op hierdie stadium” te diep ingewortel is om uitgeroei te kan word.

c **Toutologieë, pleonasmes en kontaminasie**

Die volgende het onder andere in bydraes vir die huidige nommer voorgekom:

- “ ’n *grootmens* wat *volwasse* is;”
- “gevolglik het die verhoorhof aanvaar dat hulle *skuld* gehad het en hulle is dan ook *skuldig* bevind;”
- “the *need* for critical examination of the doctrine of precedent may well be *necessary*;”
- “dit sou *dus* *gevolglik* nodig wees om dieper op hierdie saak in te gaan;”
- “*beide X sowel as Y*” (en hier moet ’n mens in gedagte hou dat die korrekte vorm “sowel X as Y” is – “beide X en Y” is waarskynlik ’n Anglisisme);
- “*in sy hoedanigheid as*” (“in sy hoedanigheid *van*” beteken in hierdie konteks dieselfde as “*as*” – ’n geval van kontaminasie dus – maar miskien sal ’n mens hier eenvoudig moet kopgee);
- “*intendeel trouens*” (sekerlik ’n *contradictio in terminis*);
- “dit kom my voor *dat*” (nog eens ’n teëspraak – “dat” dui sekerheid aan; “of” of miskien “asof” – hoewel daar oor laasgenoemde meningsverskil bestaan – sou die regte woord wees);
- “*bloot eenvoudig*” (nog een van die vele toutologieë).

d **Anglisismes**

Ek wys net op die volgende verdagte gevalle, hoewel ek toegee dat menings hieroor sou kan verskil:

- “in hakies” in plaas van “*tussen* hakies;”
- “meer volledige” in plaas van “*vollediger*;”
- “op alle geleenthede” in plaas van “*by* alle geleenthede;”
- “die jaartal moes 1983 gelees het” in plaas van “die jaartal moes 1983 *gelui* het;”
- “dit word aan die hand gedoen” in plaas van “*daar* word aan die hand gedoen;”
- “in terme van artikel 6” in plaas van “*ingevolge*” of “*kragtens*” of “*volgens*” of “*uit hoofde van* artikel 6;”
- “in die eerste instansie” in plaas van “*in eerste instansie*;” en
- “in die saak van *Smith v Hughes*” in plaas van “in die saak *Smith v Hughes*” (in Afrikaans gebruik ’n mens die bystellingskonstruksie en nie ’n genetief nie behalwe miskien in die vorm: “in *Van der Merwe* se saak”).

e **Die gebruik van 'n byvoeglike naamwoord waar 'n bywoord vereis word**

Die volgende het onder andere voorgekom:

- “die waarskynlike belangrike rol wat vuurwapens speel;” en
- “psigologiese oneksakte toestande.”

Wat die betrokke skrywers waarskynlik wel bedoel het, is “die *waarskynlik* belangrike rol” en “*psigologies* oneksakte toestande.” In eersgenoemde geval gaan dit nie om die “waarskynlike rol” nie, maar om die rol wat waarskynlik belangrik is, dit wil sê “waarskynlik” moet “belangrik” kwalifiseer – en daarvoor moet die bywoordelike vorm gebruik word, want 'n bywoord kan 'n byvoeglike naamwoord kwalifiseer; 'n ander byvoeglike naamwoord kan dit beslis nie doen nie. Dieselfde geld die toestande wat “psigologies” “oneksak” is, dit wil sê vanuit sielkundige oogpunt is hulle onbepaald, hulle is nie eenvoudig oneksak en boonop psigologies nie.

f **Die verkeerde gebruik van “was” vir die lydende vorm in die verlede tyd**

Hierdie fout kom tot vervelens toe voor, byvoorbeeld: “hulle *was* ondervra” en “die getuienis is dat hulle goed geleer *was*.” Die korrekte vorm is natuurlik “hulle *is* ondervra” en “die getuienis is dat hulle goed geleer *is*.” Baie skrywers weet blykbaar nog steeds nie dat in die lydende vorm “word” op die teenwoordige tyd dui, “is” op die verlede tyd en “was” op die voorverlede tyd (die *plusquamperfectum* – as ons ooit in Afrikaans 'n behoefte aan dié tyd-vorm sou hê).

ADJvR

Meer as ooit tevore moet daarop toegesien word dat ons reg die algemene begrypikheid van sy beginsels vir die leek bly handhaaf en dat ons regs-taal in harmonie met die ongekunstelde eenvoud, die beeldende vermoë en die swuiwere trefkrag van die volkstaal ontwikkel, sodat die leek sy reg ook as sodanig sal herken en erken. Want dit is hulle reg (D Pont 1963 THRHR 17).

Die grondslag van die teruggaweplig ten opsigte van wat reeds gepresteer is waar na kontrakbreuk teruggetree word – 'n kwessie van metode?

CFC van der Walt
BIur et Art LLB LLD
Professor in Privaatreg, PU vir CHO

SUMMARY

The Basis of the Restitutory Duty after Rescission from a Contract after Breach

This article deals with different approaches to the question of the basis of the restitutory duty after rescission (terugtrede) from a contract after breach. It does not concern the setting aside of voidable contracts (where restitution is achieved through *restitutio in integrum*), cancellation by agreement (where restitution follows from the cancellation agreement), or damages whether restitutory or otherwise.

Three approaches to the above question may be discerned: first, that such restitution rests upon a contractual base (e.g. De Vos; *Probert v Baker* 1983 3 SA 229 (D)); secondly, that it finds its cause in unjustified enrichment (e.g. several decisions by the appellate division); thirdly, that it follows naturally upon the juristic act of rescission as such (which is the growing conviction elsewhere).

Searches through the Roman, Roman-Dutch and South African authorities have hitherto failed to yield an unambiguous answer as regards the correct approach. The comparative study of the Anglo-American, German and Dutch treatment of the question also fails to take the matter further. Where, then, might the answer lie?

Once it is established that this trichotomic controversy was one of the bones of contention between the Proculiani and Sabiniani, it becomes clear that the answer to the above question must be sought in a methodological standpoint, viz either the institutional approach (which makes unjustified enrichment the clear choice as the contract ceases with rescission), or the teleological approach (where the main interest is with the ultimate result, more or less regardless of the methods employed – according to which contract may as well be taken to be the appropriate answer to the question, even though the contract has ceased to be).

Finally, it is submitted that a synthesis of the two standpoints is needed. What is suggested is that the legal institution of rescission as a juristic act in its own right, should be made the subject of specific exposition, in order that it can optimally serve its purpose as an instrument of justice between the former parties to a contract.

1 INLEIDING

'n Vraag waarom daar in ons reg uiteenlopende standpunte bestaan, is meestal nie maklik om verhelderend te beantwoord nie. As dit daarby dan 'n kwessie behels waarom enkele toonaangewende skrywers sterk standpunt na die een kant

toe inneem (sommige ander verswyg dit of skryf so vaag en grof veralgemenend daaroor dat dit nie groter duidelikheid bring nie) en ons howe klaarblyklik na die ander kant toe dink, moet dubbel versigtig te werk gegaan word. Wanneer dit dan verder blyk dat 'n regshistoriese en regsvergelykende ondersoek nie noodwendig groter duidelikheid oor die aanvaarbaarste benadering hier te lande bring nie, moet die versigtige navorser hom dalk liever tot 'n ander onderwerp wend. Indien nie, moet die navorser die teenoorstaande stellings so goed hy kan, ontleed en opteken in die daarvoor beskikbare ruimte, om dan tot 'n sintese te probeer kom. Dat die skeidslyn tussen kloekmoedigheid en domastrandheid soms moeilik te bepaal is, is waar. Aan watter kant van daardie lyn hierdie bydrae lê, is vir die lesers hiervan om te oordeel.

2 VRAAGSTELLING

Die vraag waaroor hier een en ander gesê gaan word, handel oor die grondslag vir die teruggaweplig van wat reeds ingevolge 'n kontrak presteer is waar daardie kontrak ontbind word deurdat 'n kontraksparty na kontrakbreuk op terugtrede besluit ooreenkomstig die betrokke reëls met betrekking tot die ontbinding van kontrakte.

Ten einde die vraag duideliker te omlin en om van die argumente wat in talle werke in die onderhawige verband voorkom in perspektief te plaas, moet eers verduidelik word wat nie onder die tersaaklike vraag verstaan moet word nie.

3 DIE VRAAGSTELLING ONDERSKEI VAN ANDER KWESSIES

3 1 Tersydestelling

Dit gaan hier nie oor die grondslag van die regsmiddele wat uit hoofde van die tersydestelling van 'n vernietigbare regshandeling beskikbaar mag wees nie.¹ Die reëls hieroor is taamlik duidelik al blyk dit nie altyd uit alle weergawes daarvan nie.²

Waar 'n kontrak as 'n geldige dog vernietigbare kontrak aangemerkt word,³ bly daardie kontrak uiteraard onaangeraak staan totdat en tensy dit ter syde gestel word ter keuse van die daartoe bevoegde persoon. Tersydestelling bring mee dat die betrokke kontrak *ab initio* verval.⁴ Regtens is dit dan voortaan asof daar nooit so 'n kontrak tot stand gekom het nie.

Die regsmiddel waarmee wat reeds ingevolge so 'n vernietigbare kontrak gepresteer is na tersydestelling teruggevorder word, is die *restitutio in integrum*.⁵

1 Die enigste regshandeling hier van belang is kontrakte, te wete 'n meersydige verbintniskeppende regsfeit waaraan die reg hoofsaaklik die gevolge heg wat die partye daarmee beoog het.

2 Lee and Honoré *The South African Law of Obligations* (1978, red Newman en McQuoid-Mason) onderskei nie tussen tersydestelling met *restitutio in integrum* en terugtrede na kontrakbreuk met teruggawe nie. Kyk bv die plekke aangedui in die register s v *Restitutio en s v Restitutio in integrum*. Ook Coaker en Schutz *Wille and Millin's Mercantile Law of South Africa* (1975 17 de uitg) 86; en Kahn *Contract and Mercantile Law Through the Cases* (1971) 123 nota onderskei nie. Lee and Honoré a w (1950) par 694 nota sê die teruggaweplig na kontrakbreuk berus op *condictio*.

3 Wille and Millin a w 81; Van Jaarsveld (red) *Suid-Afrikaanse Handelsreg* (1978) 38.

4 Bv Christie *The Law of Contract in South Africa* (1981) 520.

5 Kyk gesag vermeld in *Preller v Jordaan* 1956 1 SA 483 (A) 489 492.

Hierdie spesifieke kontraktuele⁶ regsmiddel⁷ vir dergelike gevalle word soms ten onregte nie duidelik genoeg van regsmiddele beskikbaar na terugtrede op grond van kontrakbreuk onderskei nie, soos later sal blyk.

Restitutio in integrum verg dat wat gepresteer is, teruggelewer moet word. Waar dit nie moontlik is nie, kan die vorige stand van sake nie meer herstel word nie en kan in beginsel ook nie tersydestelling verkry word nie.⁸ Erkende uitsonderings hierop bestaan met betrekking tot normale slytasie asook waardevermindering en verlies wat nie met skuld gepaard gegaan het nie, met dien verstande dat die waarde van die prestasie in gepaste gevalle in plaas van die goed self (terug-) gegee kan word.⁹

3 2 Ontbinding deur Ooreenkoms

Die onderhawige vraagstelling raak nie die gevalle waar deur ooreenkoms teruggawe na ontbinding van 'n kontrak moet geskied nie. Dit verdien sekerlik instemming dat in sodanige gevalle gesê kan word dat die teruggaweplig van wat reeds ingevolge so 'n kontrak gepresteer is, ontstaan as 'n *naturale* van die ontbindingsooreenkoms.¹⁰

Daarmee is egter nog geensins bewys dat die teruggaweplig op 'n kontraktuele grondslag berus waar nie deur ooreenkoms ontbind word nie. Hieronder sal aangetoon word dat tekste wat oor die *lex commissoria* handel juis om daardie rede versigtig hanteer moet word.

3 3 Skadevergoeding

Al kan skadevergoeding wat op herstel van die eiser in sy posisie voor kontraksluiting gerig is en *restitutio in integrum* in gepaste gevalle naby ooreenstem,¹¹ is dit belangrik om daarop te let dat dit in die onderhawige vraagstelling ook nie daarvoor handel òf oor skadevergoeding¹² ter aanvulling van òf as surrogaat vir prestasie nie. Verder handel dit nie oor die grondslag vir 'n eis om vervullende skadevergoeding na terugtrede uit 'n kontrak nie.

6 Kan dit, al ken ons dit as 'n kontraktuele regsmiddel, ten diepste op ongegronde verryking berus? Die *condictio ob finitam causam*-gedagte sou in die betrokke patroon pas. Of is dit bloot die toepassing van die algemeen-menslike regverdigheidsoordeel was as die algemene verrykingsgedagte aangedui kan word? *Hall-Thermotank Natal (Pty) Ltd v Hardman* 1968 4 SA 818 (D) 832 bevestig laasgenoemde.

7 De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg* (1971) 144 noem dit net " 'n afsonderlike regsmiddel met 'n eie bestaansreg, en . . . geen verrykingsaksie nie." Uit die verband is dit duidelik dat hy dit as 'n kontraktuele middel sien. De Wet en Yeats *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* (1978 4 de uitg deur De Wet en Van Wyk) 200 vn 132 laat blyk dat tersydestelling en terugtrede onderskei moet word, maar onderskei skynbaar nie tussen *restitutio in integrum* en die teruggaweplig nie (a w 48). Kyk vn 6 hierbo.

8 De Vos t a p; Lee and Honoré a w par 132; *Davidson v Bonafede* 1981 2 SA 501 (K) 509–511; enigsins vaag hieroor is Van Jaarsveld a w 45.

9 De Vos t a p.

10 *ibid* 143 187.

11 *Davidson v Bonafede supra* 514A.

12 Myns insiens is dit suiwerder om nie waar die kontrak in stand gehou en aanvullende of plaasvervangende prestasie geëis word, daardie bedrag as skadevergoeding te tipeer nie. *Anders* De Wet en Yeats a w 200.

Skadevergoeding gerig op herstel verskil ingrypend van teruggawe na terugtrede, byvoorbeeld daarin dat by eersgenoemde kwessies soos die eiser se skadebeperkingsplig, voordeelstoerekening en dergelike meer 'n rol mag speel, wat nie by laasgenoemde die geval is nie.

4 NADERE OMLYNING VAN DIE VERSKILLENDE STANDPUNTE OOR DIE OPLOSSING VAN DIE VRAAGSTELLING

In die lig van die voorgaande is dit duidelik dat veral deeglik onderskei moet word tussen die tersydestelling van 'n vernietigbare kontrak en terugtrede uit 'n kontrak as gevolg van kontrakbreuk. In laasgenoemde geval word die kontrak naamlik nie terugwerkend tot niet gemaak nie, maar eers *ex nunc* (van die oomblik van kansellasië af) terwyl 'n vernietigbare kontrak terugwerkend, dit wil sê *ex tunc* ter syde gestel word. Dat altyd genoegsaam met hierdie grondliggende verskil rekening gehou moet word, sal hierna nog duideliker word.

Oor die feit dat kontrakspartye nadat 'n kontrak deur terugtrede ontbind is oor en weer moet teruggee wat reeds ingevolge die kontrak gepresteer is, word algemeen saamgestem.¹³ Sodanige teruggawe geskied dan uiteraard nie op grond van die *restitutio in integrum* nie.¹⁴ Sommige skrywers sê die teruggaweplig vloei hier voort uit die terugtrede as sodanig.¹⁵ As 'n variasie op hierdie argument word soms gesê dat die teruggaweplig 'n voortvloeiël is van die kontrak wat deur die terugtrede ontbind word.¹⁶ Ander bewaar weer die stilswye oor die grondslag vir die teruggaweplig na terugtrede as gevolg van kontrakbreuk.¹⁷ Intussen het tot die appèlafdeling al meermale die standpunt ingeneem dat die teruggaweplig in sodanige gevalle op ongegronde verryking berus – al is nog nie finaal vir alle gevalle aangedui met watter van die verrykingsaksies dit afgedwing kan word nie.¹⁸

In die onlangse verlede het die Durban en Kus-afdeling in *Probert v Baker*,¹⁹ waar dit oor terugtrede uit 'n kontrak as gevolg van kontrakbreuk gehandel het, met 'n beroep²⁰ op *Johnson v Jainodien*²¹ oor hierdie kwessie standpunt ingeneem. Die hof het daarvan uitgegaan dat die *Johnson*-saak vergelykbaar is en gesag bied vir die standpunt dat teruggawe na kontrakbreuk *ex contractu* geskied. Die hof sê dan dat teruggawe nie verkry word met 'n verrykingsaksie “in the

13 Bv De Wet en Yeats a w 198.

14 Omdat die kontrak deur tersydestelling terugwerkend vernietig word.

15 De Wet en Yeats a w 198; De Vos a w 187; Van Jaarsveld a w 115.

16 De Vos a w 141–142.

17 Bv Kerr *The Principles of the Law of Contract* (1980) 396.

18 Bv in *Cloete v Union Corporation* 1929 TPD 508 521 (*condictio sine causa*); *Lodge v Modern Motors Ltd* 1957 4 SA 103 (SR) 121H (*obiter*); *Combrinck v Maritz* 1952 3 SA 98 (T) 100H (*condictio sine causa* as grondslag in Romeinse reg aangedui. In die feite word n a v Wessels *Law of Contract* (1951) par 2348 gesê dat waar die kontrak deur ooreenkoms beëindig word, die teruggaweplig uit 'n stilswyende beding daarin ontstaan); *Ace Motors v Barnard* 1958 2 SA 534 (T) 537H (*condictio sine causa*); *Standard Finance Corporation v Langeberg Koöperasie* 1967 4 SA 686 (A) 698A–B (die hof wou hier nie kies tussen die *condictio causa data* en die *condictio sine causa* nie, maar verwys na *Pahad v Director of Food Supplies & Distribution* 1949 3 SA 695 (A) 712– wat oor nie-vervulling van 'n opskortende voorwaarde gaan – waar die hof sê dat die *condictio sine causa* wyd genoeg is om die teruggaweplig te dek).

19 1983 3 SA 229 (D).

20 233C.

21 1982 4 SA 509 (K).

old mould" nie – wat dit ook al mag wees – maar eerder met 'n kontraktuele regsmiddel:

"It is probably better to regard it as a distinct and peculiar contractual remedy."

Die beroep wat in die *Probert*-saak op *Johnson v Jainodien* gemaak word, is mis. Laasgenoemde was 'n geval waar tersydestelling van 'n koopkontrak op grond van wanvoorstelling en *restitutio in integrum* teen die verkoper,²² asook skadevergoeding teen die afslaer op grond van wanvoorstelling aan die orde was. Die vraag vir beregting was of die eiser (koper) eers die afslaer moet uitskud alvorens hy teen die verkoper kan optree.²³ Hierop het die Kaapse hof ontken-nend geantwoord.²⁴ Die gevolgtrekking waartoe dit 'n mens dwing, is dus dat in *Probert v Baker* sonder effektiewe staving die standpunt ingeneem is dat die teruggaweplig na terugtrede as gevolg van kontrakbreuk kontraktueel van aard is.

Voorts moet vasgestel word, indien moontlik, waar die waarheid met betrekking tot die grondslag van die teruggaweplig dan lê.

5 DIE REGSHISTORIESE ARGUMENT

De Vos grond sy standpunt dat die teruggaweplig na terugtrede as gevolg van kontrakbreuk op kontrak berus, hoofsaaklik op sy regshistoriese ontleding van die aanwending van die *condictiones* – veral die *condictiones causa data causa non secuta*²⁵ en, in 'n mindere mate, ook *sine causa*.²⁶

5 1 Romeinsregtelike Gegewens wat op 'n Verrykingsgrondslag dui

De Vos²⁷ se weergawe van hierdie gegewens kan hier gebruik word. Hy wys naamlik daarop dat die *condictio causa data causa non secuta* in die Romeinse reg onder andere²⁸ gebruik is om 'n terugvorderingsreg te verleen waar teenprestasie in die geval van sommige van die onbenoemde reële ooreenkomste van daardie tyd uitbly.²⁹

By die reële ooreenkomste het die ooreenkoms eers deur die uitruil van pres-tasies tot stand gekom – daar is dus gepresteer *acquirendi causa* en nie *solvendi causa* soos by die konsensuele ooreenkomste nie.³⁰ Waar een party³¹ reeds gepresteer het en die prestasie van die ander party dan uitbly, het daar dus geen ooreenkoms tot stand gekom nie. Verder skyn dit asof aanvaar is dat die *actio rei vindicatio* nie vir die terugontvangs van die reeds gepresteerde saak in geval van die *do ut* – tipe ooreenkomste aangewend kon word nie. 'n Voor-die-hand-liggende rede hiervoor in die moderne tyd sou seker wees dat eiendomsreg

22 605E-F.

23 603D.

24 606A.

25 De Vos a w 143 e v.

26 *ibid* 187.

27 *ibid* 13-17.

28 Dis ook gebruik in verband met veronderstellings wat blyk onwaar te wees, onsekere toekomstige gebeurtenisse wat nie intree nie (voorwaardes, dus) en lasbepalings wat nie uitgevoer word nie.

29 Die *do ut des*- en *do ut facias*- kontrakte is hier aan die orde.

30 Kyk hieroor bv Thomas *Textbook of Roman Law* (1976) 271.

31 Hy is dan streng gesproke nog nie 'n kontraksparty nie.

oorgaan waar die betrokke saak *animo transferendi domini* gelewer en *animo accipiendi domini* ontvang word.³²

Die aangewese regs middel in sodanige gevalle was dan die *condictio ob causam datorum*. Daarmee is die gelewerde goed met vrugte (min die produksiekoste daarvan) en aanhegtings teruggevorder. Indien die ontvanger skuldloos nie meer in besit van die goed was nie, kon die waarde van die goed, vir sover dit die ontvanger verryk het, van hom verhaal word.

5 2 Romeinsregtelike Gegewens wat op 'n Kontraktuele Grondslag dui

Wat die konsensuele kontrakte betref, is daar reeds in die Romeinsregtelike bronne bewyse daarvoor dat, in 'n gepaste feitestel, in geval van koopkontrakte terugvordering van die koopsom met die *actio empti* kon geskied.³³ Of 'n mens veel hieruit kan aflei met die oog op die kwessie waaroor dit hier gaan, is egter 'n vraag. Die teks handel nie oor die teruggaweplig na ontbinding wat volg op kontraktbreuk nie,³⁴ sodat dit myns insiens riskant sal wees om meer daarvan te sê as dat die *actio empti* soms op terugvordering van die koopsom gerig kon wees.³⁵

'n Verdere teks waarna in hierdie verband verwys word, is D 19 2 19 6.³⁶ Daarin word die siening van Mela³⁷ bevestig dat, waar huurgeld vir 'n jaar vooruit betaal is en die huurhuis na verloop van ses maande instort of afbrand, die huur vir die onverstreke tydperk met die aksie op grond van huur (*ex conducto actionem*) verhaal kan word en nie op grond van onverskuldigheid nie, aangesien die geld met die oog op die huurkontrak betaal is. Ook hier is dit opmerklik dat dit nie handel oor die aard van die teruggaweplig na kontraktbreuk en daaropvolgende terugtrede nie.

'n *Codex*-teks waarna ook verwys word ter staving van die siening dat die teruggaweplig ook in geval van terugtrede na kontraktbreuk op 'n kontraktuele grondslag berus, is C 4 54 6.³⁸ Hierdie teks handel wel oor wat ons kontraktbreuk

32 Kyk hieroor bv Van der Merwe *Sakereg* (1979) 202.

33 D 19 1 29 (Iulianus): "Cui res sub condicione legata erat, is eam imprudens ab herede emit: actione ex empto poterit consequi emptor pretium, quia non ex causa legati rem habet."

34 Dit mag eerder 'n geval wees waar 'n veronderstelling blyk onwaar te wees of van 'n voorwaarde wat nie verweselik word nie. Die saak het volgens die Romeinse reg reeds op grond van die bemaking aan die begunstigde toegeval, sodat hy op sy sakereg telike remedies aangewys sou gewees het as dit nie vir die voorwaarde was nie. Origen kan dit hier naby aan aanvanklike onmoontlikheid van prestasie kom. Die saak behoort reeds aan die koper want dit is immers aan die koper bemaak (afhangende van die aard van die voorwaarde). Die verkoper kan dus van meet af aan nie (weer afhangende van die voorwaarde) die saak lewer nie.

35 Voet 19 1 3 maak spesifiek nie enige breër afleiding as dit uit D 19 1 29 nie.

36 D 19 2 19 6 (Ulpianus): "Si quis, cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses ruerit vel incendio consumpta sit, pensionem residui temporis rectissime Mela scripsit ex conducto actione repetiturum, non quasi in debitum condicturum: non enim per errorem dedit plus, sed ut sibi in causum conditionis proficeret."

37 Mela was 'n taamlik onbekende juris uit die tyd van keiser Augustus (Berger s v Mela).

38 C 4 54 6: "Cum te fundum tuum certae rei contemplatione inter vos habita exiquo pretio in alium transtulisse commemoras, poterit ea res tibi non esse fraudi, quando non impleta promissi fide domini tui ius in suam causam reverti conveniat et ideo aditus competens iudex fundum cuius mentionem facis restitui tibi cum fructibus suis sine ulla ludificatione sua auctoritate perficeret, praecipue cum diversa pars receptis nummis suis nullam passa videri possit iniuriam."

kan noem en sê duidelike dat daar wedersyds teruggegee moet word, maar dit dui geen grondslag daarvoor aan nie. Uit die slotgedeelte daarvan, waar dit oor “iniuria/Unrecht” handel, lyk dit of regverdigheid *inter partes* eintlik as die basis vir die teruggaweplig gesien word. ’n Ander moontlikheid is dat die teks, waarin dit duidelik handel oor verskeie afsprake tussen die partye, eintlik slaan op gevalle waar die partye (vanweë die geringe prys) stilswyend ooreengekom het dat by ontbinding vanweë wanprestasie wedersyds teruggegee sal word. Op hierdie soort ooreenkoms word hieronder verder gelet.

Benewens die bogenoemde tekste word dikwels op tekste met betrekking tot die *lex commissoria* gesteun as gesag vir die stelling dat die teruggaweplig na terugtrede op grond van kontrakbreuk op ’n kontraktuele grondslag berus. Daarvan is *D 18 3 4* en *C 4 54 3* voorbeelde.

In hierdie verband is dit van groot belang om in gedagte te hou dat die sogenaamde *lex commissoria* niks anders as ’n beding in ’n kontrak is ingevolge waarvan in die ooreengekome omstandighede teruggetree sal kan word nie.³⁹ Terugtede is immers ’n abnormale regsmiddel na kontrakbreuk en is gevolglik nie sonder meer beskikbaar nie. Terugtrede kan dus deur ooreenkoms beskikbaar kom vir die party ten gunste van wie dit beding is. Vir sover die teruggaweplig uit die ooreengekome terugtrede ontstaan, kom ook die teruggaweplig in sodanige omstandighede dan uit hoofde van die ooreenkoms (weliswaar ongestreks) tot stand. Vanweë die verband wat daar tussen terugtrede en die teruggaweplig bestaan, word dus dikwels met ’n beroep op gegewens oor die *lex commissoria*-figuur gesê dat nie net so ’n terugtredeingsreg nie, maar ook die teruggaweplig dan op kontrak berus. Hiermee kan nie sonder meer saamgestem word nie.

Al sou die bedoelde redenasie oor die *lex commissoria* egter aanvaar word, kan dit nog geensins die afleiding regverdig dat teruggawe ook in ander gevalle van terugtrede *ex contractu* geskied nie.⁴⁰

5 3 Romeins-Hollandsregtelike Gegewens wat op ’n Verrykingsgrondslag dui

In die Romeins-Hollandse reg was dit (al was alle kontrakte toe reeds konsensueel van aard) volgens De Vos⁴¹ steeds so dat teruggawe na kontrakbreuk van die kontrakte wat in die Romeinse reg *do ut*-kontrakte was, met die *condictio causa data causa non secuta* verkry kon word.

Voet verwys⁴² sonder kommentaar na Mela se reeds aangehaalde siening waarvan ons in *D 19 2 19 6* lees. Voet noem dit egter in dieselfde asem ’n geval waar met die *condictio sine causa generalis* die huurgeld vir die onverstreke gedeelte van die huurtermyn verhaal word.⁴³ De Groot sê met verwysing na hierdie

39 Kaser *Das Römische Privatrecht* (1971, Erster Abschnitt) 561.

40 Dit is waarom De Vos a w 187 se korrekte opmerking dat *Ace Motors v Barnard supra* ’n geval was waar deur ooreenkoms gekanselleer is en dat dit dus geïgnoreer kan word dat die hof daar ’n verrykingsgrondslag vir die teruggaweplig aandui, nie die debat verder voer nie. Die meeste wat gesê kan word, is dat die stelling in *Ace Motors obiter* was.

41 De Vos a w 62; Voet 19 1 21 (n a v C 4 54 6 – kyk hierbo).

42 Voet 12 7 1.

43 Fuller en Eisenberg *Basic Contract Law* (1972) 66 deel mee dat ’n eis vir die terugbetaling van wat in vergelykbare gevalle eintlik op ’n oorbetalings neerkom, in die VSA op ’n kwasi-kontraktuele grondslag berus en nie op kontrak nie.

Digesta-teks⁴⁴ bloot dat huurgeld wat op 'n oorbetaling neerkom, daarvolgens teruggeëis kan word.

5 4 Romeins-Hollandsregtelike Gegewens wat op 'n Kontraktuele Grondslag dui en Suid-Afrikaanse Verwarring daaroor

In die Romeins-Hollandse geskrifte kom daar heelwat tekste voor wat oor die gevolge van terugtrede ingevolge 'n *lex commissoria* handel. Hiervan is Voet 18 3 2 (na aanleiding van *C 4 54 3*⁴⁵ en 18 3 3⁴⁶) voorbeelde. Oor die beperkte waarde van sodanige gegewens vir die onderhawige bespreking is reeds hierbo uitgewei.⁴⁷

Benewens die voorgaande word ook in die Romeins-Hollandse bronne erken dat terugvordering van wat gepresteer is as koopsom soms met 'n kontraksaksie verwesenlik kan word. Hiervan is Voet 19 1 3 'n populêre voorbeeld. Daarin word gesteun op *D 19 1 29*, 'n teks wat reeds hierbo vermeld is en wat klaarblyklik nie oor die regsgevolge van kontraktbreuk handel nie.

De Vos beroep hom⁴⁸ ook op Huber 3 40 21 ter ondersteuning van die standpunt dat die teruggaweplig kontraktueel van aard is. Dié teks handel oor die vraag of die verbintenisse uit alle soorte ooreenkomste deur blote wilsverandering⁴⁹ by een van die partye tot niet kan gaan. Huber deel mee dat die verbintenisse uit ooreenkomste wat al geheel of gedeeltelik voldoen is, asook die wat in die Romeinse reg reël was en die wat op skrif moet wees, nie deur sodanige eensydige wilsverandering tot niet gaan nie. Daarvoor is volgens hom nodig dat die vorige posisie herstel moet word deur wat reeds gedoen is ongedaan te maak. Wat opval is dat Huber nie hier uitdruklik meedeel wat die grondslag vir daardie teruggaweplig is nie, ofschoon wat hy sê vatbaar is vir die uitleg dat die teruggaweplig 'n onderdeel van die ontbindingshandeling is.

'n Aanduiding van hoe versigtig met tekste uit 'n ander tydsgewrig te werk gegaan moet word, blyk uit die bekende reël dat by 'n kontantkoop eiendoms-oorgang teen betaling van die koopsom geskied. Dit beteken dat as die koopsom nie betaal word nie eiendomsreg nie deur lewering van die koopsaak oorgegaan het nie. Terugvordering van die koopsaak geskied dan met die *actio rei vindicatio*.

Waar Maasdorp⁵⁰ meedeel dat daar na kontraktbreuk van 'n koopkontrak vir kansellasië en teruggawe gedagvaar kan word, sê hy dat "die gewone reël" (by koopkontrakte?) is dat iemand wat teruggawe verg self ook moet teruggee. Dit is wel so, maar of dit nou vindikasië is (soos by 'n kontantkoop), of op 'n kontraktuele of op 'n verrykingsgrondslag berus, is daarmee nog nie gesê nie.

44 Grotius 3 19 12

45 Kyk hierbo.

46 Voet verwys hierin na geen gesag nie en noem weliswaar nie die *lex commissoria* nie. As egter in gedagte gehou word dat die hele Voet 18 3 oor die *lex commissoria* handel, kan daar min twyfel bestaan oor wat hy in 18 3 3 bedoel het.

47 Groenewegen se Aantekening op *Gr Inl 3 14 22* pas ook in hierdie patroon. De Groot het dit daar oor 'n geval waar 'n *lex commissoria* was en die kontrak gevolglik deur ooreenkoms verval as gevolg van nie-betaling binne die ooreengekome tyd. De Wet en Yeats a w 198 verwys verder na Groenewegen *De leg Abr ad D 18 3 6*. Die teks bevestig wat De Wet en Yeats sê, maar dit handel weer oor 'n geval waar met 'n *lex commissoria* teruggetree word.

48 De Vos a w 187 vn 3.

49 Hy behandel wat De Groot "handelsbraek" noem.

50 *Hall Maasdorp's Institutes of South African Law* (vol III *The Law of Contracts* 1970) 145.

Ook Weeramantry⁵¹ sê bloot dat iemand wat na kontrakbreuk kanselleer, moet teruggee. Op watter grond sê hy nie, maar Lee & Honoré sê in hulle 1950-uitgawe⁵² dat die teruggaweplig na kontrakbreuk (in die algemeen?) op die *condictio causa data causa non secuta* berus. Dat so 'n teruggaweplig op ongegronde verryking berus, word ook deur Wille⁵³ gesê, maar dan met verwysing na tekste wat oor die *restitutio in integrum* by vernietigbare kontrakte handel.

Dit is sekerlik moontlik om nog heelwat gegewens by hierdie afdeling van die betoog in te sluit.⁵⁴ Hierbo is myns insiens egter genoeg gegee om sekere gevolgtrekkings oor die stand van sake volgens die Romeins-Hollandse reg te kan gee:

(a) Na tersydestelling van vernietigbare kontrakte is met die *restitutio in integrum* teruggawe verkry, welke regsmiddel waarskynlik ten diepste op die algemene verrykingsgedagte berus.

(b) Na terugtrede ingevolge 'n *lex commissoria* of andersins deur ooreenkoms geskied teruggawe onregstreeks *ex contractu*, ofskoon hierdie gevolgtrekking bevestigende moet word.

(c) Na terugtrede uit kontrakte wat in die Romeinse reg van die *do ut*-klas was, geskied teruggawe op grond van die *condictio ob causam datorum*.

(d) Die *actiones empti et venditi* en *locati et conducti* is aangewend in gevalle vir terugvordering van wat reeds gepresteer is. Daar kan egter nie algemeen gesê word dat dit kontrakbreukgevalle was nie.

(e) Die terugtrede as sodanig laat volgens sommiges die teruggaweplig ontstaan.

Dit kom dus daarop neer dat daar steun in die gemeenregtelike bronne te vinde is vir die siening dat die teruggaweplig op ongegronde verryking of op kontrak berus, of dat dit uit terugtrede as sodanig voortspuit.

5 5 De Vos se Slotsom vir die Suid-Afrikaanse Reg

De Vos⁵⁵ wys daarop dat in die Suid-Afrikaanse reg nie meer 'n onderskeid gemaak word tussen kontrakte wat in die Romeinse reg van die *do ut*-klas was en dié wat toe reeds konsensueel was nie. Om hierdie rede, meen hy, is dit geregverdig om te stel dat die teruggaweplig wat na terugtrede uit enige kontrak ontstaan, hier te lande op 'n kontraktuele grondslag berus.

Achterliggend aan De Vos se siening is waarskynlik die volgende gedagtegang: In geval van die *do ut*-kontrakte is in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg kennelik op grond van ongegronde verryking met 'n verrykingsaksie teruggawe

51 *The Law of Contract* (vol II, 1967) par 1013.

52 In 'n nota by par 694 daarvan noem hulle dit die *condictio causa data causa non secuta*.

53 Gibson Wille's *Principles of South African Law* (1970) 33.

54 In *Landau v City Auction-Mart* 1940 AD 284 292–294 word by verwys na Molitor, Glück en Pothier. Wessels a w par 2348 verwys ook na Molitor, Voet 18 5 1, verskeie *Digesta*-tekste en Grotius 3 42 2. Nie al dié werke is tot my beskikking nie, maar die De Grootteks handel duidelik oor ontbinding deur ooreenkoms of samewerking tussen die partye, wat hy "handelsbraek" noem. Net so handel Van der Keessel *Praelect ad Gr* 3 42 2, bd 5 477 oor ontbinding deur ooreenkoms.

55 De Vos a w 141–142.

bewerkstellig. By ander kontrakte was dit nie die geval nie.⁵⁶ Omdat die Suid-Afrikaanse reg nie meer die *do ut*-kontrakte van die Romeinse reg onderskei nie, moet liever deurgaans met 'n kontraktuele teruggaweplig gewerk word.

In die lig van die tweeslagtige patroon wat oor die onderhawige vraagstelling in die gemenerereg aangtrek word, kan myns insiens nie sonder meer met die Vos se begryplike versugting akkoord gegaan word nie. Hy steun vir sy siening op 'n historiese ondersoek, maar die historiese gegewens is net so goed te versoen met die teenoorgestelde sienswyse, naamlik dat die teruggaweplig na kontrakbreuk, waar nie deur ooreenkoms ontbind word nie maar deur terugtrede, op ongegronde verryking berus, of eenvoudig op die terugtrede as sodanig.

6 REGSVERGELYKING

Soos hierbo geblyk het, is daar vir meerdere gedagterigtings met betrekking tot die grondslag van die teruggaweplig steun in ons gemeenregtelike bronne te vind. Vervolgens moet vasgestel word of 'n regsvergelykende kyk na ander regstelsels nie 'n eenduidige antwoord op die vraagstelling moontlik maak nie.

6 1 Anglo-Amerikaanse Reg

Terwyl skrywers soos Cheshire & Fifoot⁵⁷ erken dat teruggawe vereis word vir die tersydestelling van 'n kontrak op grond van wanvoorstelling omdat die kontrak daardeur terugwerkend vernietig word, moet teruggawe na kontrakbreuk volgens hulle om dieselfde rede anders behandel word. Terugtrede kanselleer die kontrak immers nie terugwerkend nie maar *ex nunc*, wat meebring dat wat reeds ingevolge die kontrak gedoen is nie deur die terugtrede geraak word nie.

Die Engelse reg oor die situasie by terugtrede na kontrakbreuk is klaarblyklik nie baie duidelik nie.⁵⁸ Nietemin deel die skrywers⁵⁹ mee dat dit sedert die 18de eeu in die Engelse reg vasstaan dat, waar die onskuldige party na 'n "total failure of consideration" deur sy teenparty verkies om terug te tree, sy terugeis vir wat hy reeds geprester het op kwasie-kontrak berus en nie op kontrak nie, want die kontrak het dan juis verval.⁶⁰

Die feit dat kwasie-kontrak as grondslag vir die teruggaweplig aangemerkt word, beteken allermins dat dit duidelik is of dit op ongegronde verryking of op 'n "kontrak" berus. Die rede vir die onduidelikheid hieroor in die Engelse reg moet in die geskiedkundige ontwikkeling van hulle kontraktereg gesoek word.⁶¹

56 Hierbo het geblyk dat De Vos hierin wel deur sekere tekste gesteun word, maar dat daar net soveel tekste is wat hom nie ondersteun nie. Die gemenerereg was hieroor eenvoudig nie duidelik nie.

57 Cheshire and Fifoot's *Law of Contract* (1976) 584.

58 *Thorpe v Fasey* 1949 Ch 649, 1949 2 All ER 393, waarna Cheshire & Fifoot t a p ook verwys, handel oor wanvoorstellingsake (d w s vernietigbare kontrakte) en verg dat volledige teruggawe moontlik moet wees, skynbaar ook na kontrakbreuk. Kyk ook *Halsbury's Laws of England* (1974, vol 9) par 635-641 677.

59 Cheshire & Fifoot a w 648.

60 Ook so: *Chitty en Contracts* (1968, vol I plus 1975 cumulative supplement) par 1690; Halsbury a w par 666 667. Chitty sê dat dieselfde geld waar in geval van 'n verdeelbare kontrak gedeeltelik presteer is (par 1695) of waar wetgewing oor seker ondeelbare kontrakte dit moontlik maak (par 1693), maar nie in ander gevalle van "partial failure of consideration" waar die ontvanger daarvan tog sodoende bevoordeel is nie. Sô ook *Anson's Law of Contract* (1979) 661-663.

61 Chitty a w par 1670 1671; Halsbury a w par 670 e v.

Die ontwikkeling daarvan vanuit die *writs*, *debt* en *covenant* is hier van belang omdat dit veral die ontoereikendheid van daardie *writs* was wat daartoe gelei het dat 'n verdere deliksaksie van die *common law*, te wete *indebitatus assumpsit*, nader getrek is.⁶² Van hierdie aksie is toe 'n kontrakaksie gemaak deur te werk met 'n gefingeerde onderneming (*promise*) om dit wat onverskuldig ontvang of gehou word, of wat reeds deur die eiser gepresteer is in geval van "total failure of consideration" deur die verweerder,⁶³ terug te betaal.⁶⁴

Uit hierdie teelaarde is toe die *implied contract*-teorie geformuleer om die aanwending van *assumpsit* vir die verwesenliking van die teruggawe te verklaar.⁶⁵ Hierdie teorie is kennelik gekunsteld.⁶⁶ Vandaar dat toenemend stemme opgaan ten gunste van die siening dat kwasie-kontraktuele verbintenisse eintlik op ongegronde verryking berus.⁶⁷ Nietemin bestaan hieroor in die Engelse reg nog nie finale eenstemmigheid nie.⁶⁸

Die geraadpleegde Amerikaanse werke openbaar dat ook dáár nie algehele helderheid oor die grondslag vir die teruggaweplig bestaan nie. Sommiges, soos Simpson, sê uitdruklik dat die teruggaweplig nie kwasie-kontraktueel van aard is nie, waarmee waarskynlik bedoel word dat dit nie op ongegronde verryking berus nie.⁶⁹ Tog staan dit vir diesulkes vas dat van geen teruggaweplig sprake kan wees solank die betrokke kontrak nog bestaan nie.⁷⁰ Verder beroep Simpson hom op gesag wat, luidens sy eie weergawe daarvan, ongetwyfeld die indruk skep dat die teruggaweplig nie op 'n kontrak gebaseer word nie.⁷¹ Miskien werp dit geen refleksie op Simpson se standpunt nie⁷² want dieselfde werk groepeer teruggawe saam met skadevergoeding en daadwerklike vervulling as die normale regsmiddele in geval van kontrakbreuk.⁷³ 'n Ander bron behandel teruggawe weer as *restitutio in integrum* en wel onder die billikheidsremedies na kontrakbreuk.⁷⁴ Ofskoon hierdie bron niks meer oor die grondslag vir die teruggaweplig sê nie, is dit duidelik dat dit daarvolgens nie kontraktueel van aard kan wees nie.

Sonder vrees vir teëspraak kan seker gesê word dat daar geen duidelike beeld van die Amerikaanse reg se standpunt oor die onderhawige kwessie uit die gemelde gegewens blyk nie. Vanweë die onsekerheid wat daar heers, lyk dit asof die teruggaweplig, saam met die ander regsmiddele wat na kontrakbreuk beskikbaar is, eenvoudig om daardie rede as van 'n kontraktuele aard aangemerkt word. Die omvang van daardie teruggaweplig word egter beperk tot dit wat die

62 Chitty a w par 1663; Halsbury a w par 636; Fuller & Eisenberg a w 61 e v.

63 Anson a w 645 661 e v.

64 Anson a w 643 e v; Chitty a w par 1664 1665.

65 Anson a w 8-16; Halsbury a w par 632.

66 Anson a w 648; Chitty a w par 1665 1670 1671.

67 Anson a w 648-649; Chitty a w par 1669; *Attorney-General v Nissan* 1970 AC 179 228.

68 Halsbury a w par 635-641

69 Simpson *Handbook of the Law of Contracts* (1965) par 201.

70 Simpson t a p.

71 Simpson a w par 409 verwysing 23 verwys na die *Restatement (Contracts)*, wat duidelik hieroor is.

72 Volgens Fuller & Eisenberg a w 60, wat aanhaal uit die *Restatement (Contracts)* par 326, Die *Restatement (Contracts)* is tans nie eerstehands tot my beskikking nie.

73 Só doen ook Simpson a w par 201 en Story *A Treatise on the Law of Contracts not under Seal* (1851) par 844a.

74 Fridman *The Law of Contract in Canada* (1976) 619 e v.

eiser geprester het.⁷⁵ Terloops kan daarop gewys word dat die vaste inhoud wat sodoende aan die teruggaweplig gegee word goed met die saakvervolgende werking van 'n verrykingsaksie versoenbaar is.

Samevattend kan dus oor die Anglo-Amerikaanse reg gesê word dat dit onseker is of die teruggaweplig na terugtrede as gevolg van kontrakbreuk op 'n kontraktuele of verrykingsgrondslag of op terugtrede as sodanig berus.⁷⁶

6 2 Duitse Reg

Volgens die huidige stand van die Duitse reg oor die onderhawige vraagstelling verval 'n kontrak met terugtrede waar daardie regsmiddel na kontrakbreuk verkies word. In die plek van die kontraktuele verbintenis tree daar dan 'n *ex lege*-teruggaweplig ingevolge artikel 346 *BGB* in.⁷⁷

Daar word algemeen aanvaar dat die bogenoemde statutêre reëling met betrekking tot terugtrede grootliks ooreenstem met die normale reëls van die verrykingsreg. Verder is dit gemeensaak dat hierdie reëling aan die eiser 'n beter regsmiddel gee as wat hy ingevolge die verrykingsreg sou gehad het as dit nie vir artikels 346–361 *BGB* was nie.^{78 79} Volgens die heersende standpunt kan 'n verrykingsaanspraak ingevolge artikel 812(1)(2) *BGB* in konkurrensie met artikel 346 *BGB* aangewend word.⁸⁰

Teenoor die heersende siening hierbo weergegee, staan die benadering dat artikels 346–361 *BGB* 'n eiesoortige kontraktuele regsmiddel geskep het en dat daar nie van konkurrensie tussen die remedie en verrykingsaansprake ingevolge artikels 812 en volgende sprake kan wees nie. Dié benadering word deur 'n toenemende aantal regsgeleerdes gevolg.⁸¹ Hulle uitgangspunt is dat 'n kontrak by terugtrede nie geheel en al ontbind word nie, maar dat die kontraktuele verhouding bloot omgeskep word tot 'n verhouding gerig op beëindiging van die kontrak (*Abwicklungsverhältnis*). Laasgenoemde verhouding is dan geen verrykingsregtelike verhouding nie, maar die oorspronklike kontrakverhouding soos dit deur tussenkoms van die regshandeling “terugtrede” verander is.

75 Fuller & Eisenberg a w 60; Simpson a w par 201 en *Restatement (Contracts)* par 437.

76 Wat skynbaar oral aanvaar word, is dat sekere reeds ontstane regte nie verval by terugtrede nie (“Both parties are discharged from the further performance of the contract, but rights are not divested or discharged which have already been unconditionally acquired. Rights and obligations which arise from the partial execution of the contract and causes of action which accrue from its breach alike continue unaffected” Cheshire & Fifoot a w 584).

77 Dieselfde gebeur waar oa 327 sin 1 467 (459) 325 en 326 *BGB* aanwending vind.

78 Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch* (1975) 367; Fikentscher *Schuldrecht* (1971) 243–244; Behrends “Institutionelles und prinzipielles Denken in römischen Privatrecht” 1978 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)* Weimar Böhlau 187 202.

79 Een opsig waarin die statutêre reëling verbeter op wat ingevolge die verrykingsreg gewoonlik bestaan, is dat 347 *BGB* bepaal dat rente op geld wat ontvang is ook betaal moet word en wel van die ontvangs daarvan af – kyk De Vos a w 15 hieroor.

80 Palandt a w 367.

81 Palandt a w 367 verwys hieroor na Stoll, Wolf, Larenz, Esser, Staudinger-Kaduk en Wunner. By hierdie lys kan ook gevoeg word Ermann *Handkommentar zum BGB* (1981, I Band) Vorbemerkung ad par 346 *BGB* Randzahl 5. Anders meen steeds Von Tuhr-Peter *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts* (1979, bd I) 520. Kyk veral Leser *Der Rücktritt vom Vertrag* (1975) 157 e v 292 (1).

Die pasgestelde benadering bied die moontlikheid om te verklaar waarom sekere regte na kontrakbreuk en terugtrede bly bestaan. Daarvolgens bly, benevens die aansprake op grond van *culpa in contrahendo*, ook dié wat uit kontrakbreuk voortvloei na terugtrede steeds bestaan, behalwe vir sover sodanige regsmeddele op die eiser se vervullingsbelang gerig mag wees.⁸² Verdere stawing vir die siening dat terugtrede nie die kontrak heeltemal of terugwerkend⁸³ tot niet maak nie, lê daarin dat sekerheidstelling nie opgehef word deur die terugtrede uit 'n kontrak waaruit die hoofskuld voortvloei nie.⁸⁴

Al wat dus deur die terugtrede beëindig word, is die sogenaamde primêre prestasieverpligtinge – en dit *ex nunc* – terwyl reeds gevestigde skadevergoedingsaansprake op grond van die kontrakbreuk bly bestaan.⁸⁵ Maar aangesien die bedoeling van die onskuldige party met sy terugtrede meestal ook daarop gerig is om wat reeds presteer is, terug te kry (en dit presies is wat artikels 346 en 349 *BGB* hom bied), geskied daardie teruggawe nie deur regswerking onafhanklik van sy bedoeling nie. Die teruggawe tree dan juis in ooreenstemming met die terugtreder se bedoeling en as 'n gevolge van sy terugtrede in.⁸⁶

Samevattend oor die Duitse reg kan dus gesê word dat, ofskoon die heersende siening steeds is dat terugtrede terugwerkende effek het en die teruggaweplig op verrykingsbeginsels berus, die teenoorgestelde benadering tot nuwe insigte mag lei. Gesien die moontlikhede wat die “nuwer” benadering skep om te verklaar waarom sekere regte en aansprake bly bestaan na terugtrede uit die kontrak waaruit dit ontstaan het of waarvan dit afhanklik is, kan myns insiens verwag word dat dit aldaar steeds meer veld sal wen.⁸⁷

6 3 Nederlandse Reg

Die *Nederlandse Burgerlijk Wetboek* artikel 1301 lui:

“Eene ontbindende voorwaarde is de zoodanige welke, na hare vervulling, de verbindtenis doet ophouden, en de zaken weder tot den vorigen stand doet terug keeren, even als of er geene verbindtenis bestaan had.

Deze voorwaarde schort de nakoming der verbindtenis niet op; alleenlijk verplicht zij den schuldeischer om hetgeen hij ontvangen heeft terug te geven, in geval de bij de voorwaarde bedoelde gebeurtenis stand grijpt.”

Vir die onderhawige bespreking is hierdie bepaling van belang omdat artikel 1302 (1) *BW* lui:

“De ontbindende voorwaarde wordt altijd vooronderstelt in wederkeerige overeenkomsten⁸⁸ plaats te grijpen, in geval eene der partijen aan hare verplichting niet voldoet.”

82 Palandt a w 367 *Einführung* 1(b).

83 Von Tuhr-Peter a w II 155 sê steeds dat terugtrede die kontrak terugwerkend (*ex tunc*) ophef, terwyl tersydestelling of opsegging dit *ex nunc* doen. Teruggawe na terugtrede geskied dus volgens Von Tuhr-Peter met 'n *condictio* (a w I 520).

84 Palandt a w 367 (1) (b); Ermann a w ad par 346 *BGB* Rdz 5.

85 Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts* (1979, I Band) par 26(a).

86 Larenz t a p.

87 Die kerngedagte van die nuwer denkkrigting, wat veral deur Stoll ingelui is, is dat terugtrede nie die voortbestaan van die kontrak raak nie, maar slegs die inhoud daarvan. Die primêre prestasieverpligtinge word wel uitgewis, maar tegelykertyd ontstaan daar binne dieselfde, steeds voortwerkende verbintenisregtelike organisme nuwe teruggawepligte: “Der Vertrag bildet daher auch die Grundlage der neugestalteten Rechtsbeziehungen” – Leser a w 160.

88 Kyk hieroor Hofmann-Abas *Het Nederlands Verbintennisrecht – De Algemene Leer van de Verbintennis* (deel I tweede gedeelte 1977) 22–23 301–329; asook 6 5 4 1 *Nieuw BW*.

Die oorsprong en grondslag van artikel 1302 *BW* is omstrede.⁸⁹ Wat vasstaan, is dat dit uit artikel 1184 *Code Civil* oorgeneem is, wat weer op 'n oud-Franse praktyksreël gebaseer was. Oor die grondslag van daardie praktyksreël loop die menings egter uiteen.

'n Populêre argument hieroor is dat die reël na analogie van die *lex commissoria* van die Romeinse reg ontstaan het. Daar is egter soveel verskilpunte tussen die *lex commissoria* en artikel 1302 *BW* se remedie dat toenemend aanvaar word dat laasgenoemde nie uitsluitlik uit daardie bron gevoed kon gewees het nie.

'n Ander standpunt is dat artikel 1302 *BW* 'n toepassing van die *conditio ob causam datorum* is.

Nog 'n siening is dat die grondslag vir die teruggaweplig ingevolge artikel 1302 *BW* in die Kanonieke reg geleë is. Hierdie mening kry huidig al hoe meer navolgers.

Sonder om een sienswyse hieroor as die alleen aanvaarbare uit te sonder, stel Asser-Rutten myns insiens 'n aanneemlike standpunt as hy sê dat die onderhawige regsfiguur waarskynlik uit 'n samevloeiing van verskillende bronne ontstaan het. Al daardie bronne het egter een ding gemeen, en dit is dat die teruggaweplig ten diepste op 'n billikheidsoortuiging berus:

“Het zou in strijd zijn met de gerechtigheid en met die normen der moraal, indien de ene partij de haar toegezegde prestatie verkrijgt of behoudt, zonder harerzijds te presteren wat zij in ruil daarvoor had toegezegd.”⁹⁰

Hofmann-Abas⁹¹ is een van diegene wat sê die grondslag van die statutêre reëling slegs ongegronde verryking kan wees omdat artikel 1301 *BW* inhou dat die posisie herstel moet word asof daar van meet af geen verbintenis bestaan het nie. Desnieteenstaande wys Hofmann-Abas⁹² daarop dat die gevolglike terugwerkendheid van artikel 1302 *BW* nie bevredig nie in geval van ooreenkomste waar met tussenposes gepresteer moet word, afbetalingstransaksies of sambreel-ooreenkomste ingevolge waarvan binne 'n bepaalde tydperk 'n aantal koopkontrakte gesluit kan word. Die terugwerkendheidsreël sou verg dat terugtrede ook alle reeds gemaakte betalings, ander prestasies of kontrakte wat al gesluit is, sal raak.

Daarteenoor verg die eise van die regsverkeer dat ontbinding van 'n kontrak as gevolg van kontrakbreuk nie sodanige handeling wat reeds voltooi is, sal raak nie. Hierdie teenstrydige argumente kenmerk die hoek waarin 'n mens ligtelik met betrekking tot die onderhawige vraagstelling kan beland indien alle fasette van die hele kwessie in gedagte gehou word.

Die feit dat in artikel 1302 *BW* met 'n gefingeerde ontbindende voorwaarde gewerk word, is uiteraard onhoudbaar. Nietemin is by wederkerige ooreenkomste die partye se wil dermate gerig op die prestasie wat elkeen in ruil vir sy eie prestasie van sy teenparty gaan bekom, dat dit dalk sin het om selfs te praat van die stilswyende bedoeling van elke party om slegs aan die kontrak gebonde te wees vir sover die ander party aan sy prestasieverpligtinge voldoen. Waar

89 Asser-Rutten *Asser's Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht-Verbintennisrecht, Algemene leer der overeenkomsten* (1979) 307-309.

90 Asser-Rutten t a p.

91 a w 316.

92 a w 318; kyk ook Von Tuhr-Peter II 160 vn 128 167 vn 52.

laasgenoemde uitbly, is teruggawe van wat reeds geprester is dan in ooreenstemming met daardie bedoeling.

Artikel 6 5 4 14 *Nieuw-BW* lui:

“Een ontbinding bevrijdt de partijen van de daardoor getroffen verbintenissen. Voor zover deze verbintenissen reeds zijn uitgevoerd, zijn de partijen verplicht de reeds verrichte prestaties ongedaan te maken.”

Die tweede sin van hierdie artikel, so word dan verduidelik, moet geles word as sou daar staan:

“Voor zover deze reeds zijn nagekomen, blijft de rechtsgrond voor deze nakoming in stand, maar ontstaat voor partijen een verbintenis tot ongedaanmaking van de reeds door het ontvangen prestaties.”

Met artikel 6 5 4 14 *Nieuw-BW* word in die plek van die voorwaardekonstruksie van artikel 1302 *BW* 'n aanvaarbaarder reëling gestel.⁹³ Dit reël baie duidelik dat met terugtrede die verdere prestasieverpligtinge van albei partye beëindig word en dat teruggaweverpligtinge intree ten opsigte van wat reeds geprester is. Verder word die terugwerkendheid daarin heeltemal uitgesluit, wat uiteraard meebring dat die verrykingsargument met betrekking tot die grondslag van die teruggaweplig verval, want die regsgrond vir reeds gedane prestaties bly daarvolgens bestaan.

'n Probleem wat hierbo in die bespreking van die Engelse reg na vore gekom het, was die met betrekking tot gevalle waar net 'n “partial failure of consideration” was. Die onderhawige artikel beoog om in Nederland ook gedeeltelike ontbinding van 'n kontrak moontlik te maak.

Deur die terugwerkendheid van terugtrede te skrap, word dit moontlik om op 'n aanvaarbare wyse te verduidelik waarom sekere bedinge ondanks ontbinding van die betrokke kontrak deur terugtrede tog van krag bly.⁹⁴ Sodanige bedinge en verpligtinge is byvoorbeeld strafbedinge; skikkingsbedinge; die versorgingsplig ten opsigte van 'n huursaak tot tyd en wyl dit weer tot beskikking van die verhuurder gestel is; en die ontruimingspligte van 'n huurder na ontbinding van die huurkontrak. Verder kry die skuldenaar geleentheid om sy versuim aan te suiwer- iets wat hy nie so vanselfsprekend het solank ontbinding meteen terugwerkend die kontrak beëindig nie. 'n Interessante punt in verband met artikel 1302 *BW* is dat dit saaklike werking het. By ontbinding val wat 'n party al geprester het, sakeregteelik weer aan hom toe en kan hy deur middel van 'n hofbevel sy goed weer terugkry. Artikel 6 5 4 14 *Nieuw-BW* het van hierdie saaklike werking van terugtrede afgesien.

Ten slotte kan daarop gewys word dat artikel 6 5 4 14 *Nieuw-BW* beoog dat die sake wat geprester is of die waarde daarvan sover moontlik teruggegee moet word. In gepaste gevalle kan ook 'n sekondêre verbintenis tot skadevergoeding ontstaan.

93 Hofmann-Abas a w 342. Sien verder oor die oogmerke van die artikel die toeligting tot a 6 5 4 14 *Nieuw BW*.

94 Dat terugtrede ook in die Suid-Afrikaanse reg sekere gevolge van die kontrak nie raak nie, staan was – kyk by Wessels a w par 2348 vn 9. Nêrens is egter na my wete nog gepoog om 'n volledige lys van sodanige regte op te stel nie. Dit kan ook nie in hierdie artikel onderneem word nie.

Samevattend kan van die posisie in die Nederlandse reg gesê word dat die ontwikkeling wegbeweeg van die beskouing dat die teruggaweplig op verryingsregtelike oorwegings gebaseer kan word. Dit beteken egter nie noodwendig dat die teruggaweplig *ex contractu* ontstaan nie. Veel eerder lyk dit of die kontere van 'n realistieser siening van terugtrede as verbintenisvernietigende en -skeppende regshandeling langamerhand aan die lig begin kom.

Die voorgaande regsvergelikende ekskursus het, ten spyte van prikkelende en selfs rigtinggewende momente daarin, oor die onderhawige vraagstelling geen verlossende woord gebring nie. Met reg kan gevra word of die sleutel tot die hele kwessie nie dalk lê in die wyse waarop dit deur die verskillende pro- en antagonistiese benader word nie.

7 SLOTSOM: 'N METODOLOGIES PROBLEEM

In die woorde van Hans Leser kan gesê word:

“Fragt man nach dem heutigen Stand der Lehre und Praxis für die Rückabwicklungsansprüche, ihre Grundlage und Bemessung, dann werden selbst bescheidene Anforderungen an Klarheit und Übersichtlichkeit kaum erfüllt. Man ist sich im Gegenteil eher einig, dass weithin Unsicherheit herrscht, und dies nicht erst seit heute.”⁹⁵

Ook Behrends⁹⁶ wys met nadruk daarop dat sedert die Romeinse reg die teenstelling tussen die sogenaamde institusionele en prinsipiële benaderings tot privaatregtelike kwessies bestaan. Omdat hierdie geskil vir die onderhawige vraagstelling van belang mag wees, moet dieper daarop ingegaan word.

7 1 Die Onderhawige Vraagstelling en die Verskil in Benadering Tussen die Proculiani en die Sabiniani

Die institusionele en prinsipiële benaderingswyses word van oudsher met die verskil in benadering tussen die Proculiani en die Sabiniani onderskeidelik ver-eenselwig.⁹⁷ Aangesien die vraagstelling wat die onderwerp van hierdie werkstuk uitmaak juis een is wat 'n geskilpunt tussen dié twee groepe juriste gevorm het, is hulle benaderingswyses hier van belang. Die feit dat wat die institusionele en prinsipiële benaderings genoem word waarskynlik ook in die uiteenlopende standpunte oor die vraagstelling in die Suid-Afrikaanse reg aan te wys is, maak dit sinvol om kortliks aan te dui wat die twee groepe was en hoe hulle in hulle benadering tot probleme onderling verskil het. Daaruit kan dan 'n aanduiding kom van die geskikste wyse om te ontkom aan die huidige pat-toestand met betrekking tot die grondslag van die teruggaweplig na terugtrede as gevolg van kontrakbreuk by ontstentenis van 'n ooreenkoms daarvoor.⁹⁸

Die twee skole,⁹⁹ soos die twee groepe later genoem is, het reeds hulle grondlegging gevind in keiser Augustus se tyd. In daardie dae het Marcus Antistius Labeo¹⁰⁰ die leidende rol gespeel in die groep wat later die Proculiani genoem

95 Leser a w 150-151.

96 T a p.

97 Waar nie anders gemeld word nie, kom gegewens oor hierdie groepe juriste uit Berger *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (1953).

98 Behrends a w 199 200; Stein “The Two Schools of Jurists in the Early Roman Principate” 1972 *Cambridge Law Journal* 8 19 21 30-31.

99 Stein a w 8: *Scholae*, soos Gaius, Venuleius en Justinianus hulle noem.

100 Hy was glo 'n progressief denkende, oorspronklike werker wat heelwat vernuwingswerk verrig het en in die proses 400 boeke geskryf het.

is,¹⁰¹ en het Capito¹⁰² teenoor hom gestaan as die leier van wat later die Sabiniani¹⁰³ of Cassiani¹⁰⁴ sou heet. Albei hierdie skole het juriste van formaat opgelewer.¹⁰⁵ Die bestaan van twee inrigtings vir regsopleiding wat die ontwikkeling van die twee skole van juriste kon bevorder, is nog nie bewys nie.¹⁰⁶ Hulle het oor 'n groot aantal kwessies met mekaar verskil en hulle verskille het dermate 'n patroon gevorm dat daar tans van 'n institusionele en 'n prinsipiële benadering gepraat word.

'n Definitiewe ander sluitsteen as die metodologiese vir die talle verskille tussen die twee skole, wat miskien op die terrein van die politiek, filosofie of ekonomie lê, kon nog nooit met stelligheid aangevoer word nie. So het pogings om die grondverskil tussen hulle daarin te soek dat die Proculiani suiwerder Latyns was as die Sabiniani, wat dan Italianers van buite die Latynse gebied sou gewees het, 'n verklaring wat 'n sosio-politieke dimensie aan hulle verskille sou gee, nog nie geslaag nie.¹⁰⁷ 'n Ander poging, naamlik om aan te toon dat die Proculiani ten diepste van die *ius* (as wêreldlike reg) uitgegaan het, terwyl die Sabiniani hulle vertrekpunt in die *fas* (as reg voor die gode) gevind het, kon ook nog nie oortuig nie.¹⁰⁸ Om die onderskeid tussen die twee skole nóg moeiliker te maak, het die vooraanstaande Sabiniaan Gaius byvoorbeeld sy *Institute* in 'n suiwer Proculiaanse (dit wil sê institusionele) styl geskryf.¹⁰⁹

Vandag word toenemende aanvaar dat dit eintlik nie moontlik is om op grond van uiteenlopende wysgerige vertrekpunte tussen die skole te onderskei nie en word selfs al gesê dat dit eerder op botsende persoonlikhede as op iets anders neergekom het.¹¹⁰ Dit lei tot die enigszins moedelose gevolgtrekking dat daar geen beginselverskil tussen die twee skole aan te dui is nie. Stein noem so 'n slotsom myns insiens tereg 'n verleentheidsoplossing.¹¹¹

Hierbo¹¹² is reeds daarop gewys dat Labeo 'n vernuwingsdrif besit het terwyl Capito meer tradisionalisties gestem was. Hulle persoonlike invloed het uiteraard later vervaag en daar het waarskynlik twee breë benaderingswyses tot regskwessies uitgegroeï lank nadat eintlik nie meer van twee skole gepraat kon word nie.¹¹³ Hierdie twee benaderingswyses kan veral in die wyses van aanpak en die tegnieke vir die oplossing van regsprobleme wat deur die twee groepe aangewend

101 N a v Proculus, 'n gesiene juris en regsdosent van die middel van die le eeu n C. Hy is eerder bekend vanweë ander se verwysings na sy standpunte as uit sy eie geskifte. Slegs sy hoogaangeprese *Epistulae* is belis deur hom geskrywe.

102 Capito was bekend as 'n tradisionalis, wat aan die oer, oorgelewerde leerstukke vasgehou het. Hy het bv 'n verhandeling oor die priesterlike reg geskryf.

103 N a v Massurius Sabinus, 'n beroemde juris van die le eeu n C. Hy was die outeur van 'n uitgebreide, sistematiese verhandeling oor die *ius civile*, waarop nog tot in die 3de eeu kommentare *ad Sabinum* geskryf is.

104 N a v Gaius Cassius Longinus, wat Sabinus se opvolger as leier van die Sabiniani was.

105 Bekende Proculiani was: Pegasus, P Iuventius Celsus Minor en Priscus Neratius. Bekende Sabiniani was: Gaius, Salvius Julianus en Sextus Caecilius Africanus.

106 Atkinson "The Education of the Lawyer in Ancient Rome" 1970 *SALJ* 31 43-52.

107 Kaser a w 21 vn 8.

108 Kaser a w 29 vn 41.

109 Berger a w 193 12.

110 Kyk Stein a w 8-9.

111 Stein a w 9.

112 In vn 95 en 97 respektiewelik.

113 Stein a w 9.

is, bespeur word. Dit is hierdie twee benaderingswyses wat as die institusioneel en prinsipiël metodologiese uitgangspunte getipeer word.

In hierdie bespreking is dit nie nodig om volledig op die metodologiese verskille tussen die twee denkrigtings in te gaan nie.¹¹⁴ In verband met die onderhawige vraagstelling is dit duidelik dat volgens albei benaderingswyses *nie* toegelaat kan word dat daar nie wedersydse teruggawe van wat reeds presteer is, plaasvind waar uit die kontrak teruggetree word *nie*. Aanhangers van die institusionele benadering sou egter meer as hulle teenstanders besorg wees oor die behoud van die skeidslyne wat tussen die erkende aksies bestaan het. Daarom sou hulle nie daaraan dink om 'n kontrakaksie te verleen waar daar geen kontrak meer bestaan nie. Eers indien dit dan sou blyk dat die betrokke kwessie nie met een van die geïkte middele opgelos kan word nie, sou hulle bereid wees om op 'n analoë wyse 'n aangepaste aksie toe te staan. Sodoende sou hulle dan tog nuwe oplossingsmoontlikhede geskep het, maar sou hulle nie die geïkte, rasionele struktuur van die reg versteur het nie.¹¹⁵ Daarteenoor het die Sabiniani afwysend gestaan teenoor dogmatiese, rasonale argumente en was hulle meer besorg oor 'n aanvaarbare uitslag as oor die weg waarlangs dit bewerkstellig is.¹¹⁶ Laasgenoemde is dan ook die rede waarom hierdie benadering 'n "prinsipiële" benadering genoem word. Waar dit duidelik is dat regshulp in beginsel (ter wille van die *bona fides*) toegestaan behoort te word, maak dit vir hulle nie soveel saak hóé dit gedoen word nie.¹¹⁷

7 2 Institusionele versus Prinsipiële Metodologie in die Suid-Afrikaanse Reg oor die Grondslag van Teruggawe na Terugtrede uit 'n kontrak

Vir sover aanvaar word dat 'n vernietigbare kontrak terugwerkend tot nie gaan deur tersydestelling, veg 'n institusionele benadering dat enige teruggaweplig op 'n verrykingsaksie berus.

Omdat daar na tersydestelling *ab initio* geen kontrak sou wees nie, kan die grondslag van *restitutio in integrum* volgens dié benadering net in die reg insake ongegronde verryking gesoek word.

Alvorens uitgemaak is of terugtrede enigsins terugwerkende krag het of nie, kan nie sinvol verder hieroor gepraat word nie. Word die kontrak deur terugtrede

114 Die Proculiani sou (n a v Labeo) 'n regsprobleem benader deur eers te vra of daar 'n *lex* is wat toepassing vind; dit sou slaan op enige vaste regsvoorskrif – wat net uitgelê moet word. Waar so 'n bron ontbreek, word na *natura* (die feitlike gesteldheid bv van laerliggende grond), of *vetustas* (wat die krag van *lex* het) gevra. Waar onsekerheid was, moes regsekerheid nagestreef word, maar andersins was Labeo bereid om die *ratio* van 'n reël te volg eerder as die letter daarvan. Labeo was in die uitlegkunde 'n analogis wat regsfigure noukeurig gedefinieer en suiwer van mekaar onderskei het, omdat hy as analogis geglo het dat die inherente orde van dinge (taal, maak ook regsfigure) volgens samehangende, rasonale beginsels bestaan. Veral die aanwendingsgebied van kontrakaksies wou hulle nie los van die onderliggende beginsels uitgebrei sien nie. Die Sabiniani het aan die tradisionele metodes van regsfinding gebonde gebly, en was dus hoofsaaklik op *vetustas* en *auctoritas* (klassieke skrywers se menings) aangewese. Hulle het maklik die koopaksie toegestaan al was daar geen koopkontrak meer nie, of 'n koopaksie met 'n deliktuele inhoud as die litigante maar net gehelp kon word. Hulle sou nie dieper in 'n dispuut delf as wat daarvoor nodig is nie en was ook oor die stel van 'n presedent onbesorg. (Inligting uit Stein a w en Behrends a w 198 e v).

115 Stein a w 30–31.

116 *idem* 31.

117 Behrends a w 188 216–217.

ab initio ontbind, kan, institusioneel benader, die teruggaweplig nie op kontrak nie maar net op ongegronde verrykning berus. Word die kontrak eers *ex nunc* deur terugtrede opgehef, moet 'n verklaring gesoek word vir die teruggaweplig ten opsigte van wat gepresteer is voordat daar teruggetree is. Die kontrak is weliswaar nie *ex tunc* opgehef nie, maar daar is myns insiens geen grond vir die siening dat die teruggaweplig op kontrak berus nie.¹¹⁸

Van albei die gemelde metodologiese benaderings moet na my mening hier gebruik gemaak word. Dit is met ander woorde nie 'n geval van òf/òf nie maar van èn/èn. Die institusionele metode is diep ingebed in ons reg¹¹⁹ en moet die uitgangspunt bly, maar die resultaat daarvan en die mate waartoe dit aan die regverdigheidstrewes beantwoord, moet as belangrikste rigting- en momentumgewende beginsel erken en gebruik word. Die verskillende regsinstansies is immers nie gegewenes as sodanig nie, maar is middele tot 'n doel.

'n Sintese tussen die bydraes wat uit sowel die institusionele as die prinsipiële metodologiese hoeke tot 'n bevredigende oplossing vir die onderhawige vraagstelling kan voortkom, is dus die aangewese weg. Indien dit gedoen word, kan die bevrugtende argumente uit albei oorde – elkeen met sy kenmerkende aksentplasings – oorweeg word. Sodoende kan dan aan 'n verantwoordende definisie van terugtrede as regshandeling gewerk word. Terugtrede is self geen kontrak nie en berus ook nie op wilsooreenstemming nie. Al kan dit wel deur ooreenkoms as 'n remedie beskikbaar kom, word dit nie daardeur noodwendig in wese kontraktueel nie.

Terugtrede as regsinstansie in die Suid-Afrikaanse reg sal dus duidelik omlin moet word, en wel met betrekking tot die volgende aspekte: die vereistes daarvoor; die gevolge daarvan vir die primêre kontraktuele verbintnisse; die gevolge daarvan vir sekondêre verbintnisse; die omvang van teruggawepligte; die verskille tussen terugtrede en sekere ander regsfigure; die funksionaliteit van terugtrede as regsmiddel na kontrakbreuk; verjaring van die teruggaweplig; en skadevergoeding benewens teruggawe.

Dit is dus myns insiens, streng institusioneel gesproke, korrek dat indien terugtrede se veronderstelde gevolge intree, daar na ontbinding van 'n kontrak nie sonder meer op kontraktuele grondslag vir teruggawe ageer kan word nie. Terugtrede as regsfeit laat wel onder meer sekere teruggawepligte ontstaan. Ten einde met hierdie regsfiguur sy doel optimaal te kan bereik en so die regverdigheidstrewes te bevredig, sonder om kortpaaie te neem wat die verbintnisreg ernstig in sy sistematiese opbou kan tref, is verdere navorsing in daardie rigting egter dringend noodsaaklik.

Na dit alles pas dit dalk om saam met Boehmer¹²⁰ te sê:

“Ich kann die Feder nicht ohne ein Gefühl peinlicher Beklommenheit aus der Hand legen . . . Was hat sich schon in der bisherigen Diskussion an Streitfragen und zweifelhaften Auslegungen herausgestellt, mit denen gelehrte Leute sich gegenseitig bombardieren.”

118 Om 'n argument van De Wet en Yeats a w 205 te gebruik: Kontrakte word gesluit met die oog op nakoming daarvan en nie met die oog op ontbinding weens nie-nakoming nie.

119 So ook het dit die botoon gevoer in die Romeinse reg en alles wat daarna gekom het – Behrends a w 191 e v; Stein a w 30.

120 Soos weergegee deur Leser a w 151.

Accident compensation: New Zealand shows the way*

DB Hutchison

B Com LLB Ph D

Professor of Roman-Dutch and Private Law in the University of Cape Town

OPSOMMING

Skadeversekering: Nieu-Seeland Dui die Weg Aan

Die wêreldwye neiging in die rigting van 'n skadevergoedingstelsel wat nie op die skuldbeginself gebaseer is nie, het reeds in Nieu-Seeland ver gevorder, waar 'n stelsel van omvattende skuldlose vergoeding (ingevolge waarvan die deliktereg moes wyk voor verpligte sosiale versekering) nou reeds vir meer as 'n dekade suksesvol funksioneer.

Hierdie skema waarborg vergoeding aan alle persone in Nieu-Seeland wat beserings opdoen as gevolg van 'n ongeluk ongeag die skuld van enige party.

Wat 'n mens veral opval, is die feit dat hierdie skema, niteenstaande die ruimskootse vergoeding wat beseerdes ontvang en die geweldige aantal persone wat vir vergoeding in aanmerking kan kom, byna dieselfde totale koste as die deliktereg-regime beloop.

Na oorweging van talle nadelige implikasies van ons huidige stelsel soos dit in die praktyk funksioneer, met die steun van versekering, word die belangrikste kenmerke van die skema in Nieu-Seeland kortliks geskets en word aandag geskenk aan die werkbaarheid van 'n soortgelyke stelsel in Suid-Afrika.

1 INTRODUCTION

Every year a horrifying number of South Africans from all walks of life are injured or killed in accidents that occur not only on our roads, and in our mines and factories, but also in our homes and offices, at our schools and on our sportsfields. The statistics make grim reading. Some years they are higher; some years they are lower; but the trend is distinctly upwards. And the chilling fact is that "at the beginning of each year it is possible to calculate with certainty the minimum number of victims who are bound to become the end-of-year statistics."¹

In South Africa our accident record is a particularly bad one; the Minister of Transport Affairs pointed out the other day that more South Africans had died

* This article is an expanded version of the author's inaugural lecture as Professor of Roman-Dutch and Private Law in the University of Cape Town.

1 Sir Arthur Owen Woodhouse *A Challenge to the Law - Personal Injuries Compensation* (Inaugural lecture, Lloyd H Fenerty Memorial Lecture series sponsored by the Faculty of Law University of Calgary Canada 1978-01-12) 12.

in road accidents in the past three years than were killed in both World Wars.² However, the mounting toll of personal injury is a worldwide phenomenon of the twentieth century, reflecting the dangers inherent in fast methods of transport and mechanised industrial operations. The problem is one that could be substantially alleviated only by measures that are generally considered to be unacceptable, for, unfortunately, the comfort, convenience and progress of our society is inextricably linked with the continuation of the accident-causing activities.

And so, not without some anxiety, we tolerate and even encourage those activities, and resign ourselves to the inevitable cost in life and limb, selfishly believing that we personally will escape unharmed.

But, in the words of Sir Owen Woodhouse, President of the New Zealand court of appeal and ardent advocate of legal reform,

“if that is the social attitude, what is the social response to the needs of all the random but necessary victims who pay the social price? What ought to be the response? Is it right that many at present are left to fend for themselves? Or should the problems of all now be accepted as the comprehensive responsibility of society as a whole?”³

The traditional response of the law of delict, or tort, has been to say that the victims are entitled to compensation only if they can establish fault on the part of some other person who caused the accident. The central theme of this lecture is that such a response is manifestly inadequate, bearing in mind the statistical inevitability of the accidents, and society’s own immense responsibility in encouraging an environment in which those accidents are bound to occur. I share the view of Sir Owen Woodhouse that

“[t]he community as a whole should face up squarely to the fact that our socially selfish arrangements [are] the basic cause of accidents; that the cost should be regarded as a charge against society as a whole; and that the burden falling upon those who become the fortuitous casualties of our social needs must be shared as a matter of community responsibility.”⁴

To some extent, the validity of this argument has already been conceded by the almost universal introduction, a long time ago, of workmen’s compensation schemes,⁵ and more recently, of legislation compelling motorists to insure against liability for personal injury to third parties.⁶ But these measures do not go far enough. Compulsory third-party insurance has not dislodged the fault requirement in road accident cases; and the benefits paid under workmen’s compensation schemes, though mercifully no longer dependent on proof of fault, compare most unfavourably with judicial awards of delictual damages, in this country at

2 News report *Cape Times* 1984-08-07. According to the same report, a total of 24 532 South Africans were killed during the two World Wars.

3 Woodhouse *op cit* 12.

4 *ibid* 26; see, too, the *Report of the Royal Commission on Compensation for Personal Injury in New Zealand* (Woodhouse Report (1967) s 56.

5 The first such scheme was introduced in Germany in 1884 – see the discussion under 4 below. In South Africa, pre-Union legislation dealing with workmen’s compensation was repealed by the Workmen’s Compensation Act of 1914, which consolidated and amended the law throughout the Union. The 1914 Act was replaced by another in 1934, which in turn was repealed and replaced by the present Workmen’s Compensation Act 30 of 1941. See, generally, *Gordon and Getz on The South African Law of Insurance* (3 ed 1983 by Getz and Davis) chapter 29.

6 See the Compulsory Motor Vehicle Insurance Act 56 of 1972 (as amended), which replaced the Motor Vehicle Insurance Act 29 of 1942.

any rate. Moreover, road and work accidents together account for no more than about one third of all personal injuries,⁷ leaving the bulk to be compensated, if at all, by the ordinary law of delict.

Over the past three decades a vast body of literature has sprung up overseas, documenting the inadequacies of the fault-based system of accident compensation, and calling for reform, particularly in respect of road injuries. This pressure has led a growing number of states, mainly in the English-speaking, common-law world, to supplement or entirely replace the fault system with what have come to be known as no-fault compensation schemes.⁸ In most cases, these reforms amount to no more than a limited extension of the no-fault principle of workmen's compensation to road accidents. No-fault schemes for the compensation of road injuries now operate in all the provinces of Canada, in about half of the states of the USA, in two states of Australia, in Israel and in Sweden.⁹ In New Zealand, however, the principle has been accepted that compensation for personal injury is a community responsibility and should not be made dependent on the particular cause of the injury.¹⁰ Largely owing to the efforts of Sir Owen Woodhouse, that country now has operating very successfully the world's first fully comprehensive no-fault scheme for the compensation of personal injury by accident. All such injury is compensated, irrespective of fault or the cause of the injury. So, for example, if you are run over by a man who has a heart attack behind the steering wheel, his lack of fault will not deprive you of your right to compensation; and the same principle applies if you are to blame for the accident – for example, if you cut your foot while mowing the lawn. The astonishing fact is that the scheme is economically feasible, having operated successfully for ten years at much the same cost as the previous delict system, which it has replaced.

Impressed by this example, other countries are examining afresh their own systems of accident compensation. An Australian Commission of Inquiry, chaired by Sir Owen Woodhouse, has recommended an even more wide-ranging scheme for that country, embracing incapacity caused by disease or illness as well.¹¹ And

7 *Report of the Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury* ("Pearson Report" United Kingdom 1978) vol I § 37 table 1.

8 See volume III of the Pearson Report (*op cit*) which is devoted exclusively to a comparative study of overseas systems of compensation.

9 For a brief summary of these schemes see the Pearson Report vol I §§ 188–207.

10 See the discussion under 5 below.

11 See the *Report of the National Committee of Enquiry into Compensation and Rehabilitation in Australia* (1974), and the brief comment on it by Luntz, Hambly and Hayes *Torts: Cases and Commentary* (1980) 39–44. The National Compensation Bill, which was designed to give effect to the recommendations embodied in the report, passed the House of Representatives, but ran into opposition from various interested bodies, including the legal profession, the insurance industry and trade unions. The bill was referred to the Senate Standing Committee on Constitutional and Legal Affairs, which recommended the indefinite postponement of the scheme to provide compensation for sickness (Luntz *et al op cit* 44). Since then the entire bill seems to have been shelved, at least for the time being. The attempt to extend compensation to incapacity caused by disease or illness, while fair and logical (see Ison *Accident Compensation: A Commentary on the New Zealand Scheme* (1980) 18–32), was impractical and over-ambitious, since it would have required a massive injection of public funds, which in the then-prevailing (and present) economic climate was unacceptable: see Luntz *et al op cit* 44. For an interesting discussion of the vested interests at stake in accident compensation, see Ison "The Politics of Reform in Personal Injury Compensation" 1977 *University of Toronto Law Journal* 385.

in Britain, the Pearson Commission has recommended numerous changes to the present system of accident compensation, the effect of which, if implemented, would be a considerable increase in the range of no-fault benefits available to accident victims.¹² Unfortunately, the commission felt itself precluded by its terms of reference from considering the feasibility or desirability of following the New Zealand example, but it did accept as valid the criticisms of the present system, and drew attention to the world-wide movement away from delict and towards no-fault accident compensation.

We in South Africa have not been left completely untouched by these developments. Despite the relatively low level of academic interest shown in this field,¹³ and the negative recommendation of previous commissions,¹⁴ a commission of inquiry was appointed in May 1981 to consider various matters relating to compulsory motor-vehicle insurance, including the desirability or otherwise of introducing a no-fault compensation scheme for road accidents.¹⁵ I understand that the commission will soon be presenting its report to the government.

In this article I propose first to consider very briefly the theory of the present delict system of accident compensation and then to examine in greater detail the criticisms levelled at the system in the light of its actual operation in practice. Thereafter I shall deal with the trend towards no-fault compensation overseas, paying especial attention to the New Zealand scheme, and the feasibility of adopting a similar scheme in South Africa.

In illustrating the practical operation of the present system, I shall make use of overseas statistics, particularly those recently compiled by the Pearson Commission. I do so in the belief that they can cast some light on the operation of our own system, which is in most respects very similar to those operating overseas. I am aware of the fact that some lawyers are sceptical of the value of social science statistical research; someone once said that "the basic trouble with it is that the thinkers don't count and the counters don't think."¹⁶ But the statistical evidence is so illuminating that to ignore it would be indicative of unforgivable complacency.

12 See Allen (ed) *Accident Compensation After Pearson* (1979); Fleming "The Pearson Report: Its 'Strategy'" 1979 *Modern Law Review* 249; Marsh "The Pearson Report on Civil Liability and Compensation for Death or Personal Injury" 1979 *Law Quarterly Review* 513; Hasson "The Pearson Report - Something for Everyone?" 1979 *British Journal of Law and Society* 119; Ogun *et al* "Pearson: Principled Reform or Political Compromise?" 1978 7 *Industrial Law Journal* 43.

13 See, however, Arthur Suzman "Motor Vehicle Accidents - Proposals for a System of Collective Responsibility Irrespective of Fault" 1955 *SALJ* 374; Botha "Motor Vehicle Accident Insurance" 1975 *THRHR* 162; Burchell "No-Fault Compensation for Motor Accident Victims" 1982 *Businessman's Law* 74 107. Contributions have been made by eminent visitors to South Africa: Harry Street "Compensation for Road Accident Victims" 1968 *SALJ* 49; Fleming "The Decline and Fall of the Law of Delict" 1973 *CILSA* 259.

14 See Lionel H Hodes *Suzman, Gordon and Hodes on The Law of Compulsory Motor Vehicle Insurance in South Africa* (3 ed 1982) 7-8.

15 *ibid* 8; GN 1202 GG 7572 of 1981-05-08.

16 Thomas Reed Powell, quoted by Jeffrey O'Connell "No-Fault and the Political Practicalities" *The Future of Personal Injury Compensation* (A Symposium held at the Faculty of Law, University of Calgary, January 1978) 74.

2 THE THEORY OF THE FAULT SYSTEM

To begin, then, we can say that, in theory, the law of delict concerns the shifting of losses. Its function, in the event of an accident causing a loss, is to determine whether that loss should lie where it falls, on the unhappy victim, or whether it should be shifted to someone else, whom the law holds responsible for the accident. In earlier times, the basis of the decision to shift the loss was the simple one of causation: he who caused the loss had to pay for it. Apart from a few exceptional cases,¹⁷ however, the general rule today is that the loss will be shifted only if the plaintiff-victim can establish, on a balance of probabilities, that the defendant *wrongfully* and *negligently* caused the injury. The requirement of wrongfulness need not detain us, as the infliction of personal injury is *prima facie* a civil wrong.¹⁸ However, negligence, or fault, requires some explanation, for together with causation it is the chief criterion of liability in cases of personal injury by accident. The legal test for fault is an objective one, based on the hypothetical conduct of a fictitious being known as the "reasonable man:" did the defendant behave as a reasonable man would have behaved in the circumstances leading up to the accident?¹⁹

If he did, he escapes liability; but if he behaved unreasonably, in the legal sense, he must compensate the victim. This principle of fault applies to the conduct of the plaintiff as well: if he himself was partly to blame for the accident, his damages will be reduced in proportion to his share of the blame.²⁰ So contributory negligence results in an apportionment of damages, or a partial shifting of the loss.

A wholly innocent plaintiff who discharges his burden of proof is entitled to be placed in the position he would have occupied had the accident not occurred, in so far as money can do that.²¹ Thus he may demand to be compensated *in full* for all the reasonably foreseeable financial or pecuniary losses flowing from the accident, such as medical expenses and loss of earnings. Where these losses have actually accrued by the time of the trial, they cause little difficulty, but where they are prospective losses, such as income that would have been earned in the future, but for the accident, their calculation is necessarily somewhat arbitrary. Even more arbitrary, however, is a further award that is usually made in respect of certain non-pecuniary losses, such as pain and suffering, loss of amenities and the capacity to enjoy life, and the anguish of disfigurement. No sum of money can truly compensate for these intangible losses, but the court makes an award that it considers fair and reasonable and in line with comparable previous awards.²² In the event of death, the lawful dependants of the deceased have a claim for loss of support, and the executor may recover certain pecuniary

17 Most instances of strict liability (i.e. liability which is not dependent on proof of fault) are of statutory origin, but even the common law sometimes recognises liability without fault – the most notable example being the vicarious liability of an employer for the wrongs of his employees acting within the scope of their employment. See, generally, Van der Walt "Strict Liability in the South African Law of Delict" 1968 *CILSA* 49, McKerron *The Law of Delict* (7 ed 1971) 11–12.

18 *Cape Town Municipality v Paine* 1923 AD 207.

19 *ibid*; see too, for example, *Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A) 430.

20 See the Apportionment of Damages Act 34 of 1956.

21 On the assessment of delictual damages, see generally Joubert *LAWSA* vol 7 31–53; McKerron *op cit* 113 *et seq*, Pearson Report vol I §§ 73–77.

22 Pearson Report vol I § 75.

losses on behalf of the deceased estate. All these damages are awarded in one lump sum – the plaintiff has no right to insist on periodic payments instead; and the award, once made, is final – it cannot be adjusted if the victim's condition unexpectedly deteriorates or improves subsequently.

3 CRITICISM OF THE FAULT SYSTEM AS IT OPERATES IN PRACTICE

Now let us take a closer, more critical, look at the fault principle. It rests on a simple idea: people should take reasonable care to avoid causing harm to others, and the careless should bear the consequences of their negligence. This notion of personal or individual responsibility, so deeply rooted in our culture, was described by Lord Atkin in a famous English case as being “based upon a general public sentiment of moral wrongdoing for which the offender must pay.”²³

If that be so, then it is apparent that, in spite of the law of delict's avowed aim of compensating the plaintiff, rather than punishing the defendant, an element of retribution remains, perhaps as a relic of delict's earlier association with crime. Certainly, the main focus of the law of delict is on the conduct of the defendant, rather than on the needs of the plaintiff, with the aim of compensation being subordinated to the fault requirement. If the plaintiff cannot brand the defendant as a negligent wrongdoer, he receives not a cent in compensation. And yet, one might ask, is it really so unreasonable to expect a person who innocently causes another loss to share the burden of that loss with his equally innocent victim?²⁴

From the defendant's point of view, too, the fault principle is open to attack. It ignores both his means and the degree of his fault; a small slip can be just as ruinous to pocket and reputation as a more serious error. It ignores his personal weaknesses and disabilities, expecting him to conform to an objective standard of behaviour that may well be beyond his capabilities. How can negligence be equated with moral wrongdoing when the handicapped, the weak and the young are subjected to the same test as their more fortunate or older brethren; when the extent of the defendant's liability is measured not by the quality of his conduct but by its results? “Reprehensible conduct can be followed by feather blows while a moment's inadvertence could call down the heavens.”²⁵

On a more fundamental level, however, it may be observed that the philosophy of the fault principle is based on assumptions that, in the modern world, are simply no longer correct, with the result that the theory of fault has developed into a legal fiction.²⁶ The fault principle assumes that the choice is between shifting the loss and letting it lie where it falls; that, once shifted, the loss will be borne by the defendant personally, and, accordingly, that the lash of personal liability will deter the defendant from similar conduct in the future, thereby

23 *Donoghue v Stevenson* 1932 AC 562 (HL) 580; see Woodhouse *op cit* 13.

24 See Woodhouse *op cit* 14 and the Woodhouse Report §§ 37–86. For a detailed indictment of the fault principle, see Atiyah *Accidents, Compensation and the Law* (3 ed 1980) 472–497.

25 Woodhouse Report § 85.

26 *ibid* § 88.

assisting the cause of accident prevention²⁷ The widespread, and often compulsory, practice of liability insurance has today rendered these assumptions false in all but a tiny minority of cases.

If we look beyond legal theory and the law reports, we see that, although the law of delict still shifts the loss to a nominal defendant, this shift is merely the first stage in a process of loss-distribution, which operates as follows:²⁸ where the defendant is a corporation or enterprise, the cost of paying delictual damages is one of the overheads of the enterprise, which can be passed on, in the form of a disguised tax, to all who support the activity of the enterprise, whether they be customers, workers, or shareholders. Where the defendant is insured against liability to third parties, the loss is shifted to the insurance company, which then spreads the loss over all premium payers. For enterprises which can in any event pass on their delict losses, liability insurance offers the advantage of facilitating cost-calculation: instead of the uncertain cost of damages, they pay the fixed cost of a certain premium. For others, such as private motorists, who could not otherwise pass on their losses, it offers the far more significant benefit of risk-distribution: the risk of having to pay a crushing sum of damages can be shared with all other policy-holders, so that the actual imposition of delictual liability becomes a relatively painless event.

Liability insurance benefits not only defendants, but plaintiffs too, by removing the risk that a successful claim will be thwarted by the defendant's inability to pay the damages. It goes without saying that uninsured defendants are frequently so lacking in capital assets as to be hardly worth suing.

In view of these benefits for all concerned, it is hardly surprising that liability insurance has become a very widespread practice this century,²⁹ with governments jumping on the bandwagon and making it compulsory in certain fields. What is surprising, however, is that so little cognisance is taken of the indisputable fact that the practice makes a mockery of the concept of individual responsibility, on which the fault principle rests. In a world of widespread insurance against liability to third parties, wrongdoers no longer pay the cost of damages out of their own pockets. In Britain, the Pearson Commission estimated that 88% of all personal injury claims are dealt with by insurers, and that virtually all of the remaining 12% are dealt with by large corporations or public authorities which effectively act as self-insurers.³⁰ This suggests that fewer than 1% of claims are made against private individuals.³¹ As Atiyah points out,

"To anyone who has studied or worked with the legal system as it appears in the books and the law reports, it is indeed hard to grasp the significance of these facts and to get used to thinking about the system as it operates in practice. Wholly new perspectives

27 Cf Fleming "The Decline and Fall of the Law of Delict" 1973 *CILSA* 259: "it was considered just and desirable in the interest of accident prevention that a culpable defendant feel the deterrent lash of personal liability, so that he and other like-minded would in the future seek to avoid the cost, if not as a matter of conscience, at least in order to spare their pocketbook."

28 *ibid* 259-260.

29 See the Pearson Report vol I §§ 59-61.

30 Pearson Report vol II table 119 §§ 61-540.

31 Atiyah *op cit* 252. An earlier American study found that fewer than 3% of the plaintiffs received any compensation from individual wrongdoers (Conard *et al Automobile Accident Costs and Payments* (1964) 221 cited by Atiyah *loc cit*).

are required, and the moral foundation – the justice – of the whole compensation system needs to be thought out afresh.”³²

If individuals do not personally have to pay damages, they are hardly likely to be deterred from negligent conduct by the prospect of a delictual action.³³ Even in the absence of insurance, the deterrent argument is a dubious one. “Passing a law does not prevent a man from dropping something on another’s head.”³⁴ Most accidents stem not from conscious risk-taking, but from factors such as inadvertence and faulty judgment, which are simply not responsive to any type of deterrent.³⁵ To quote Atiyah again,

“However high the penalty may be for failing to stop at a stop-sign, a motorist is not going to be induced to stop by a stop-sign which he has not seen – even if he ought to have seen it.”³⁶

Delict might perhaps play a deterrent role in some or other particular field, but it seems most unlikely to do so in the important field of road accidents. The motorist who is prepared to risk his life by driving dangerously will hardly be influenced by the remote prospect of a delictual action – least of all when he is insured against such an eventuality, as by law he must be.³⁷

Looking back, then, we can see that liability insurance has had a profound effect on the practical operation of the delict system. Ironically, it has made the system workable, in a modern context, but illogical, in that it now rests on a crumbling philosophical basis. Perhaps that would not matter too much, if the system operated well in practice, but unfortunately that is not the case. As we shall now see, the delict liability insurance system is grossly inefficient, being costly, slow-moving and capricious in its payment of compensation. These are serious criticisms; let me attempt to justify them.

First, the operating costs of the system are outrageously high. The Pearson Commission estimated that they amount to some 85% of the compensation paid out under the system, or to about 45% of the combined total of compensation and operating costs.³⁸ In other words, 45 pence of the premium pound is swallowed up by administrative costs, leaving only 55 pence to be paid out as compensation to victims. In South Africa it seems that an almost identical situation prevails: a recent report of the Department of Transport on the compulsory motor vehicle insurance scheme shows that the average premium income per motor vehicle for the period 1965 to 1983 was R17,51c, of which only R9,59c (or 55%) was expended on compensation.³⁹

32 Atiyah *op cit* 252–253.

33 Cf Fleming *op cit* (n 27 above) 260: By giving its nod of approval to liability insurance “the law of delict has lost its claim as a champion vindicating individual responsibility and playing a major role in accident deterrence.” On the deterrent function of the law of delict, see Atiyah *op cit* 556–568, Woodhouse Report §§ 90–91.

34 Annual Report of the Chief Inspector of Factories (1966, 3358) 8, quoted by Atiyah *op cit* 558.

35 Atiyah *loc cit*.

36 *ibid* 558–559.

37 *ibid* 558.

38 Pearson Report vol II table 158; Atiyah *op cit* 511. Other studies have produced similar estimates: see the Woodhouse Report §§ 111–114.

39 Report of the Department of Transport and of the National Transport Commission (1982–1983) 23.

These figures are shocking by any standards, but all the more so by comparison with other compensation systems: the social security system in Britain⁴⁰ and the comprehensive no-fault accident compensation system in New Zealand⁴¹ both manage to keep administrative costs to about 11% of the benefits which they pay out.

The higher administrative costs of the system are directly attributable to the need to establish the exact circumstances of each individual accident in order to determine the issue of liability.⁴² The services of lawyers, doctors, actuaries, assessors and other professionals do not come cheaply these days.

Secondly, the system compensates only a small percentage of the people who suffer personal injury. The Pearson Commission put the overall figure at 6,5%; the figure for fatal injuries at 20%; and the figure for road injuries at 25%.⁴³

Thirdly, the payment of compensation is all too frequently subject to considerable delay, particularly when the injury is serious and the need for compensation, therefore, most urgent.⁴⁴ The Pearson Commission found that on average it takes three years for a personal injury claim to be disposed of by a court of law;⁴⁵ and that of the claims settled by negotiation nearly 5% take more than four years to reach finality.⁴⁶ In South Africa, the report of the Department of Transport⁴⁷ shows that in the 1982-1983 insurance year payments were still being made in respect of accidents that occurred in the late nineteen-sixties; indeed, of the payments made in 1982-1983, only 1% was in respect of accidents occurring that year, while over 70% were for accidents occurring two to five years previously. This is a scandalous state of affairs; one wonders how the severely injured survive in the interim. "Compensation for lost earnings is needed when the earnings are lost, not three years later."⁴⁸

Fourthly, various studies have shown that, in the more serious cases, the law of delict very seldom fulfils its promise of 100% compensation.⁴⁹ This is because so very few claims ever reach a court of law. According to the Pearson Commission, over 99% of claims are settled by negotiation,⁵⁰ many of them literally at the door of the court.⁵¹ And while the smaller claims tend to be over-compensated, because their size does not justify the cost of checking them thoroughly, the larger ones are generally undercompensated.⁵² The amount eventually agreed upon in a settlement is the result of a process of hard bargaining, and in that

40 Pearson Report Vol I § 261.

41 See below.

42 Pearson Report vol I § 261. For a breakdown of the administrative costs, see Atiyah *op cit* 511 and the Report of the Department of Transport and of the National Transport Commission (1982-1983) 23.

43 Pearson Report vol II table 14 §§ 73-78; table 16 contains interesting information yielded by various studies concerning the proportion of people injured in motor vehicle accidents obtaining tort compensation in Great Britain and North America.

44 See, generally, Atiyah *op cit* 311-15; Woodhouse Report §§ 106-110.

45 Pearson Report vol II § 566; for details see table 129.

46 *ibid* table 17; Atiyah *op cit* 313.

47 *op cit* (n 39 above) 21.

48 Atiyah *op cit* 314.

49 *ibid* 315-319; Woodhouse Report § 79.

50 Pearson Report vol II table 12; Atiyah *op cit* 297.

51 According to the Pearson Report (vol II, table 124) about 12% of cases set down for trial are settled literally at the door of the court, or in court before the case is heard.

52 Pearson Report Vol I §§ 258-259.

process the scales are tipped in favour of the more experienced, more powerful and more skilled insurers. By various means, such as making payments into court insurance companies can exert considerable pressure on claimants to compromise their claims. In the words of an American report,⁵³

“[t]he statistics confirm what every lawyer and adjutor knows – that questions about negligence, proof, the defendant’s ability to pay, and the client’s desire for an end to litigation, lead to compromises of claims at levels which correspond to no theory of legal right.”

Fifthly, the delict liability insurance system is so unpredictable and unreliable in its operation that no injured person can be sure of receiving compensation and plan his personal finances accordingly.⁵⁴ Quite apart from the legal uncertainties associated with the concepts of negligence and causation, there are very considerable practical difficulties to be overcome in proving one’s claim. Most accidents these days, and particularly road accidents, occur so quickly and unexpectedly that to establish with any degree of certainty precisely what caused the accident is seldom an easy task. Even if there were witnesses present who are prepared to come forward, the fallibility of the human brain in grasping accurate detail in a moment, and the time-lapse between the accident and the trial are such that the evidence is not often reliable.⁵⁵ It has been estimated that the chances of the court finding the facts correctly may well be no more than 50%.⁵⁶ Most practitioners would probably dispute the claim, but it should be noted that a former Chief Justice of Ontario has emphatically declared his agreement with the view that

“in the ordinary automobile accident the case that is actually tried . . . is a case that never in fact took place, and is the result of conjectural recall, imagination, colourful dramatization and pure inventiveness.”⁵⁷

These then are main criticisms of the present system of compensating personal injuries. There are others too. I have already mentioned the difficulties associated with the calculation of future losses, and of non-pecuniary losses. The uncertainty, delay and suspense associated with litigation frequently give rise to a form of anxiety neurosis that hinders the rehabilitation of the accident victim.⁵⁸ And, finally, the adversarial nature of the system can be damaging to interpersonal relationships, and can undermine the goal of accident prevention by discouraging parties to find, or to admit to, the real cause of an accident.⁵⁹

If the present system is so bad, the obvious question that arises is: how can it be improved? The answer seems to be: by abandoning the delictual action for personal injury and moving towards a system of compulsory social insurance. This solution is not as radical as it might at first seem. We already have such

53 Conrad *et al op cit* (n 31 above) 199, quoted by Atiyah *op cit* 318.

54 Pearson Report vol 1 § 247; and, generally, Atiyah *op cit* 490–97, Woodhouse Report §§ 92–102.

55 Pearson Report Vol 1 §§ 990–991.

56 Elliott and Street *Road Accidents* (1968) 243, cited by Atiyah *op cit* 491.

57 Chief Justice McRuer in *Studies in Canadian Tort Law* (1968, ed Linden) 309–310, agreeing with a statement made by Dean Wright 1961 *Journal of the Society of Public Teachers of Law* 11, and quoted by Atiyah *op cit* 492.

58 See the Pearson Report vol 1 § 252.

59 *ibid* § 260.

a system for workmen's compensation, and our compulsory motor vehicle insurance system shows signs of moving in the same direction. The effect of making third party liability insurance compulsory has been to alter its purpose fundamentally: instead of being a protective device for a small number of prudent persons, it has become part of a system to secure compensation for a large number of accident victims.⁶⁰ This change of purposes has radically altered the balance between delict and insurance, and the respective roles that they play in the system. As Atiyah explains:

"Instead of tort law being the primary vehicle for ensuring payment of compensation to accident victims, with liability insurance as an ancillary device to protect the insured, it is insurance which becomes the primary medium for the payment of compensation, and tort law which becomes a subsidiary part of the process."⁶¹

The function of delict in the system that has evolved is merely to regulate the number of claims that the insurance system must meet, and hence to keep in check the overall cost of the system.⁶² But this insight raises doubts about the need for delict to play a role in the system at all. If we are to have an accident compensation scheme based on compulsory insurance, why should the most expensive form of insurance – liability insurance – be prescribed? Why not instead the cheapest form – mutual or "first-party" insurance? In other words, why should we not be compelled to insure ourselves against the possibility of being injured in an accident, rather than against the chance of being held liable to pay delictual damages to another? Then, in the event of injury, our claim to compensation would not depend on proof of someone else's fault or liability to pay us damages, just as, for example, a claim under a life or householder's policy is not dependent on proof of such matters.

If such a system of compulsory first party insurance could be demonstrated to operate at much the same cost as the present system, its superiority would be self-evident. And that is why the New Zealand model is so exciting, for it does just that.⁶³ As always, however, there is a *caveat*: in order to make the first-party system economically feasible, the delictual action for personal injury must be abolished, otherwise we all have to insure not only against injury to ourselves, but *also* against liability to third parties, which makes the overall system more expensive.⁶⁴ That is a lesson which the Americans and others are learning with their no-fault road accident schemes, as we shall now see, when we look briefly at the world-wide movement from delict to no-fault accident compensation.

60 Atiyah *op cit* 262. It is clear that our compulsory motor vehicle insurance legislation is designed to protect the interests of accident victims rather than negligent drivers: see Hodes *op cit* (n 14 above) 3–4.

61 Atiyah *op cit* 263.

62 Cf the Woodhouse Report § 88: "Against this background [of compulsory liability insurance] the search for negligent defendants who might deserve to pay is really a search to control the aggregate sum that will become payable."

63 See below.

64 It is only by channelling into first party insurance the money presently flowing into third party insurance that we can have vastly improved benefits at much the same cost. If we have to pay two premiums – one for third party and one for first party insurance – then clearly the overall cost of the compensation system must go up, unless benefits are reduced.

4 THE WORLD-WIDE MOVEMENT FROM DELICTUAL TO NO-FAULT ACCIDENT COMPENSATION

The movement away from delict as a method of compensating personal injury is very widespread today, but varies in extent from country to country and according to the nature of the accident. After a detailed study of overseas systems, the Pearson Commission concluded that in most countries of the world today compensation for personal injury is provided from a variety of no-fault sources in addition to delict, or in partial or total replacement of it.⁶⁵

As we have seen, the first reaction against delict was in the field of work accidents. It began exactly 100 years ago, in Germany, when Bismarck replaced the delict action against employers with a no-fault industrial accident insurance scheme, based on the concept of mutual insurance.⁶⁶ The idea quickly spread to other countries, so that today there is hardly a country in the world that does not make some no-fault provision for work accidents. Many countries, including our own, have followed the German lead in abolishing the delict action; others prefer to retain delict and compel employers to insure against liability to their employees.⁶⁷

The second break away from delict is a more modern phenomenon, occurring over the past few decades in the field of road accidents, where injuries have increased dramatically in number and severity.⁶⁸ This time the movement began in Canada, when Saskatchewan introduced a no-fault road accident scheme in 1946. After a long delay, other countries suddenly began to follow suit in the early seventies.⁶⁹ Today there are no-fault schemes for road injuries in all the provinces of Canada, in about half of the states of the USA, in two states of Australia, in Israel and in Sweden. The Pearson Commission recommended that Britain should also follow this trend.⁷⁰

It will be noticed that, apart from Sweden, the countries of the European Continent have thusfar stood aloof from this new movement, although some of them are seriously considering the possibility of introducing no-fault road accident schemes.⁷¹ The reason seems to lie in the more generous provision of

65 Pearson Report vol I § 185. Volume III of the report contains a detailed account of the Commission's enquiries into overseas systems of compensation. The no-fault sources of compensation referred to in the text also include the various social security measures adopted to a greater or lesser extent in most states.

66 The Industrial Accident Insurance Law of 1884.

67 See the Pearson Report vol I § 187 and, more specifically, the various sections on work injuries in vol III of the report. In the Netherlands, workmen's compensation has been absorbed into the social security system; work injuries are thus covered on the same basis as ordinary sickness and invalidity, the idea being that it is the loss of earning capacity that is relevant, not its particular cause: see the Pearson Report vol III §§ 533, 553-555.

68 Pearson Report vol I §§ 188-207.

69 The inspiration was the publication of the "Keeton-O'Connell Plan" (Keeton and O'Connell *Basic Protection for the Traffic Victim: A Blue print for Reforming Automobile Insurance* (1965)). See the report by JUSTICE (British Section of the International Commission of Jurists) *No Fault on the Roads: Compensation for Victims of Road Traffic Accidents* (1974) 20-22.

70 Pearson Report vol I Chapter 18 (esp. § 1004).

71 In France, Professor André Tunc of the University of Paris has for many years been an ardent advocate of a no-fault road accident scheme (Pearson Report vol III § 415); and in the Netherlands, too, serious consideration has been given to such a scheme (*ibid* § 562).

social security benefits in Europe, and in the much earlier modifications to their delict systems effected by the Europeans. The European response to the dangers of motoring and other such hazardous activities was generally to reverse the burden of proof in accident cases, creating in effect a form of strict liability based on causation rather than fault.⁷² In short, those who created the risk were made to bear its consequences, an attractive idea.

Sweden has adopted a strategy of offering such generous no-fault benefits that delict will eventually just wither away,⁷³ an idea that appealed to some members of the Pearson Commission. The Swedish road accident scheme, for example, is based on compulsory insurance provided by private insurers, and pays benefits identical to those offered by the delict system. Only the vengeful or the foolhardy would thus choose to sue in delict for a road injury. As was to be expected, however, premiums have risen by 15 to 20 per cent.⁷⁴

The no-fault road accident schemes operating in the common-law countries differ considerably in detail, but tend to share the following features:⁷⁵ A no-fault scheme of first party insurance is grafted onto the existing delictual liability insurance system, so that the motorist is covered both for injuries to himself and his passengers, and for liability in delict to third parties. A person injured in a motor accident therefore has two avenues of compensation open to him, on two different levels. On the first level, he may claim limited compensation, irrespective of fault, for pecuniary losses only. These losses are medical expenses and loss of earnings, subject to ceilings which vary considerably from scheme to scheme. This no-fault compensation is paid on a periodical rather than a lump-sum basis.

To recover losses in excess of those covered by the no-fault scheme the accident victim must sue in delict, and thus establish fault. On the second level, therefore, the delict action survives, sometimes unscathed, but usually in a modified form. The first modification is abolition of the collateral benefits rule, so that the no-fault benefits must be set off against the delictual damages. The second modification is more drastic, entailing the curtailment or even the abolition of the right to recover damages in delict for non-pecuniary losses, like pain and suffering. The reason for this latter restriction is that a disproportionate amount of overall delictual damages is attributable to non-pecuniary losses of a relatively trivial nature. In Britain, for example, the Pearson Commission estimated that 66% of delict payments are in respect of non-pecuniary loss, and that 78% of those awards do not exceed £50 (at 1973 prices).⁷⁶ By restricting the right to recover for trivial intangible losses, therefore, great savings can be effected without causing undue hardship to anyone.

72 This development occurred particularly in the French and German legal systems. See Allen "Accident Compensation in Other Countries" in *Accident Compensation After Pearson* (1979) 197-205; Pearson Report vol III §§ 403-405 500-502.

73 See, generally, the Pearson Report vol III chapter 7; Allen *op cit* 205-210.

74 Pearson Report vol III § 626. Besides the road accident scheme, Sweden also has a no-fault insurance scheme for medical accidents, again existing alongside the delictual action (*ibid* vol I § 208, vol III §§ 631-633).

75 Pearson Report vol I §§ 188-206; Allen *op cit* (n 72 above) 210-220. For a detailed discussion of the operation of these schemes in America, see O'Connell "Operation of No-Fault Auto Laws: A Survey of the Surveys" 1977 *Nebraska Law Review* 23.

76 Pearson Report vol II tables 107 108.

All the American and some of the Canadian schemes are run by private insurance companies; the Australian schemes are run by statutory boards. In Canada, the publicly administered schemes claim to have lower administrative costs than the private ones.⁷⁷

Most of these no-fault road accident schemes appear to be operating reasonably well. Their cost varies with the generosity of the no-fault benefits offered, and with the extent to which the delict action is curtailed. Where the delict action is preserved intact, and no-fault benefits are simply added on, the cost of the overall scheme, and hence the premium paid by the motorist naturally goes up. Where the delict action is curtailed, the resultant savings are such that in real terms the premium often is reduced. As always in life, unfortunately, you have to pay for what you get. If you try to have the best of both worlds, and opt for both delict and no-fault, you must be prepared to pay the price.

Let us now turn our attention to New Zealand, where the benefits of going the whole way and abolishing the delictual action for personal injury can readily be seen.

5 ACCIDENT COMPENSATION IN NEW ZEALAND⁷⁸

The origins of the New Zealand scheme are to be found mainly in the Woodhouse Report of 1967,⁷⁹ which boldly recommended an entirely new system of accident compensation, based on five guiding principles:⁸⁰ community responsibility for the compensation of the injured; comprehensive entitlement to compensation, irrespective of the cause of the injury; complete rehabilitation of the victim; *real* compensation for losses caused by accidental injury; and administrative efficiency.

These principles are all reflected in the Accident Compensation Act which was passed in 1972, put into operation in 1974, and completely overhauled in 1982.⁸¹ The Act abolished the old system entirely and replaced it with a fully comprehensive and integrated accident prevention, rehabilitation and compensation scheme. For 24 hours of every day, all persons in New Zealand (including visitors) now enjoy substantial protection against personal injury by accident, however caused.

77 Allen *op cit* (n 72 above) 211.

78 See, generally, Fahy *Accident Compensation Coverage* (7 ed 1983) (annual publication of the Accident Compensation Corporation); Ison *Accident Compensation: A Commentary on the New Zealand Scheme* (1980); Blair *Accident Compensation in New Zealand* (1978); Palmer *Accident Compensation: A study of Law and Social Change in New Zealand and Australia* (1979); Holyoak "Accident Compensation in New Zealand Today" in *Accident Compensation After Pearson* (1979); Harris "Accident Compensation in New Zealand: A Comprehensive Insurance System" 1974 *Modern Law Review* 361; Pearson Report vol III chapter 10.

79 See n 4 above.

80 Woodhouse Report § 55.

81 The original Act, passed by a conservative National Party government, provided for the establishment of an earner's scheme and a motor vehicle accident scheme. In 1973 the Act was amended and expanded by the incoming Labour Party government to provide a supplementary scheme, extending coverage to all persons in New Zealand not otherwise covered by the other two schemes. The Act then came into operation on 1974-04-01. On 1983-12-17 the 1972 Act was replaced by a more streamlined, consolidated Act. For a summary of the main changes effected by the Accident Compensation Act of 1982 see Fahy *op cit* 13-14. Since most of the literature deals with the 1972 Act, it must be approached with care.

The new system is administered by the Accident Compensation Corporation,⁸² a small statutory body which is largely independent of government control. Its objectives, in order of priority, are accident prevention, accident rehabilitation and accident compensation.⁸³ Although we are concerned mainly with the Corporation's compensation function, its other objectives should not be ignored or scoffed at, for they are taken very seriously in New Zealand.

Since the Act bars all proceedings for damages where it provides cover, it operates in effect as a code for "personal injury by accident." By that key phrase is meant, as a general principle, any form of damage to the human system which is unexpected and undesigned by the person injured.⁸⁴ Excluded, therefore, are self-inflicted injuries and damage to the mind or body caused exclusively by disease, infection or the ageing process.⁸⁵

The range of benefits provided by the scheme are similar to those promised, though not often paid, by the delict system. Compensation is payable for loss of earning capacity, for most other pecuniary losses necessarily and directly flowing from the injury,⁸⁶ for reasonable funeral expenses, and for non-pecuniary loss. In addition, various rehabilitation benefits are provided, ranging from aids to daily living (such as wheelchairs) to alterations to the victim's car or house.⁸⁷

The compensation for loss of earning capacity⁸⁸ is assessed on an earnings-related rather than flat-rate basis. After the first week of incapacity, the Accident Compensation Corporation pays 80% of the victim's lost earnings, usually on a weekly basis, for as long as the incapacity lasts – if necessary, up to the age of sixty-five years, and even beyond that in some cases.⁸⁹

82 previously called the Accident Compensation Commission. The Corporation consists of a chairman and up to five other members, appointed by the Governor-General on the recommendation of the Minister of Labour, as well as a Managing Director (presently Mr J.L. Fahy) and the General Manager of the State Insurance Office (see Fahy *op cit* 11).

83 Fahy *op cit* 85. For a discussion of the Corporation's rehabilitation and accident prevention functions, see *ibid* 77-82.

84 *ibid* 17.

85 Heart attacks and strokes are specifically excluded by the Act unless shown to be the consequences of an accident or to have been caused by abnormal, excessive or unusual effort, stress or strain in the course of employment. Specifically included, however, provided they meet certain requirements, are occupational diseases, industrial deafness and "medical misadventure." Since 1982 the ACC has had a discretion to refuse compensation for injury suffered in the course of committing a crime for which the person has been convicted and sentenced to imprisonment, if, in the opinion of the Corporation, it would be repugnant to justice to provide compensation (*ibid* 17-21; Pearson Report vol III §§ 867-868).

86 For example, reasonable medical and dental expenses, the cost of transport to and from a medical centre, the cost of necessary attendance on the accident victim and assistance rendered to him by others, and quantifiable loss of domestic services. With a few minor exceptions, however, property damage is not compensable under the Act (Fahy *op cit* 57-65).

87 *ibid* 77-79.

88 *ibid* 51-56.

89 Where there is partial incapacity for work, compensation is paid at the rate of 80% of the amount by which earning capacity is diminished. Provision is also made for loss of *potential* earning capacity (for example, where the victim is a minor, student or apprentice); compensation is then usually assessed in accordance with a prescribed amount of national weekly earnings (\$218 at present): see Fahy *op cit* 49-50. In fatal cases, dependants of the deceased receive periodic earnings-related compensation as well as modest lump sum payments in the nature of a *solatium* – Fahy *op cit* 67-70.

This earnings-related compensation is taxable, and may not exceed \$700 a week at present.⁹⁰ Adjustments for inflation are made at regular six-monthly intervals on the basis of movements in the national average weekly wage. Compensation is not normally paid by the Corporation for the first week of incapacity, but if the injury was sustained in the course of employment, the employer will usually have to meet the costs of the first week's compensation, at 80% of lost time – an arrangement designed to ensure that employers, too, have an interest in promoting safety at work. The victim is left to bear 20% of his loss of earnings mainly as an incentive to get well and return to work.⁹¹

The compensation in respect of non-pecuniary loss⁹² is paid in a lump sum and is not taxable. Up to \$17 000 may be paid for permanent loss or impairment of bodily function, and up to \$10 000 for pain and suffering, loss of amenities and loss of capacity to enjoy life.

These various benefits must be claimed by the injured person, by filling in a simple claim form which is freely available. On the basis of that form, a first medical certificate and an employer's certificate of earnings, a decision is made on the claim, normally within a few days. The average interval between receipt of a claim and the first cheque being posted to the claimant is now about ten days.⁹³ Continuation of compensation payments is dependent upon the production of further medical certificates.

If his claim is rejected, the claimant is entitled to a review by a review officer. If still dissatisfied, he may take the matter on appeal to the Accident Compensation Appeal Authority (consisting usually of a single judge). Beyond this there are further limited rights of appeal to the ordinary courts.

With increasing decentralisation of decision-making, the system has become very efficient. Only about 10% of review decisions now favour the applicant,⁹⁴ compared with an earlier figure of 50%;⁹⁵ and the ratio of administrative costs to levy income is steadily declining, the estimated figure for 1984 being just over 10%.⁹⁶

The major question that I have left until last is, who pays for the system, and how much? The main revenues are derived from three sources:⁹⁷

- 1 First, levies on employers and self-employed persons are collected by the Inland Revenue Department, along with income tax, and are used to finance

90 The figures mentioned in this paper are all subject to regular change, and represent the situation as it existed in July 1984 (figures supplied to me by Mr JL Fahy). The ceiling of \$700 a week, or \$36 400 a year, is an appropriate one, being 80% of the maximum assessable income for levy liability purposes (see below).

91 The arrangement is also considered to be fair in view of the certainty of receiving compensation: see the Woodhouse Report § 218.

92 Fahy *op cit* 71–72.

93 Fahy "The New Zealand Accident Compensation System" (unpublished paper delivered at a Conference on Worker's Compensation, Adelaide, South Australia May-June 1984) 7.

94 *ibid* 7.

95 Holyoak *op cit* (n 78 above) 184.

96 Fahy *op cit* (n 93 above) 15.

97 Fahy *op cit* (n 78 above) 27; Ison *op cit* (n 72 above) 14. The Accident Compensation Act of 1982 abolished the previously existing statutory funds and the concomitant schemes (earner's motor vehicle, and supplementary schemes), but the ACC still maintains three separate accounts administratively for levy-setting purposes (Fahy *loc cit*).

the benefits paid to earners, except where the injury was caused by a motor accident. The rate of levy payable by an employer in respect of the earnings of his employees depends on the risk classification of his business,⁹⁸ but the average rate is presently 74c per \$100 of payroll – under the old Workmen's Compensation Scheme it was approximately 1% of the payroll.⁹⁹ The self-employed pay at a standard rate of 80c per \$100 of earnings. Since no levy is payable on earnings in excess of \$45 500, the maximum levy is presently \$364 per annum, or just over \$30 per month.

- 2 Secondly, levies on owners and drivers of motor vehicles are collected by the Post Office, together with the annual vehicle registration fee, and are used to finance the benefits paid to persons injured by, through or in connection with use of a motor vehicle. The maximum levy is \$14,20 per annum;¹⁰⁰ by way of comparison, our third party premium for a small car is R20,60c – over 25 New Zealand dollars, at the present rate of exchange (R1 = \$1,25).
- 3 Thirdly, a growing but relatively small sum of money is appropriated by parliament each year to finance the benefits paid to non-earners who are injured otherwise than in a motor accident; for example, housewives injured at home. These funds constituted 11% of the gross income of the scheme in 1983.¹⁰¹

It will be seen that in effect all the moneys previously flowing into workmen's compensation and compulsory third party motor vehicle insurance have been diverted into a single fund which is topped up to some extent by parliament. Thus the overall cost of the new system is much the same as the previous one, despite the generosity of the benefits and the vastly enhanced entitlement to compensation.

How can such a comprehensive scheme operate so cheaply? The answer lies partly in the considerable saving in administrative costs, but partly also in the method of funding the scheme.¹⁰² Private insurers operate on the principle of full funding: in any one year the revenues raised must on investment be sufficient to meet the current *and all future* costs of accidents occurring in that year. Thus considerable capital reserves must be built up to meet the run-off costs of present claims and they must, of course, cater for future inflation. A government-backed scheme, on the other hand, can operate on a "pay-as-you-go" basis, which means that the revenues raised in any one year need only be sufficient to meet the current costs of benefits provided in that year, including, of course, benefits currently payable in respect of past accidents. Consequently, there is no need to establish huge reserves, or to predict the future; if inflation, for example, drives up the cost of the system, the government (unlike private insurers) can increase levies or reduce the benefits payable under the system. This flexibility reduces the overall costs of the system enormously.

98 In July 1984 the levy rate ranged from 35c per \$100 to \$5 per \$100 of employee's earnings. (Figures supplied to me by Mr Fahy.)

99 Fahy *op cit* (n 93 above) 14.

100 Fahy *op cit* (n 78 above) 97.

101 Total income for 1983 was \$283 585 944 which may be broken down as follows: Earner's Fund \$210 099 497, Motor Vehicle Fund \$41 319 973, Supplementary Fund \$32 166 474 (*ibid* 87).

102 See Ison *op cit* (n 78 above) 134–136.

Until recently the New Zealand scheme operated more or less on a full-funded basis, and because it started with no carry-forward of past claims, large investment reserves were soon built up.¹⁰³ The 1982 Act authorises it to operate on a pay-as-you-go basis and it is presently moving in that direction.¹⁰⁴ The aim for 1984-5 is to have reserves sufficient to meet liabilities for the next five years only.¹⁰⁵

Viewed overall, the new system seems to be a great success. It has cured most, if not all, of the defects of the old system: it pays compensation quickly, reliably and economically to those who really need it, for as long as that need lasts. And it does so at much the same cost as the previous, inefficient system. Of course, nobody receives fantastic lump sum payments any more – but the system of periodic payments guarantees generous compensation for life, which in a world beset by inflation is arguably better than a capital sum that might prove inadequate for one's future needs, even if wisely invested. Nor should one forget that very few claimants under the old system ever received the huge sums promised by the law of delict.

As the Pearson Commission noted,¹⁰⁶ the reaction of the general public in New Zealand to the new system is one of satisfaction and acceptance. There are few significant objections to the quantum of compensation or to the administration of the system.¹⁰⁷ To their lasting credit, the legal profession in New Zealand did not oppose the introduction of the new system, though many individual lawyers, for understandable reasons, regret the abolition of the delict action.¹⁰⁸ The insurance industry complains that it is now no more than an interested spectator, and again, its unhappiness is understandable: the Pearson Commission points out that with the introduction of the new system, the industry lost between 20 and 30 per cent of its income.¹⁰⁹ However, it would surely not be right to perpetuate a manifestly bad system merely because change to a better system would cause financial hardship to those with a pecuniary interest in the *status quo*. An accident compensation scheme should exist for the benefit of the accident victims rather than for the benefit of its administrators.

6 A COMPREHENSIVE SCHEME FOR SOUTH AFRICA?

To conclude, let me offer some thoughts on the possibility, or feasibility, of introducing a similar, comprehensive scheme in South Africa.

There are, of course, many obvious differences between New Zealand and South Africa, but on close analysis most of them will be seen to be of little significance. First of all, people are quick to point out that New Zealand has a population of only three million people. In fact, however, it seems that economics of scale may be achieved with a larger population. Sir Owen Woodhouse

103 Fahy *op cit* (n 78 above) 27.

104 Private correspondence with Mr Fahy 1984-07-11.

105 Fahy *op cit* (n 93 above) 12-13.

106 Pearson Report vol III § 923.

107 Fahy *op cit* (n 93 above) 6.

108 Pearson Report vol III § 918.

109 *ibid* §§ 919-922. This loss of income is surprising, for in other countries insurers often find compulsory third party insurance unprofitable: in Australia, for example, private insurers are tending to withdraw from the field, leaving that class of insurance to government insurance offices backed by state financial guarantees (Pearson Report vol III § 736).

told a Canadian audience that his Australian Commission estimated that a switch to a comprehensive scheme would save Australia (with a population of thirteen million) the equivalent of one million Canadian dollars per day.¹¹⁰

Then, secondly, it is said that New Zealand has a predominantly agricultural economy.¹¹¹ The relevance of this fact is doubtful; if anything, it militates against the success of the New Zealand scheme, for farmers are generally self-employed people, and the self-employed create problems for a comprehensive scheme.¹¹² Moreover, the accident rate in farming is said to be above average when compared with other occupations.¹¹³

Thirdly, it might be objected that our higher accident rate in South Africa might make a comprehensive scheme too expensive. But we already pay dearly for our bad accident record. The question is not whether a comprehensive scheme in South Africa could operate as cheaply as the New Zealand one, but rather whether it could operate at much the same cost as the present system in South Africa.

However, other differences cannot be dismissed so easily. New Zealand has a far more developed social security system than we do, which lowers the cost of their scheme, since the cost of hospital treatment, for example, is borne by the state. The egalitarian nature of New Zealand society is another important difference, but it should not be over-emphasised. The uneven distribution of wealth in South Africa would not necessarily result in high earners subsidising low earners under a comprehensive scheme, since compensation for lost earning capacity could be paid on an earnings-related rather than a flat-rate basis, as is the case in New Zealand. In other words, each person in effect insures his own earning capacity; those who earn less, contribute less to the scheme, but they also receive fewer benefits from it. Those who earn nothing receive no earnings-related compensation.

However, it remains true that under the New Zealand Scheme non-earners are entitled to some compensation, which is financed largely by the money appropriated by parliament.

In South Africa, non-earners undoubtedly constitute a greater proportion of the population than is the case in New Zealand, so a comprehensive scheme in South Africa would require a correspondingly higher injection of public funds. Personally, I have little objection to that in principle, but what does worry me is the question of priorities. When so many of our people are without decent food, shelter or education, would we be justified in spending public money on accident compensation rather than on satisfying those other, more basic needs?

Contrary to my own instincts, therefore, I must conclude that in this largely third-world country of ours, a fully comprehensive accident compensation scheme is a luxury to which only future generations can one day aspire. But the fact that we cannot, or should not, go the whole way now is no reason for not going at least some of the way. Our present system of compulsory third party motor vehicle insurance does not serve the public interest, and is in urgent need of

110 Saunders (ed) *The Future of Personal Injury Compensation op cit* (n 16 above) 8. See also Holyoak *op cit* (n 78 above) 196.

111 See the Pearson Report vol 1 § 236.

112 Holyoak *loc cit*.

113 *ibid*.

reform, as too is our workmen's compensation scheme, which pays miserable benefits. If one is to remove the right to sue in delict, the benefits offered by any alternative scheme must compare favourably with those offered by the law of delict.

I believe that it would be desirable and feasible to introduce an earners' scheme and a motor vehicle scheme along the lines of the New Zealand model, leaving the supplementary scheme for non-earners injured otherwise than in a motor accident to follow at a future date. That, in fact, was the original form of the New Zealand Act – the supplementary scheme was added only in 1974.¹¹⁴

114 See n 81 above.

BUTTERWORTH-PRYS

Dit doen die redaksie genoeë om aan te kondig dat die Butterworth-prys vir die beste eersteling-bydrae van 1984 toegeken is aan:

Professor Adrienne van Blerk
Universiteit van Suid-Afrika

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.

Kiesstelsels van proporsionele verteenwoordiging*

deur Dion A Basson

BA LL.D.

Mede-professor in Publiekreg, Universiteit van Pretoria.

SUMMARY

Proportional Electoral Systems

Electoral systems applied in the different countries of the world reveal certain distinctive features and are further usually adapted to meet the needs of the particular constitutional law realities of the countries in which they are in use. Consequently it is not possible to indicate an "ideal" or "best" electoral system under constitutional law. It is, however, possible to criticize the current electoral system which is applied in South African constitutional law. This so-called relative majority system gives rise to a great disproportion between the number of votes polled by a political party in an election and the number of seats that a political party will eventually win in the legislative assembly. The theoretical basis of the principle of proportional representation is based on the valid democratic ideals of both a consociative and representative government system. Furthermore, there are various points of contact in the South African constitutional law which would justify the application of a proportional electoral system, the most important of which certainly is the application of the list system in Namibia. The most important consideration when one has to decide which form of proportional representation should be applied is the intelligibility of the electoral system even to the most illiterate voters. Furthermore, the calculations resulting from the system should be simple and effective in order to obviate errors and to inspire confidence among the voters. In the light of these requirements the author recommends the adoption of the list system of proportional representation, whereby the formula of the largest remainder is used. This electoral system is simple to understand, especially in comparison with the so-called single transferable vote electoral system which entails extremely involved calculations.

1 DIE ONTWIKKELING VAN DIE KIESSTELSELS VAN PROPORSIONELE VERTEENWOORDIGING

Moontlik die vroegste verklaring oor proporsionele verteenwoordiging word gevind in 'n toespraak deur Mirabeau op 30 Januarie 1789 voor die vergadering van Provence in Frankryk:¹

"A representative body is to the nation what a chart is for the physical configuration of its soil: in all its parts, and as a whole, the representative body should at all times present

* Hierdie artikel is die resultaat van navorsing wat met finansiële steun van die Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing gedoen is, en in Pol 6/1984 gepubliseer is. Die menings hierin uitgespreek is eger die skrywer se eie en nie noodwendig dié van die RGN nie.

1 Soos aangehaal deur Hoag en Hallett *Proportional Representation* (1926) 162.

a reduced picture of the people – their opinions, aspirations, and wishes, and that presentation should bear the relative proportion to the original precisely as a map brings before us mountains and dales, rivers and lakes, forests and plains, cities and towns. The finer should not be crushed out by the more massive substance, and the latter not be excluded; the value of each element is dependent upon its importance to the whole and for the whole.”

In 1793 is verskeie voorstelle vir 'n proporsionele kiesstelsel vir Frankryk gemaak onder andere deur Saint Just wat die enkel-oordragbare-stemstelsel vir parlementêre verkiesings voorgestel het.² Dit is waarskynlik die eerste openbare voorstel vir 'n proporsionele-kiesstelsel maar dit is gou deur die gewelddadige teenstand van Robespierre onderdruk. In Frankryk het Gergonne in 1820 die eerste gepubliseerde pleidooi vir 'n proporsionele-kiesstelsel gelewer.

Thomas Wright Hill het, onafhanklik van hierdie ontwikkelinge, die enkel-oordragbare-stemstelsel van proporsionele verteenwoordiging in Engeland ontwikkel.³ Hill sterf in 1851, voor Hare en Andrae, die persone wat gewoonlik vir die ontwikkeling van sy stelsel gekrediteer word. Thomas Hare het vanaf 1857 verskeie publikasies oor hierdie kiesstelsel die lig laat sien en hy is hierin veral deur John Stuart Mill ondersteun.⁴ Die kwota wat Hare vir die werking van sy stelsel ontwikkel het, is egter verder deur Droop in 1858 aangepas.⁵ Andrae het onafhanklik van hierdie ontwikkelinge, 'n soortgelyke maar minder verfynde stelsel in Denemarke ontwikkel en die eerste openbare verkiesing ingevolge hierdie stelsel het in 1865 daar plaasgevind.⁶ Die eerste aanwending van die beginsel van proporsionele verteenwoordiging by openbare verkiesings het egter reeds in 1839 in Adelaide, Suid-Australië, op aanbeveling van Hill se seun plaasgevind.⁷

Wat die lysstelsel van proporsionele verteenwoordiging betref, het Victor Considérant, 'n dissipel van Fourier, dit reeds in 1834 in private gesprekke bepleit en in 1842 en 1846 het hy voorgestel dat hierdie stelsel in die kanton van Genève in Switserland gebruik word.⁸ Morin, geïnspireer deur Considérant se pleidooi, publiseer in 1861 'n boek oor die lysstelsel. Hierdie ontwikkeling lei tot die stigting van die *Association Réformiste* in 1865 en die aanvaarding van die lysstelsel van proporsionele verteenwoordiging in Ticino, Genève en ander Switserse kantons.⁹ Die propaganda van Hare en Mill was die direkte inspirasie vir hierdie beweging en 'n aangepaste Hare-stelsel word in 1883 in Basel toegepas. Die partylysstelsel van proporsionele verteenwoordiging wat in 1889 in Ticino ingevoer is, het egter die Hare-stelsel vervang en is in al die kantons in Switserland toegepas.

Die lysstelsel van proporsionele verteenwoordiging, wat van Switserland af versprei het, het die meerderheidstelsel in die kiesstelsels van verskeie lande,

2 aw 163 e v.

3 Soos aangehaal in Hill *Life of Sir Rowland Hill* (sy seun) (1921) 69 e v.

4 In Mill *Considerations on Representative Government* (1961) word die Hare-stelsel as volg aangeprys: “among the very greatest improvements yet made in the theory and practice of government.”

5 Sien oor die werking van die enkel-oordragbare-stemstelsel 3 2 2 *infra*.

6 Hoag en Hallett 172 e v.

7 aw 168 e v. Hierdie was egter nie die enkel-oordragbare-stemstelsel nie maar 'n soort van kworumstelsel.

8 Sien oor die werking van hierdie stelsel 3 2 1 *infra*.

9 Hoag en Hallett 171 e v.

veral op die Europese vasteland,¹⁰ vervang. Byvoorbeeld in Serbië (sedert 1899), Finland (sedert 1905), Swede (sedert 1907), Portugal en Bulgarye (sedert 1911), Ysland (sedert 1915), Nederland (sedert 1917), Luxemburg (sedert 1918), Oos-tenryk (sedert 1919), Noorweë (sedert 1919), Italië (in 1919–1920 en sedert 1946), Denemarke (1920), Duitsland (1920–1933 en sedert 1949), Griekeland (1926), Frankryk (slegs in 1945 en 1951) en Israel (1948).

Die enkel-oordraagbare-stemstelsel van proporsionele verteenwoordiging het nie so wyd en intensief toepassing gevind nie. Dit word vandag aangetref in¹¹ Ierland, Malta en Tasmanië (parlementêre verkiesings); Australië (senaat); in die plaaslike en ander minder belangrike verdagerings in Britanje en sommige van haar voormalige dominiums asook in die Verenigde State van Amerika.

2 DIE TEORETIESE GRONDSLAE VAN DIE BEGINSEL VAN PROPORSIONELE VERTEENWOORDIGING

Die beginsel van proporsionele verteenwoordiging, soos dit by kiesstelsels toepassing vind, beteken dat alle groepe (politieke partye) wat aan 'n verkiesing deelneem, dit wil sê ook die minderheidsgroepe en nie slegs die meerderheid nie, verteenwoordiging moet verkry direk eweredig of proporsioneel tot die stemme wat daardie groepe in 'n betrokke verkiesing behaal.

Die filosofiese grondslae waarop die beginsel van proporsionele verteenwoordiging berus, is reeds waarneembaar in die toespraak van Mirabeau wat hierbo ter inleiding volledig aangehaal is. Die idee van proporsionele verteenwoordiging is egter gewortel in die negentiende eeuse liberalisme soos dit te vinde is in die werke van veral John Stuart Mill en is gebaseer op die beginsel van basiese individualisme en die beginsel van gelykheid (*egalitarianism*).¹² Mill verklaar dienooreenkomstig dat individualisme onderlê word deur gelykheid, maar dan bestaan gelykheid slegs ter wille van vryheid. Mill sien verteenwoordiging as 'n instrument om die regering te kontroleer ten einde die persoonlike vryheid van die individu te waarborg. Die ideale regeringstelsel is 'n direkte demokrasie waar elke individu 'n persoonlike aandeel in die regeringsinstellings het, maar aangesien dit onmoontlik is, is dit vervangbaar met 'n verteenwoordigende regeringstelsel.¹³ Dit is egter nie genoeg dat elke individu oor stemreg beskik nie maar elke stem moet verder ook 'n gelyke waarde dra. Om hierdie rede wou Mill die meerderheidsbeginsel (wat geld by sogenaamde meerderheids-kiesstelsels) en vereis hy dat die regte en vryhede van *minderhede* ook verteenwoordig moet wees.¹⁴ Mill is verder ook 'n voorstander van die elitisme wat verklaar dat 'n groep persone (dit wil sê 'n minderheid), wat oor *superior competence* beskik, moet regeer. So 'n elitistiese regeringstelsel is volgens Mill 'n waarlik verteenwoordigende regering.

10 Sien oor die kiesstelsels wat in hierdie lande geld 3 2 1 *infra* waar die werking van die lysstelsel van proporsionele verteenwoordiging bespreek word.

11 Sien vir meer besonderhede hieroor die bespreking in 3 2 2.

12 Sien in die algemeen Mill *Utilitarianism, Liberty and Democratic Representative Government* (1972) 175 e v.

13 Sien Mill *Representative Government* (1928) 226–228.

14 Sien oor Mill se standpunte in die algemeen Hogan *Election and Representation* (1945) 122 e v veral 125 e v. 'n Ondersteuner van Mill is Bagehot *The English Constitution* (1867 reprint 1928).

'n Veel beter omskrywing van 'n verteenwoordigende regering kan egter soos volg weergegee word:¹⁵ Verteenwoordigende regering kan omskryf word as regering wat voldoen aan die vereiste dat die owerheidsgesag in die staat nie op 'n arbitrêre wyse nie maar namens al die onderdane in daardie staat uitgeoefen moet word. Verteenwoordiging as regs waarde is vervat in hierdie ideaal van 'n verteenwoordigende regering. Verteenwoordiging as regsfiguur¹⁶ in die positiewe staatsreg kan vervolgens omskryf word as die *proses* waardeur so 'n verteenwoordigende regeringstelsel daargestel word. Die belangrikste deel van die verteenwoordigingsproses wat investerings- en legitimisasie-elemente bevat, is die *verkiegingsproses* waardeur die onderdane 'n inspraak in, of te wel 'n invloed verkry op die regeringsgesag, sowel wat die regeringsamestelling as die regeringsbeleid betref.

Hierdie omskrywing van 'n waarlik verteenwoordigende regeringstelsel is nie versoenbaar met 'n kiesstelsel wat op die meerderheidsbeginsel¹⁷ gegrond is nie. Al die onderane moet in staat gestel word om 'n wesenlike invloed in die sfeer van die regeringsgesag uit te oefen, en gevolglik moet ook die *minderheidsgroepe* hierdie inspraak hê ten einde te verseker dat 'n waarlik verteenwoordigende regeringstelsel daargestel word. Hiervoor is 'n kiesstelsel nodig wat berus op die beginsel van proporsionele verteenwoordiging waarin die minderheidsgroepe 'n eweredige aandeel in die *vertteenwoordigingsproses* verkry. Die sogenaamde meerderheids-kiesstelsel, waar minderheidsgroepe nie 'n regmatige aandeel in die verteenwoordigingsproses verkry nie, is om hierdie rede strydig met die bestaan van 'n waarlik verteenwoordigende regeringstelsel.

Die ideaal van 'n demokratiese regeringstelsel wat aangemerkt kan word as 'n verteenwoordigende regeringstelsel, sowel as die leer van die negentiende eeuse liberalisme van Mill, wat hierbo uiteengesit is, onderskryf gevolglik die beginsel van proporsionele verteenwoordiging.

Die demokratiese regeringstelsel wat op die beginsel van die konsosiatiewe demokrasie berus, word op sy beurt ook deur die beginsel van proporsionaliteit onderlê.¹⁸ Die konsosiatiewe demokrasie is naamlik in stryd met die idee dat demokrasie gelykgestel moet word aan meerderheidsregering en dat demokratiese stabiliteit onmoontlik is in verdeelde plurale gemeenskappe. Derhalwe vervang die konsosiatiewe demokrasie die meerderheidsbeginsel en ander negatiewe aspekte van sogenaamde liberale konstitusionalisme met 'n stelsel van magsdeling in sake wat van gemeenskaplike belang is en outonomie in sake wat van eksklusiewe belang is vir elk van die politieke georganiseerde segmente in die gemeenskap.¹⁹ Die konsosiatiewe demokrasie berus gevolglik op sekere beginsels

15 Sien vir verdere besonderhede Basson *Verteenwoordiging in die Staatsreg* (ongepubliseerde LLD-proefskrif Unisa 1981) 210 e v asook 193-204. Elitisme wat die vrye mandaatsteorie van verteenwoordiging onderskryf verleen nie so 'n groot invloed aan die onderdane in die sfeer van die regeringsgesag as die stelsel van partyregering waar die verteenwoordigers as die verteenwoordigers van die partybeleid beskou kan word nie.

16 a w 215.

17 a w 149-156. By 'n waarlik verteenwoordigende regeringstelsel moet die belange van die minderheidsgroepe in ag geneem word.

18 Sien Boule *South Africa and the Consociational Option: A Constitutional Analysis* (ongepubliseerde PhD-proefskrif UN 1982) 411-420.

19 a w 529-531.

waarvan die belangrikste kortliks soos volg weergegee kan word:²⁰ Die *grand*-koalisie-beginsel vereis die deelname van alle betekenisvolle politieke èlitegroepe aan die belangrikste beleidmakende instellings. Ten einde 'n stelsel van magsdeling te bewerkstellig, berus hierdie regeringstelsel op die beginsel van die wedydse veto ingevolge waarvan die minderhede deelname aan beleidsake sal hê deurdat minderhede die meerderheid deur middel van die veto van skadelike optrede kan weerhou. Vervolgens berus hierdie stelsel op die beginsel van segmentale outonomie ingevolge waarvan die magsdeling op nasionale vlak onderlê word deur die feit dat elke minderheidsgroep of segment sake van eksklusiewe belang moet beheer en reguleer. Dit is duidelik dat die beginsel van *proporsionaliteit* op verskeie vlakke van die konsosiatiewe model funksioneer. Die "grand"-koalisie moet naamlik bestaan uit verteenwoordigers van die segmente in verhouding tot elke segment se numeriese en verkiesingsterkte ten einde die regverdige deelname van alle groepe te verseker, insluitende *minderhede*. Hiervoor is 'n proporsionele-*kiesstelsel* nodig, nie alleen as basis vir die samestelling van die wetgewende gesag nie, maar ook as basis vir die aanwending van die beginsel van proporsionaliteit in ander areas van hierdie konsosiatiewe stelsel.

Samevattend kan gesê word dat die teoretiese grondslae van die beginsel van proporsionele verteenwoordiging gevind kan word in die toonaangewende denkrigtings wat daar bestaan oor die demokratiese regeringstelsel, hetsy as verteenwoordigende regeringstelsel hetsy as konsosiatiewe regeringstelsel.

3 DIE WERKING VAN KIESSTELSLS

Die werking van 'n kiesstelsel wat berus op die beginsel van proporsionele verteenwoordiging, moet vervolgens nader ondersoek word. Vir die doeleindes van hierdie navorsing is dit sinvol om eerstens te onderskei tussen meerderheidstelsels wat deur die meerderheidsbeginsel onderlê word en proporsionele-kiesstelsels wat deur die beginsel van eweredige verteenwoordiging onderlê word.

Daar moet altyd in gedagte gehou word dat feitlik elke kiesstelsel wat in die wêreld toepassing vind, sekere streng eiesoortige karaktertrekke vertoon. Dit is gevolglik bykans onmoontlik om hierdie kiesstelsels presies te kategoriseer. Daar bestaan nie iets soos die "ideale" of "beste" kiesstelsel nie en gevolglik moet die werking van veral die proporsionele kiesstelsel nader ondersoek word ten einde die metodes waardeur die beginsel van proporsionele verteenwoordiging deur verskeie van hierdie stelsels verwesenlik word, krities te kan ontleed.

3 1 Meerderheidstelsels

3 1 1 *Die Absolute-Meerderheidstelsel*²¹

Ingevolge hierdie stelsel word 'n setel verower deur die politieke party of kandidaat wat 'n absolute meerderheid verkry het van die totale aantal stemme wat uitgebring is. Die wenkandidaat moes gevolglik meer stemme verkry het as wat al die ander mededingers tesame gekry het. Aangesien dit moontlik kan gebeur dat 'n absolute meerderheid nie op hierdie wyse behaal word nie, is by hierdie

²⁰ a w 408-434.

²¹ Vgl bv die kiesstelsel in Kanada: Mackie en Rose *The International Almanac of Electoral History* (1974) 65.

stelsel 'n veiligheidsklep nodig wat op twee maniere kan werk, naamlik deur 'n tweede stemming of deur 'n alternatiewe stemming.²²

By die tweede stemming²³ kan 'n blote relatiewe meerderheid van stemme as voldoende beskou word of kan 'n meerderheid bereik word deur die eliminasië van al die mededingers behalwe die twee wat die meeste stemme in die eerste ronde behaal het.²⁴

Indien kiesers 'n alternatiewe of voorkeurstem²⁵ het, hoef daar nie 'n tweede stemming plaas te vind nie. Hier plaas die kieser die kandidate in die orde van sy voorkeur. 'n Kandidaat word slegs verkies indien hy 'n absolute meerderheid behaal. Indien geeneen van die kandidate by die eerste telling 'n absolute meerderheid behaal nie, word die kandidaat met die laagste stemtotaal geskrap en die tweede voorkeurstemme van diegene wat hom as eerste keuse gestel het, word aan die oorblywende kandidate toegedeel totdat die eerste kandidaat wat op hierdie wyse 'n absolute meerderheid behaal, verkies word.²⁶

Hierdie stelsel vind feitlik deurgaans toepassing slegs in lande waar 'n enkelid-kiesafdeling-kiesstelsel toegepas word. In Frankryk word die stelsel van tweede stemming toegepas en in Australië die alternatiewe-stemmetode.²⁷

3 1 2 Die Relatiewe-Meerderheidstelsel

Hierdie stelsel kom, soos bogenoemde, feitlik deurgaans voor slegs in lande waar 'n enkelid-kiesafdeling-kiesstelsel van toepassing is.²⁸

Ingevolge hierdie stelsel word 'n setel verower deur die politieke party of kandidaat wat die grootste getal stemme op hom verenig, ongeag die feit of hierdie getal groter is as die helfte van die totale getal stemme wat uitgebring is, al dan nie. Hierdie stelsel staan ook bekend as die "pluraliteit" – of *first-past-the-post*-stelsel.

Hierdie stelsel kan egter wel voorkom by lande met 'n meerlidkiesafdeling-kiesstelsel. Die bevoordeling van groot politieke partye deur hierdie stelsel kan

22 Rae *The Political Consequences of Electoral Laws* (1971) 25.

23 Die tweede stemming waar 'n relatiewe meerderheid genoegsaam is vind in Frankryk toepassing. Kandidate wat in die eerste ronde egter minder as 10% van die totale stem behaal het, val heeltemal uit. Sien Mackie en Rose 126.

24 Hierdie stelsel vind toepassing in die verkiesings van die senaatslede in Frankryk en het ook in 1908 en 1911 in Nieu-Seeland toepassing gevind: Mackie en Rose 126–289.

25 Hierdie stelsel vind in Australië by die verkiesing van lede van die *house of representatives* sowel as in die RSA by die verkiesing van die staatspresident toepassing: Vorster Ongepubliceerd aantekeninge *Staatsreg I UP* (1982) 6.

26 Mackenzie *Free Elections* (1958) 56. Alhoewel hierdie metode daarop gerig is om te verhoed dat 'n mededinger met 'n minderheidstem wen, kan dit steeds 'n regering wat nie die meerderheidsteun van kiesers het nie, tot gevolg hê. Sien Olivier "Party- en Kiesstelsels" in Van Vuuren en Kriek (reds) *Politieke alternatiewe vir Suider-Afrika: Grondslae en perspektiewe* (1983) 335 veral 344.

27 Sien die gesag in vn 23 en 25.

28 Hierdie stelsel vind grootliks toepassing in die Anglô-Saksiese wêreld. Sien oa oor die posisie in die Verenigde Koninkryk; die Verenigde State van Amerika; Nieu-Seeland en die RSA Mackie en Rose 381–383 405, 289 en 327 (respektiewelik).

in 'n groot mate besweer word deur die toepassing van enkel-nie-oordraagbare-stemstelsel.²⁹ Elke kieser beskik ingevolge hierdie stelsel oor een stem hoewel meer as een verteenwoordiger gekies moet word. Die kandidate word verkies in verhouding tot hulle aandeel in die totale stem, totdat al die setels in die betrokke kiesafdeling gevul is.

Wanneer die relatiewe-meerderheidstelsel egter in 'n enklidkiesafdeling-kiesstelsel funksioneer gee dit feitlik altyd aanleiding daartoe dat daar 'n groot proporsionaliteit bestaan tussen die stemgetal teenoor die aantal setels wat ingevolge daardie stemgetal verower is. Hierdie stelsel kan gevolglik 'n meerderheid skep wat strydig is met die kiesers se stemming.³⁰

3 2 Proporsionele-Kiesstelsels

Kiesstelsels wat proporsionele of eweredige verteenwoordiging teweegbring, dit wil sê 'n groot ooreenstemming tussen 'n politieke party se stemgetal teenoor die aantal setels wat dit verower, kan ingedeel word in lysstelsels aan die een kant en die stelsel van die enkele oordraagbare stem, aan die ander kant.

3 2 1 Lysstelsel van Proporsionele Verteenwoordiging

Proporsionele-kiesstelsels moet meerledige kiesafdelings gebruik sodat die setels in 'n kiesafdeling eweredig verdeel kan word tussen die gewildste politieke partye.³¹ In 'n enklid-kiesafdeling moet een kandidaat alles wen, dit wil sê die enkele setel en proporsionele verdeling is gevolglik nie versoenbaar nie.

Die aantal setels per kiesafdeling verskil grootliks van land tot land en selfs binne dieselfde land. In uiterste gevalle word die hele land as een enkele kiesafdeling beskou.³² Gewoonlik word setels toegeken op kiesafdeling-vlak.³³ Somtyds word setels egter op die streeks- of nasionale vlak verder geallokeer ten einde groter eweredigheid te bewerkstellig en hierdeur word politieke partye wat relatief benadeel word deur die verdeling op kiesafdeling-vlak, bevoordeel.³⁴ Aan die ander kant word baie klein politieke partye somtyds verhoed om 'n setel te verkry deur 'n drempel te stel van 'n minimum aantal stemme wat verkry moet word en indien 'n politieke party nie daaraan voldoen nie, is die party uitgesluit van die verdeling van setels, hetsy op kiesafdeling-vlak of op hoër vlak of beide.³⁵

29 a w 223-224 431. Die enkel-nie-oordraagbare-stemstelsel vind in Japan toepassing. Hierdie stelsel van beperkte stem, d w s waar die kieser minder stemme het as wat daar kandidate is, kan moontlik as 'n stelsel van semi-proporsionele verteenwoordiging aangemerkt word. Sien Olivier 344-345. Hiernaas kan verder ook die kumulatiewe stem en die puntstelsel onderskei word. Sien Olivier 345-346 asook Hoag en Hallett 50-52.

30 Sien Rae 75; Vorster 7.

31 Sien Olivier 346; Vorster 8. Sien in die algemeen oor die lysstelsel Birke *European Elections by Direct Suffrage* (1961) 61 e v.

32 Dit is die geval in Nederland en Israel. Sien Schulz *Essentials of Government* (1964) 340.

33 Sien Mackie en Rose 432.

34 In Swede, Ysland, Oostenryk en Denemarke word addisionele setels op 'n tweede vlak toegeken aan politieke partye wat 'n sekere vereiste aandeel in eerste-vlak- (d w s kiesafdeling-vlak) verkiesings behaal het. Sien Mackie en Rose 341 167 26 89 (respektiewelik). In Italië en België word ongeallokeerde setels op kiesafdeling-vlak na 'n poel oorgedra waar 'n tweede allokasie plaasvind. Sien Mackie en Rose 210 en 39 (respektiewelik).

35 Ten einde in aanmerking te kom vir setels ingevolge die lysstelsel moet 'n politieke party in Duitsland ten minste 5% van die nasionale stem of een setel in die kiesafdeling-stelsel verower het. Sien Mackie en Rose 141-143. Wat Israel betref word 'n drempel van 1% van die nasionale stem gestel. Sien Likhovski *Israel's Parliament* (1971) 64.

a *Keusemoontlikhede* Die lysstelsel kan voorsiening maak vir verskeie keurmoontlikhede op die lyste:

i Die gebonde lys waar die kieser slegs vir die lys as geheel kan stem.³⁶ Hier stel die politieke party die lys op en is die kieser gebind aan die volgorde van die kandidate soos wat hulle op die lys verskyn. Die kieser stem naamlik bloot vir die lys (volgorde) soos wat dit is.

ii 'n Sisteem van meervoudige voorkeurstem³⁷ waar die kieser sy voorkeure te kenne kan gee en oor meer as een stem beskik. Hier kan weer verskeie moontlikhede onderskei word:

aa Die kieser kan slegs sy voorkeure te kenne gee tussen verskillende kandidate op dieselfde (party-)lys.

bb Akkumulاسie, waar die kieser meer as een van die stemme of al die stemme waaroor hy beskik op een kandidaat kan verenig.

cc *Panachage* waar die kieser sy stemme tussen die kandidate van verskillende (party-)lyste kan versprei.

dd 'n Kombinasie van akkumulاسie en *panachage*.

iii 'n Sisteem van enkelvoudige voorkeurstem³⁸ waar die kieser slegs oor een stem beskik om sy voorkeur aan te dui. By die oordrag van sy stem na ander kandidate is die kieser egter gewoonlik gebonde aan die volgorde waarop die kandidate op die lys verskyn. Die kieser is normaalweg ook bevoeg om te kies of hy wil stem vir die gebonde lys en is gevolglik nie verplig om 'n voorkeurstem uit te bring nie.

b *Formules by die toekenning van setels aan lyste* Die waardes in 'n getallessisteem kan altyd in die een of ander proporsionaliteit gestel word maar aangesien breukdele van kiesers, kandidate of setels nie bestaan nie, word dieselfde

36 Dit is die geval in Duitsland. Sien Vorster 8 e v; Henig *Political Parties in the European Community* (1979) 90 e v, veral 105–107 waar Burkett oor “*The Federal Republic of Germany*” skryf.

37 Switserland laat die grootste moontlike voorkeur toe deurdat die stelsel beide *panachage* sowel as akkumulاسie bevat. Sien Hughes *The Federal Constitution of Switzerland* (1954). Dit is ook die geval in Luxemburg met dié verskil dat die kieser hier 'n verdere keuse het om ook vir die vaste partylys soos wat dit daar uitsien, te stem. Sien Hirsch *Luxembourg* in Henig 170. In Italië het 'n kieser ook die keuse om vir vaste lys te stem of om drie tot vier voorkeure aan te dui op die lys. Die kieser kan verder ook name op die lys skrap en kandidate se skrapings word eers van hulle voorkeurstemme afgetrek voordat verder berekenings gemaak word. Sien Allum *Italy* in Henig 144.

38 In Nederland mag 'n kieser óf vir die partylys soos opgestel stem óf hy kan 'n voorkeur aandui vir een kandidaat op daardie lys. Sien hieroor Belinfante *Beginnelsen van Nederlands Staatsrecht* (1964) 39 e v 41. Surplusstemme op voorkeurstem-kandidate wat verkies is, word egter volgens lysvolgorde oorgedra behalwe vir kandidate wat meer as die helfte van die vereiste voorkeurstemgetal kry om verkies te kan word. Hierdie kandidate kry voorkeur bo die lysvolgorde. Sien hieroor Hand, Georgel en Sasse *European Electoral Systems Handbook* (1979) 211. In Denemarke en België mag 'n kieser ook stem vir die lys soos opgestel of die kieser kan sy eerste voorkeur aantoon, maar die oordrag van stemme geskied steeds volgens die lysvolgorde. Sien Lakeman *How Democracies Vote* (1947) 183. In België is dit verder ook moontlik om vir plaasvervanger-kandidate op 'n lys te stem. Sien Hand Georgel en Sasse 8 e v. In Finland bevat elke stembrief 'n blanko sirkel waarop die nommer van die voorkeurkandidaat op die lys neergeskryf moet word. Sien hieroor Lakeman 104.

volkome proporsionaliteit selde in kiesstelsels aangetref. Die volgende voorbeeld illustreer die probleem:³⁹

Tabel A

Drie politieke partye neem deel aan 'n verkiesing in 'n sewe-lidkiesafdeling en die volgende getal stemme word op elke partylys verenig:

Party A	31 500	56% van stemtotaal	=	3,92	setels
Party B	18 500	33% van stemtotaal	=	2,31	setels
Party C	<u>6 000</u>	11% van stemtotaal	=	<u>0,77</u>	setels
Totale aantal stemme	<u>56 000</u>	Totale aantal setels	=	<u>7</u>	

Proporsionaliteit op sigself bring gevolglik geen finale resultaat nie, enige van die volgende verdelings is moontlik:

A		B		C		
5	+	2	+	0	=	7
4	+	3	+	0	=	7
4	+	2	+	1	=	7

Verskeie formules word in geval van lysstelsels aangewend om 'n finale resultaat te verkry. Die belangrikstes, wat vandag by parlementêre verkiesings aangewend word, word vervolgens bespreek.

i *Die stelsel van die grootste oorblywende gedeelte*⁴⁰ Ingevolge hierdie stelsel word 'n kwota vir elke partylys soos volg bereken:

$$\frac{\text{Totale aantal stemme uitgebring}}{\text{Totale aantal setels}} = \text{kwota}$$

Die stemgetal wat op elke partylys verenig is, word verdeel deur die kwota. Die politieke party(-lys) verkry 'n setel vir elke heelgetal. Dikwels word sommige setels nie ingevolge hierdie stelsel toegeken nie. In so 'n geval word die eerste ongeallokeerde setel toegeken aan die politieke party(-lys) met die grootste oorblywende gedeelte van stemme nadat een kwota afgetrek is van elke politieke party se stemtotaal vir elke setel wat hy reeds verower het. Die tweede ongeallokeerde setel gaan aan die politieke party met die tweede grootste oorblywende gedeelte, ensovoorts totdat al die setels gevul is.

ii *Die d'Hondt-stelsel van die grootste gemiddelde* Die setels word ingevolge hierdie stelsel een vir een geallokeer, en elke setel word toegeken aan die lys wat die hoogste gemiddelde getal stemme per setel sou hê indien dit daardie betrokke setel sou wen. Die formule wat gebruik word om hierdie resultaat te bereik, is

39 Bron: Vorster 9. Sien in die algemeen oor die fomule-berekeninge Rokkan *Citizens, Elections, Parties* (1970) 158-164.

40 Hierdie stelsel word in Israel toegepas. Sien Likhovski 56-72. In Italië vind die tweede verdeling van stemme op nasionale vlak volgens hierdie stelsel plaas. Sien Mackie en Rose 209-210. In die eerste ronde in Italië word die *imperiali*-metode gebruik. Setels word ingevolge die volgende kwota toegeken:

$$\frac{\text{totale getal stemme}}{\text{totale aantal setels} + 2}$$

Hierdie stelsel het tot gevolge dat kleiner partye reeds met die eerste verdeling setels kan behaal. Sien hieroor Henig 144.

dat elke lys se oorspronklike stemtotaal gedeel word deur een meer as die getal setels wat daardie lys alreeds verower het, ten einde vas te stel wat daardie lys se gemiddelde sou wees indien dit daardie betrokke setel sou wen. Die volgende tabel kan as voorbeeld hiervan dien:⁴¹ (daar is vier politieke partye (partylyste) en vyf setels wat gevul moet word:)

Tabel B

	Ronde 1	Ronde 2	Ronde 3	Ronde 4	Ronde 5
Oorspronklike stem-totaal op partylys					
A	8 700*	2 4 350	2 4 350	2 4 350*	3 2 900
B	6 800	1 6 800*	2 3 400	2 3 400	2 3 400*
C	5 200	1 5 200	1 5 200*	2 2 600	2 2 600
D	3 300	1 3 300	1 3 300	1 3 300	1 3 300

* Setel is verower

In die eerste ronde is die verdeler een omdat geen party nog 'n setel verower het nie. Party A wen die setel in die eerste ronde. In die tweede ronde is die verdeler vir Party A nou gevolglik $1 + 1 = 2$, terwyl die verdeler vir die ander partye dieselfde bly. Party B het nou die hoogste gemiddelde en wen die setel terwyl sy verdeler nou 2 word vir die derde ronde. Die proses verloop op hierdie wyse totdat al vyf setels in die laaste ronde gevul is.⁴²

aa By sommige kiesstelsels wat hierdie *d'Hondt*-metode gebruik, word die eerste toekenning van setels eger volgens die volgende formule gedoen:

$$\frac{\text{Totale aantal stemme uitgebring}}{\text{Totale aantal setels}} = \text{kwota}$$

Soos by die stelsel van die reeds vermelde grootste oorblywende gedeelte word die stemgetal wat op elke partylys verenig is, gedeel deur die kwota en 'n setel toegeken vir elke heelgetal. Die *d'Hondt*-stelsel word dan slegs toegepas om alle oorblywende setels te vul.⁴³

bb *Die Hagenbach-Bischoff-stelsel* Hierdie stelsel is 'n alternatiewe metode van berekening wat baie ooreenstem met die *d'Hondt*-stelsel. 'n Kwota word soos volg bereken:

$$\frac{\text{Totale aantal stemme uitgebring}}{\text{Totale aantal setels} + 1} = \text{kwota}$$

Vervolgens word die stemgetal wat op elke partylys verenig is, gedeel deur die kwota en 'n setel toegeken aan elke partylys vir elke heelgetal.

41 Bron: Mackenzie 78.

42 In oa Finland, Duitsland en Ysland word die *d'Hondt*-stelsel toegepas. Sien hieroor Mackie en Rose 105, 143 en 167 (respektiewelik). By die indirekte verkiesing van die lede van die senaat in Frankryk word hierdie stelsel ook toegepas. Sien hieroor Hand, Georgel en Sasse 92-95.

43 Nederland en België volg hierdie metode. Sien Hand, Georgel en Sasse 207 e v asook p 3 e v (respektiewelik).

Indien enige setels hierna oorbly, word elke partylys se oorspronklike stem-totaal gedeel deur die setels alreeds behaal plus een, twee, ensovoorts. Die oorblywende setels word dan toegeken aan die partylys met die hoogste gemiddelde vir elkeen van hierdie agtereenvolgende verdelings totdat alle setels gevul is.⁴⁴

iii *Die Saint-Lague-stelsel van die grootste gemiddelde* Hierdie stelsel is 'n uitbreiding van die *d'Hondt*-stelsel en werk op presies dieselfde beginsel. Die enigste verskil tussen hierdie twee stelsels is dat die stemgetal vir elke partylys nie deur 1, 2, 3, ensovoorts gedeel word nie maar wel deur die getalle 1, (in meeste gevalle 1,4), 3, 5, 7, ensovoorts. Dit beteken dat partye wat reeds 'n setel verower het dit progressief moeiliker vind om nog 'n setel te verower en gevolglik word kleiner partye bevoordeel.⁴⁵

c *Toekenning van setels aan kandidate binne die lys* By die gebonde lys is daar geen probleem nie en word die setels wat deur die lys verower is, toegeken ingevolge die rangorde van die betrokke partylys.⁴⁶

By die sisteem van die enkelvoudige voorkeurstem word 'n lyskwota bereken:⁴⁷

$$\frac{\text{Totale aantal stemme op partylys uitgebring in die verkiesing}}{\text{Totale aantal setels verower deur partylys in verkiesing}}$$

'n Kandidaat wie se voorkeurstemme hierdie lyskwota oorskry, word verkose verklaar.

Die lysvolgorde is bindend vir sover dit die oordrag van surplusstemme van een kandidaat na 'n ander betref, hoewel daar enkele uitsonderings op hierdie reël mag bestaan.⁴⁸

By die sisteem van die meervoudige voorkeurstem sal die voorkeurkeuses insgelyks eerste afgehandel word voordat die setels verder verdeel word.⁴⁹

3 2 2 *Die Enkel-Oordraagbare-Stemstelsel van Proporsionele Verteenwoordiging*

Hierdie stelsel verskil van die lysstelsel omdat die kieser nie hier vir 'n partylys stem nie maar die individuele kandidate in rangorde van voorkeur rangskik. Daar is verskeie variasies van die stelsel van die enkele oordraagbare stem. Dit is egter duidelik dat hierdie stelsel slegs in meerledige kiesafdelings toegepas kan word.

44 Die *Hagenbach-Bischoff*-metode van berekening is as plaasvervanger vir die *d'Hondt*-stelsel aanvaar deur die kiesstelsels van oa Oostenryk (1923), Luxemburg (1918) en Switserland (1919). Sien Mackie en Rose 25-26, 237 en 363 (respektiewelik).

45 Die *Saint-Lague*-stelsel word toegepas in oa Denemarke (Hand, Georgel en Sasse 1-7 e v); Noorweë (Lakeman 186 e v) en Swede (Board *The Government and Politics of Sweden* (1970) 78-81). Sien verder Taylor en Johnson *Geography of Elections* (1979) 67 e v.

46 Dit is die geval in Duitsland. Sien Henig 105 e v.

47 Dit is die posisie in oa Nederland en Finland. Sien Lakeman 104 e v.

48 Dit is die posisie in oa België en Nederland. Sien Hand, Georgel en Sasse 23 207 e v (respektiewelik). In Nederland kry die kandida(a)t(e) wat meer as helfte van die "lyskwota" behaal egter voorkeur in rangorde.

49 Sien oa die posisie in Italië waar die skappings eers van die voorkeurstemme afgetrek word voordat verdere verdelings gemaak word. Sien hieroor Henig 144 en vn 17 *supra*.

Die kwota-formule wat deur Hare ontwerp is, was 'n direkte eenvoudige kwota:

$$\frac{\text{aantal stemme}}{\text{aantal setels}}$$

Droop het egter 'n ander kwota-formule ontwerp, naamlik:

$$\frac{\text{aantal stemme}}{\text{aantal setels}} + 1$$

Dit is 'n kleiner formule wat beteken dat veel meer setels reeds by die eerste verdeling toegeken word.

Die enkel-oordraagbare-stemstelsel met die *Droop*-kwota verloop soos volg:⁵⁰

Stembriewe word getel volgens eerste keuses, en kandidate wat die *Droop*-kwota behaal, word verkose verklaar. Hierna word al die tweede-keuse-stemme van die verkose kandidate aan die nie-verkose kandidate oorgedra ooreenkomstig die formule:

$$\frac{\text{tweede keuses vir nie-verkosene}}{\text{nie-verkosene}} \times \frac{\text{stemtotaal vir verkosene-Droop-kwota}}{\text{stemtotaal vir verkosene}}$$

Kandidate wat in hierdie stadium aan die reeds-bepaalde *Droop*-kwota voldoen, is verkose.

Die kandidaat met die minste stemme word as verslaan beskou en dan word sy stembriewe volgens tweede keuses gesorteer. Die totale so verkry word sonder meer aan die oorblywende kandidate oorgedra sonder aanpassing. Kandidate wat nou die aantal stemme verkry wat aan die *Droop*-kwota voldoen, is verkose. Kandidate wat in die laaste twee rondes verkies is se stembriewe word volgens hul tweede en derde keuses gesorteer ooreenkomstig die formule van aanpassing. So word die prosedure verder gevoer totdat alle setelvakatures gevul is.

4 DIE VOOR- EN NADELE VAN DIE PROPORSIONELE-KIESSTELSEL

Soos duidelik blyk uit die bespreking hierbo van die meerderheidstelsel, is dit 'n *winner-takes-all* stelsel. Hierdie kiesstelsel stel die groep (politieke party) wat die verkiesing wen in staat om maklik 'n volstreekte meerderheid te verkry om op hierdie wyse 'n stabiele regering daar te stel.⁵¹ 'n Verdere voordeel van hierdie kiesstelsel is die feit dat dit altyd 'n kiesafdeling-kiesstelsel is en gevolglik 'n nouer skakeling tussen die verteenwoordiger en die kieser teweegbring.⁵²

⁵⁰ Hierdie stelsel word in Ierland gebruik vir parlementêre verkiesings. Sien hieroor Rae 36 e v; Hoag en Hallet 417-418. Die stelsel van die enkele oordraagbare stem (*Hare*-stelsel) word ook in Tasmanië toegepas. Die enkel-oordraagbare stemstelsel is verder toegepas by verkiesings van die Skotse onderwysowerhede (1919-1928) en word ook in die Kerk van Engeland toegepas. In die voormalige Britse dominiums (Suid-Afrika, Nieu-Seeland, Kanada, Nieu-Suid-Wallis, Tasmanië en Australië) is die enkel-oordraagbare-stemstelsel ook by verkiesings van lede van plaaslike owerheidsinstellings toegepas. Sien Lakeman 234-247 250-253. Hierdie stelsel word ook in die Noorde-Ierse senaat, die Australiese senaat, die senaat en volksraad van Malta en sekere plaaslike instellings in die VSA (Taylor en Johnson 57 e v) toegepas.

⁵¹ Sien Lakeman 172; Keith *Constitutional Law*: (1946) 67; Basson 177.

⁵² Sien Durverger *Political Parties: Their Organization and Activity in the Modern State* (1964) 382 e v; Henig 145 e v.

Die nadeel van die meerderheidstelsel is egter dat die meerderheidsgroep (meerderheidsparty) wat die verkiesing wen oor-verteenvoerdig is in die wetgewende vergadering terwyl die minderheidsgroepe (die kleiner politieke partye) baie min of soms glad geen verteenwoordiging verkry nie. Hierdie disproporsionaliteit word nog verder verhoog deurdat daar die moontlikheid van knoeyery by die proses van kiesafdelingafbakening bestaan.⁵³ 'n Verdere nadeel van die meerderheidstelsel is dat vanweë hierdie disproporsionaliteit, 'n relatief klein verandering in stemgedrag groot veranderings in setelbesetting meebring en dit kan selfs radikale regeringsbeleidswisselinge veroorsaak.⁵⁴

Die proporsionele kiesstelsel skakel die grootste nadeel van die meerderheidstelsel uit deurdat dit aan die strydende groepe (politieke partye) tydens 'n verkiesing 'n aandeel in die setelbesetting gee wat direk eweredig is aan die persentasie stemme wat daardie onderskeie groepe respektiewelik tydens die verkiesing behaal het. Soos hierbo aangedui is, is die grootste voordeel van die proporsionele kiesstelsel die feit dat minderheidsgroepe hulle regmatige aandeel in verteenwoordiging by die wetgewende vergadering verkry.⁵⁵ Op hierdie wyse word radikale regeringsbeleidswisselinge ook teengewerk omdat 'n omwenteling in setelbesetting moeiliker plaasvind.⁵⁶

Die grootste nadeel van die proporsionele-kiesstelsel is volgens sekere kritici van hierdie stelsel⁵⁷ die feit dat 'n groot aantal klein politieke partye in staat gestel word om setels te wen en dat hierdie kiesstelsel gevolglik 'n onstabiele regering of 'n koalisieregering onvermydelik maak. 'n Verdere nadeel van hierdie kiesstelsel is die feit dat dit, veral wat die lysstelsel betref, kan lei tot 'n verswakking van die persoonlike kontak tussen die verteenwoordigers en die kiesers. Daar kan egter veel eerder saamgestem word met die voorstanders van die proporsionele kiesstelsel⁵⁸ wat, na 'n deeglike ondersoek van hierdie stelsel, tot die gevolgtrekking gekom het dat 'n onstabiele regering nie toegeskryf moet word aan die soort kiesstelsel wat gebruik word nie maar dat dit veel eerder aan ander faktore toe te skryf is, soos byvoorbeeld politieke kultuur. Verder moet daar ook gelet word op die feit dat die opkoms van sterk nuwe politieke partye nie afhanklik is van enige kiesstelsel nie.⁵⁹

Dit blyk duidelik uit hierdie bespreking dat die voordeel van die proporsionele kiesstelsel terselfdertyd die nadeel van die meerderheidstelsel is en dat, aan die ander kant, die voordeel van die meerderheidstelsel weer terselfdertyd die nadeel van die proporsionele kiesstelsel is. Die kiesstelsel wat in Duitsland toepassing

53 Sien Schultz 62-63; Olivier 351 e v; Rose *The Problem of Party Government* (1974) 123 e v.

54 Sien Rae 98-103; Vorster 17 e v.

55 Sien Van Wyk *Stelsels van Verteenwoordiging in Suid-Afrika* (ongepubliseerde proefskrif UOVS (1968)) 149-155; Schulz 66; Olivier 352; Basson 176 e v.

56 Sien Rae 98-103; Olivier 354.

57 Sien Macridis *Political Parties: Contemporary Trends and Ideas* (1967) 51; Cloete *Sentrale, Provinsiale en Munisipale Instellings in Suid-Afrika* (1977) 49-54; Keith 67; Schulz 344-347; Wales *The British Constitution* (1974) 33-36.

58 Sien Lakeman 226 e v waar na 'n deeglike ondersoek van die proporsionele-kiesstelsel verklaar word dat die lysstelsels nie tot 'n "inordinate multiplicity of parties or unstable government" aanleiding gee nie. Sien ook Mast *Oversicht van Het Belgisch Grondwettelijk Recht* (1975) 127-128; Roche en Stedman *The Dynamics of Democratic Government* (1954) 152 e v; Rae 92-103; Basson 179.

59 Sien Vorster 17.

vind, bevat sowel die proporsionele-lysstelsel as die meerderheidstelsel van enkellid-kiesafdelings en ingevolge hierdie kiesstelsel word een helfte van die verteenwoordigers van die wetgewende vergadering in die een kiesstelsel verkies en die ander helfte in die ander kiesstelsel.⁶⁰ Aangesien die voordeel van die een kiesstelsel terselfdertyd die nadeel van die ander kiesstelsel is, lei 'n kombinasie van hierdie twee kiesstelsels tot 'n kiesstelsel wat die voordele van beide bevat en die nadele van geen van die twee nie.⁶¹

5 DIE TOEPASSING VAN DIE KIESSTELSEL VAN PROPORSIONELE VERTEENWOORDIGING IN DIE SUID-AFRIKAANSE STAATSREG

5.1 Voorvereistes vir die Toepassing van die Proporsionele Kiesstelsel

Die beginsel van proporsionele verteenwoordiging vereis dat die minderheids-groepe in staat gestel moet wees om hul regmatige aandeel te bekom in die verteenwoordigingsproses. Sekere voorvereistes moet egter eers bevredig word voordat hierdie daadwerklike deelname aan die verteenwoordigingsproses in die positiewe staatsreg verwesenlik kan word.

Die eerste voorvereiste wat gestel kan word, is die dat die beginsel van universele stemreg moet geld.⁶² By 'n waarlik verteenwoordigende regeringstelsel, asook by 'n konsosiatiewe demokrasie,⁶³ word vereis dat *alle* onderdane oor stemreg moet beskik, dit wil sê dat stemreg nie weerhou mag word op onredelike gronde soos byvoorbeeld ras, geslag, politieke of geloofsoortuiging nie.⁶⁴ Indien daar nie aan hierdie vereiste voldoen word nie, sou dit beteken dat sekere individue, en gevolglik ook groepe, oor geen verteenwoordiging beskik nie, wat dus ook vanselfsprekend proporsionele verteenwoordiging sou uitsluit. Die beginsel van universele stemreg word meesal in die positiewe Suid-Afrikaanse staatsreg genegeer⁶⁵ en gevolglik sou proporsionele verteenwoordiging nie na behore toepassing kan vind nie.

60 Sien Henig 29 e v; Burkett *Parties and Elections in West Germany* (1975) 131 e v; Stein *Staatsrecht* (1978) 87 e v.

61 Sien Basson 179–180. Sien verder oor die verband tussen die beginsel van universele stemreg en die beginsel van proporsionele verteenwoordiging Rokkan 148–152.

62 Sien Basson 225; 362–368.

63 Sien Boule 390 waar hy wys op die verband tussen universele stemreg, verteenwoordigende regering en konsosiatiewe demokrasie: "Consociational democracy assumes a fully representative political system, which in the South African context would require the extension of the franchise to presently disenfranchised groups." Sien ook Heard *Political Systems in Multi-Racial Societies* (1961) oor die vereiste van universele stemreg op 31 e v. Sien ook Mackie en Rose in die algemeen oor hierdie beginsel wat feitlik in alle lande toepassing vind.

64 Sien oor hierdie beginsel Van der Vyver *Seven Lectures on Human Rights* (1976) 180 e v.

65 Die rede hiervoor is die feit dat die stemreg in die positiewe SA staatsreg op grond van rasse-oorwegings ontnem word. Sien Basson 364–368 289–308; Heard 31 e v. Die Kieswet 45 van 1979 stel sekere sg "redelike gronde" waarop stemreg ontnem kan word, soos by ouderdom, misdadigheid en burgerskap, maar stel verder die algemene vereiste dat slegs Blankes aan parlementêre verkiesings kan deelneem. Swartes, Asiate en Kleurlinge is geleidelik heeltemal van 'n beperkte stemreg by die Suid-Afrikaanse parlement ontnem. Ingevolge die aanbevelings van die Presidentsraad (ingestel deur Wet 101 van 1980) kon Asiate en Kleurling moontlik 'n nuwe bedeling verkry ingevolge waarvan hulle 'n aandeel in die parlementêre verteenwoordigingsproses mag hê. Sien die gesamentlike verslag PR 1/1982 in die algemeen. Die nuwe Grondwet 110 van 1983 wat hiervoor voorsiening maak, is reeds aangeneem. Swartes het egter steeds slegs verteenwoordiging op plaaslike vlak asook op regionale vlak en in die sogenaamde swart nasionale state wat reeds onafhanklikheid bekom het. Sien ook vn 77.

'n Tweede voorvereiste wat gestel kan word voordat deelname aan die verteenwoordigingsproses moontlik word, is dat die beginsel van vryheid van vergadering en van groeppvorming sowel as die vryheid van politieke interaksie deur die positiewe staatsreg erken en beskerm moet word.⁶⁶ Dit dien as voorvereiste vir sowel die daarstelling van 'n waarlik verteenwoordigende regeringstelsel⁶⁷ as die daarstelling van 'n konsosiatiewe demokrasie, wat op magsdeling berus. Gevolglik vereis die konsosialisme die deelname van en interaksie tussen verskillende groepe in die verteenwoordigingsproses.⁶⁸ In die positiewe Suid-Afrikaanse staatsreg bestaan daar verskeie statutêre maatreëls wat hierdie voorvereiste in gevaar kan stel. Eerstens word die bedrywighede van politieke partye en hulle deelname aan die verkiesingsproses in 'n groot mate gereguleer en aan bande gelê.⁶⁹ Tweedens word die vryheid van vergadering sowel as die vryheid van groeppvorming, wat ten nouste met die vryheid van spraak saamhang, ook in 'n groot mate beperk.⁷⁰ Beperkings bestaan verder ook op die vryheid van politieke interaksie,⁷¹ asook op ander basiese vryhede wat hier ter sprake kan wees, soos persoonlike vryheid⁷² en bewegingsvryheid.⁷³

66 Sien Wiechers *The Franchise and Alternative Electoral Systems* in Boule en Baxter red *Natal and Kwazulu: Constitutional and Political Options* (1981). Op 182 e v van genoemde werk stel Wiechers twee voorverreistes vir kiesstelsels om na behore te kan funksioneer: "(a) a general franchise and the creation of representative systems at all levels of government; and (b) the introduction of an electoral system which is pluralistic and rests on the principle of free association and political interaction."

67 *supra* waar dit in besonderhede bespreek is. Sien ook Basson 326 e v.

68 Sien Boule 411 e v asook 390-394 waar hy die noodsaaklikheid van "a system of voluntary political association" bespreek na aanleiding van die proporsionaliteits-beginsel van die konsosiatiewe demokrasie: "Consociationalism is therefore, intimately dependent on the freedoms of political association and political expression" (390).

69 Sien die vereistes wat die Kieswet 45 van 1979, stel vir oa die registrasie van politieke partye (36-41); die voer van die verkiesingsstryd, asook die vereistes wat geld by verkiesings ten aansien van kostes, aanstellings en ook die verbod op sekere korrupte en onwettige bedrywighede (120-154).

70 Die basiese vryheid van vergader (assosiasie) word beperk of ontnem deur die Wet op Binnelandse Veiligheid 44 van 1950. Die Wet op Oproerige Byeenkomste 107 van 1956 asook deur prok R268 en 5 van die Swart Administrasiewet 38 van 1927. Die vryheid van groeppvorming word aan bande gelê deur oa a 2 van die Wet op Binnelandse Veiligheid 44 van 1950 en a 1 van die Wet op Onwettige Organisasies 34 van 1960. Sien ook oor die verklaring tot 'n geaffekteerde organisasie die Wet op Geaffekteerde Organisasies 31 van 1974. Die vryheid van spraak wat in a 2, 5 en 8 van die Wet op die Bevoegdheid en Voorregte van die Parlement 91 van 1963 erken word, word beperk deur die bepalings van die Publikasiewet, 42 van 1974 wat alle publikasies verbied wat rasseverhouding van staatsveiligheid kan benadeel, sowel as die Swart Administrasiewet 38 van 1927 wat die opsweep van rassegevoelens verbied. Daar is verder ook die Wet op Amptelike Geheime 16 van 1956 en ander statuêre maatreëls wat by publikasies rakende die verdedigingsmagte en tronktoestande verbied. Wiechers *Staatsreg* (1981) 189 e v. Wiechers wys daarop dat die partystelsel op die fundamente van vryheid van assosiasie en vryheid van spraak of meningsuiting berus. Sien in die algemeen Dugard *Human Rights and the South African Legal Order* (1978) 146 e v.

71 Die Wet op die Verbod op Politieke Inmenging 51 van 1968 verbied die inmenging deur 'n lid van die een bevolkingsgroep met die politieke bedrywighede van 'n ander bevolkingsgroep asook die politieke affiliasie tussen verskillende bevolkingsgroepe - sien veral a 2 in hierdie verband. Sien ook Wiechers 190 e v.

72 Beperkings op die persoonlike vryheid kan gevind word in voorverhoorwette en voorkomende aanhoudingswette waarvan die belangrikste is: die Wet op Binnelandse Veiligheid a 44 van 1950 (a 4 10(1)(a)(bis) en 12B); die Strafproseswet 51 van 1977 (a 185); die Wet op Terrorisme 83 van 1967 (a 6); asook die voorsiening vir verbanning en huisarrest in terme van die Wet op Binnelandse Veiligheid. Sien Wiechers 152 e v.

73 Die reg op bewegingsvryheid van veral swartes word beperk as gevolg van die sg instromingsbeheermaatreëls ingevolge die bepalings van die Konsolidasiewet op Swart Stedelike Gebiede 25 van 1945 (a 10, 12, 29, 29bis) asook die sg paswette ingevolge die bepalings van Wet 25 van 1945 en Wet 64 van 1956. Sien Dugard 73-78.

Die teoretiese grondslag vir die voorvereistes waaraan voldoen moet word vir deelname aan die verteenwoordigingsproses, berus gevolglik op dieselfde basis as die grondslag van die beginsel van proporsionele verteenwoordiging, dit wil sê die toonaangewende denkrigtings oor die demokrasie wat weer as basis die konsosiatiewe en verteenwoordigende demokratiese regeringstelsel het.⁷⁴

5 2 Die Toepassing van die Proporsionele-Kiesstelsel in die Suid-Afrikaanse Positiewe Staatsreg

Wat die Suid-Afrikaanse parlement betref, word die lede van die volksraad verkies in 'n relatiewe-meerderheidstelsel in enkellid-kiesafdelings, en dieselfde kiesstelsel vind toepassing by die verkiesing van lede van die provinsiale rade.⁷⁵ 'n Verder agt volksraadslede word egter op indirekte wyse verkies deur die 165 reeds verkose volksraadslede volgens die beginsel van proporsionele verteenwoordiging waar elke kieser oor een oordragbare stem beskik.⁷⁶ 'n Verdere vier volksraadslede word benoem.

Die nuwe Grondwet 110 van 1983 maak steeds voorsiening vir verkiesings ingevolge die meerderheidstelsel in die Volksraad, Raad van Verteenwoordigers en Raad van Afgevaardigdes.⁷⁷

Verkiesings vir die lede van die blanke munisipale owerhede;⁷⁸ die lede van die (voormalige) kleurlingraad;⁷⁹ asook die lede van die voormalige Indiërraad⁸⁰ vind insgelyks plaas in 'n relatiewe-meerderheidstelsel in enkellid-kiesafdelings. 'n Besondere reëling is van krag wat betref die verkiesings van die lede van blanke- munisipale owerhede in die Oranje-Vrystaat waar die kiesers naamlik in staat gestel word om, met hul toestemming, 'n proporsionele-kiesstelsel te aanvaar.⁸¹

In die swart nasionale state (of hierdie gebiede hulle onafhanklikheid verkry het al dan nie) word die lede van die wetgewende vergaderings verkies in 'n relatiewe-meerderheidstelsel wat in meervoudige-lid-kiesafdelings plaasvind.⁸²

74 Sien 2 *supra* vir die bespreking van die teoretiese grondslae van die beginsel van proporsionele verteenwoordiging. Sien verder Boule soos aangehaal in vn 62 hierbo.

75 Ingevolge die bepalings van die Kieswet 45 van 1979. Afbakening van kiesafdelings geskied ingevolge a 40 van die Grondwet 32 van 1961. Sien hieroor Faris *Elections in The Law of South Africa* Joubert (red) deel 8 (1979) 323 e v.

76 Ingevolge die bepalings van a 17 van Wet 101 van 1980. Vir kritiek op die beginsel dat volksraadslede benoem en indirek verkies word en nie op direkte wyse verkies word deur die stemgeregtigdes nie, sien Van Wyk "*Westminsterstelsel - Requiescat in Pace?*" of: *Kan 'n Luiperd sy Kolle Verander?* 1981 *THRHR* 105 114 e v. Basson 395-396 wys daarop dat die ontneming van die onderdane van hul direkte invloed in die verkiesingsproses daartoe aanleiding gee dat 'n waarlik verteenwoordigende regeringstelsel nie daargestel word nie.

77 Die grondwet 110 van 1983 maak die wyse van verkiesing van volksraadslede op al drie huise van die parlement van toepassing (a 37-48).

78 Hierdie verkiesings word deur provinsiale ordonnansies gereël. Sien hieroor Meyer "*The Local Electorate*" *Local Government Law* (1979) par 25 e v.

79 Ingevolge die bepalings van die Wet op die Verteenwoordigende Kleurlingraad 49 van 1964.

80 Ingevolge die bepalings van die Kieswet vir Indiërs 122 van 1977.

81 Ingevolge a 43 en a 179 van die plaaslike regeringsordonnansie 8 van 1962.

82 Ingevolge die bepalings van die grondwette van Transkei, Bophuthatswana en Venda. Sien Wiechers 509 e v. Sien verder ook die bepalings van die volgende proklamasies: R223 van 1976-10-22 (Kwazulu); R16 van 1973-01-16 (Gazankulu); R226 van 1972-09-29 (Lebowa) en R204 van 1964-10-25 (Qwaqwa).

Elke kieser het soveel stemme as wat daar setels in daardie kiesafdeling is. Daar is egter geen sprake van 'n proporsionele-kiesstelsel nie aangesien daar geen voorsiening gemaak word vir 'n voorkeurstem of vir die oordrag van een kandidaat se stemme op 'n ander kandidaat nie.

Wat die Suid-Afrikaanse staatsreg betref, vind die proporsionele kiesstelsel, en by name die enkel-oordraagbare-stemstelsel, alleen by die indirekte verkiesing van agt van die volksraadslede aanwending. Verskeie voorstelle vir die aanwending van 'n proporsionele-kiesstelsel op parlementêre en ander vlakke van verteenwoordiging is egter reeds by talle geleenthede gemaak.⁸³ Wat die staatsregtelike verlede betref, kan ook daarop gewys word dat die enkel-oordraagbare-stemstelsel van proporsionele verteenwoordiging op plaaslike-regeringsvlak toegepas is: in Pretoria en Johannesburg (1909–1912) asook by die verkiesings van die lede van ander munisipale owerheid (tot 1912 en, wat Oos-Londen betref, tot 1923).⁸⁴ Verder is die uitvoerende rade van die provinsiale rade tot en met 1909 op grond van die beginsel van proporsionele verteenwoordiging indirek verkies asook die lede van die senaat (wat afgeskaf is in 1980) tot en met 1955.⁸⁵

Direkte verkiesings in 'n proporsionele-kiesstelsel vind in die huidige Suid-Afrikaanse staatsreg egter slegs toepassing in die gebied Suidwes-Afrika/Namibia waar die lede van die verskeie wetgewende owerhede verkies word ingevolge die *lysstelsel* van proporsionele verteenwoordiging.⁸⁶

Die lysstelsel van proporsionele verteenwoordiging kan verskillende vorme aanneem, soos hierbo in besonderhede aangetoon is.⁸⁷ Dit is gevolglik dienlik om die lysstelsel, soos wat dit in die gebied Suidwes-Afrika/Namibië toepassing vind, nader te ondersoek:

Elke kieser beskik oor slegs een stem.⁸⁸ Op elke stembrief verskyn alleenlik die name van elke geregistreerde politieke party asook die afkortingsnaam en kenteken van elke sodanige politieke party wat aan die verkiesing deelneem.⁸⁹ Die kieser stem dan deur, in die geheim, 'n kruis te maak teenoor die inskrywing op die stembrief van die naam en die ander besonderhede van die politieke party waarvoor hy wil stem.⁹⁰ Na die verkiesing word al die stemme wat op hierdie wyse op elke politieke party uitgebring is, eers getel.⁹¹ Die berekening van die aantal kandidate wat op elke *partylys* verkies word, vind volgens die volgende formule plaas:⁹²

'n Kwota vir elke kandidaat wat aan die verkiesing deelneem, word eers vasgestel volgens die berekening:

83 Sien Basson 280–285. 'n Proporsionele-kiesstelsel is reeds met Uniewording in 1910 deur oa genl Smuts voorgestel.

84 Sien Hoag en Hallett 27 e v.

85 Sien hieroor Van Wyk 114 e v.

86 Ingevolge die bepalings van prok 54 van 1980, soos gepubliseer in die Sk 4263 van 1980-09-05.

87 3 2 1 *supra*.

88 Ingevolge a 20 van prok AG 54 van 1980.

89 Ingevolge a 23(2) van prok AG 54 van 1980.

90 Ingevolge a 24(7)(b) van prok AG 54 van 1980.

91 Die tel van stemme vind plaas ooreenkomstig a 30 van prok AG 54 van 1980.

92 Ingevolge a 33 van prok AG 54 van 1980.

$$\frac{\text{Totale aantal stemme uitgebring}}{\text{Totale aantal setels}} = \text{kwota}$$

(Breuke word buite rekening gelaat.)

Vervolgens word die aantal kandidate wat op elke partylys verkies word, bereken:

$$\text{Aantal verkose kandidate op die partylys} = \frac{\text{Aantal stemme op partylys verenig}}{\text{Kwota}}$$

(Breuke word buite rekening gelaat.)

Een kandidaat word so verkies vir elke heelgetal wat verkry word. Indien die aantal kandidate wat op hierdie wyse verkies word, minder is as die totale aantal setels, word die oorblywende setels aan een kandidaat elk toegeken op die politieke partylyste met die grootste getal oorblywende stemme.

Die kandidate wat op die bogenoemde wyse aangewys word, word in die volgorde (met die naam bo-aan die lys as begin) waarin hul name op die lys verskyn, as behoorlik verkose verklaar.⁹³

Die lysstelsel van proporsionele verteenwoordiging wat in die gebied Suidwes-Afrika/Namibië toepassing vind, is sonder twyfel 'n *gebonde*-lysstelsel aangesien elke kieser oor slegs een stem beskik ingevolge waarvan hy vir die lys *soos wat dit is* stem sonder dat hy enige verdere voorkeur kan aandui.⁹⁴ Gevolglik is daar geen sprake van *panachage* of akkumulاسie nie. Die *volgorde* waarin die kandidate op die partylys verskyn, is dus van deurslaggewende belang by die aanwysing van die aantal verkose kandidate wat op daardie betrokke partylys verkies word. Hierdie lysstelsel kan verder ook, in die lig van die formule wat aanwending vind by die toekenning van setels aan die onderskeie partylyste, as 'n *grootste oorblywende gedeelte*-stelsel omskryf word.⁹⁵

Die wyse waarop die partylyste, wat die name van die kandidate in volgorde bevat, opgestel word, is van deurslaggewende belang by die werking van die lysstelsel van proporsionele verteenwoordiging. Die prosedure waarvolgens die partylyste opgestel word, moet dus nader ondersoek word: 'n Registrasiehof word ingestel ingevolge 'n party-verkiesingsproklamasie.⁹⁶ Hiervolgens word vereis dat politieke partye wat aan 'n verkiesing wil deelneem, moet registreer. Artikel 5 bepaal dat die partylys, wat die registrasie-aansoek moet vergesel, soveel kandidate as wat daar setels is moet bevat en verder dat name van die kandidate in *volgorde moet verskyn* met die oog op die berekening wat hierbo uiteengesit is.⁹⁷ Die name van die politieke partye wat aldus geregistreer het en die name van die kandidate moet in die ope hof *aangekondig*⁹⁸ word en geen politieke party is geregtig om sy registrasie terug te trek na die sitting van die registrasiehof nie.⁹⁹ So gou doenlik na die einde van die sitting van die registrasiehof moet

93 Ingevolge a 34(1)(b) van prok AG 54 van 1980.

94 Sien 3 2(1) (b)(i) *supra*.

95 Sien 3 (2) (1)(b)(i) *supra*.

96 Prok AG 54 van 1980. Sien veral die bepalings van a 3, 4, 5 en 6 in dié verband.

97 Sien vn 93 *supra*.

98 Ingevolge a 5 van prok AG 54 van 1980.

99 Ingevolge a 6(9) van prok AG 54 van 1980.

die hoofverkiegingsbeampte 'n afsonderlike kennisgewing in die Offisiële Koerant van Suidwes-Afrika *publiseer* waarin die *lys van kandidate* van elke geregistreerde politieke party, soos ingevolge artikel 5 opgestel, verskyn en waarin verklaar word dat die persone wie se name op die lys verskyn, deur die betrokke party vir daardie verkiesing genomineer is.¹⁰⁰

5 3 Die "Ideale" Kiesstelsel in die Suid-Afrikaanse Staatsreg?

Dit is moontlik om die huidige kiesstelsel in die positiewe staatsreg wat by al die belangrikste verkiesings toepassing vind, naamlik die relatiewe-meerderheidstelsel in enkellid-kiesafdelings, te kritiseer. Die grootste enkele beswaar teen hierdie kiesstelsel is dat dit nie tot proporsionele verteenwoordiging lei nie. Intendeel, dit gee aanleiding tot 'n groot disproportionaliteit tussen die aantal stemme wat 'n politieke party in 'n verkiesing verkry en die aantal setels wat daardie politieke party uiteindelik verower. Die setelverdeling na die 1981-volksraadsverkiesing dui op hierdie disproportionaliteit (die setelverdeling in die huidige stelsel word aangegee tesame met die setelverdeling tussen hakies wat sou gegeld het indien die verkiesing in 'n enkele kiesafdeling op grond van die beginsel van proporsionele verteenwoordiging plaasvind het plaasevind het):¹⁰¹

NP	131 (97)	PFP	26 (32)
NRP	8 (12)	HNP	0 (21)
NKP	0 (3)		

Aangesien die teoretiese grondslae van die *beginsel van proporsionele verteenwoordiging* berus op die basiese demokratiese ideaal van sowel 'n konsosiatiewe, as 'n verteenwoordigende regeringstelsel,¹⁰² behoort die kiesstelsel in die Suid-Afrikaanse staatsreg na my mening verander te word om voorsiening te maak vir proporsionele verteenwoordiging.

Wat hierdie aspek betref, is daar verskeie raakpunte in die positiewe Suid-Afrikaanse staatsreg identifiseerbaar wat die aanwending van die proporsionele-kiesstelsel op alle regeringsvlakke sou regverdig: Sekere indirek verkose volksraadslede word reeds ingevolge die beginsel van proporsionele verteenwoordiging verkies; die toepassing van hierdie beginsel in ons staatsregtelike verlede; en die belangrikste raakpunt is sekerlik die toepassing van die lysstelsel in die gebied Suidwes-Afrika/Namibië.¹⁰³ Die gesamentlike verslag van die presidentsraad¹⁰⁴ het op plaaslike-regeringsvlak 'n stelsel van beswaarde of gelaaide veelvoudige stemreg voorgestel, wat sou beteken dat sommige kiesers oor meer as een stem beskik. Verder vind verkiesings in die swart nasionale state tans in meerlid-kiesafdelings plaas. Dit sou dus nie veel verg om 'n voorkeurstemstelsel, soos wat dit in meerlid-kiesafdelings by 'n proporsionele-kiesstelsel toepassing vind, in die positiewe Suid-Afrikaanse staatsreg in te voer nie.

100 Ingevolge a 7(1)(c) van prok AG 54 van 1980. Sien verder oor hierdie proporsionele kiesstelsel *South West African Peoples Democratic United Front v Administrateur-Generaal Suidwes-Afrika* 1983 1 SA 411 (A). Vir 'n vonnisbespreking van hierdie beslissing sien Basson 1982 *TSAR* 294 e v.

101 Bron: Basson (Verslag Pol 6/1984 van die RGN) bylae 4 8-9.

102 *supra* 2.

103 *supra* 5 2.

104 Pr 1/1982 veral op 103 par 10 16 - 10 20.

Die vollediger toepassing van 'n kiesstelsel van proporsionele verteenwoordiging impliseer normaalweg die uitlewing van die beginsels van universele stemreg, vryheid van vergadering en groeppvorming, vryheid van persoon, bewegingsvryheid en vryheid van politieke interaksie.¹⁰⁵

Aangesien daar so 'n groot verskeidenheid kiesstelsels bestaan¹⁰⁶ wat op die beginsel van proporsionele verteenwoordiging berus, is dit nie moontlik om sonder meer een van hierdie stelsels, of selfs 'n kombinasie van hierdie stelsels, as die "beste" of "ideale" stelsel voor te hou nie. Moontlik kan hierdie stelsel ook gekombineer word met die meerderheidstelsel (soos in die Duitse staatsreg) ten einde die moontlike nadeel van onstabiele regering by hierdie stelsel teen te werk.¹⁰⁷

Verskeie oorwegings moet geld by die toepassing van 'n proporsionele kiesstelsel, soos byvoorbeeld die verstaanbaarheid daarvan vir selfs ongeletterde kiesers, asook die doeltreffende funksionering daarvan.

In die lig van wat gesê is, kan 'n voorstel wel gemaak word vir die invoering van die *lysstelsel* van proporsionele verteenwoordiging. Die rede hiervoor is, onder andere, die feit dat hierdie stelsel reeds in die positiewe Suid-Afrikaanse staatsreg bekend is en suksesvol in die gebied Suidwes-Afrika/Namibië toegepas word. Daar word verder aanbeveel dat die sogenaamde formule van die grootste oorblywende gedeelte ook gebruik word by die toekenning van die setels aan die partylyste aangesien hierdie berekening redelik eenvoudig is, veral as dit vergelyk word met die berekening by die enkel-oordraagbare-stemstelsel.¹⁰⁸ Die kieser behoort egter verder ook oor 'n voorkeurstem te beskik (anders as die gebonde-lysstelsel in Suidwes-Afrika/Namibië) en sowel *panachage* as akkumulاسie moet toegelaat word (soos in die Switserse staatsreg) ten einde aan die kieser die grootste moontlike vryheid van keuse te bied.¹⁰⁹

105 *supra* 5 1.

106 *supra* 3 2.

107 sien in besonderhede hieroor Basson 393-395.

108 *supra* 3 2.

109 Vir 'n volledige bespreking met toeligting van voorbeelde en statistiek van die gevolge van die toepassing van die proporsionele kiesstelsel in die positiewe SA staatsreg sien Basson (Verslag Pol 6/1984 van die RGN) bylae 1-4.

Regsakkulturasie en wetsuitleg*

JMT Labuschagne

MA LLB DPhil LLD

Professor in die Inheemse Reg aan die Universiteit van Pretoria

SUMMARY

Legal Acculturation and Interpretation of Statutes

Law is continuously subjected to a variety of processes of change. Legal acculturation, i.e. the influencing of one legal system by another, is one of these processes. In this article the effect of legal acculturation (specifically in the sense of statute adoption) on the interpretation of statutes, is discussed. The general rule is that an adopted statute carries with it the construction placed upon it by the courts of the "donor" country. This rule is subjected to various limitations. These limitations are described and analysed. References are made to the analogous position at the infancy of our common law and to the modern conflict between the customary laws of Blacks and the "general" South African law.

Die reg is voortdurend onderworpe aan 'n verskeidenheid van prosesse van verandering. Een van dié prosesse is die beïnvloeding van een regstelsel deur 'n ander. Die moderne tegnologie en veral die moderne kommunikasiemedie het dié vorm van regsbeïnvloeding in tempo en in omvang geweldig laat toeneem. In dié artikel word hoofsaaklik gewys op enkele probleme wat dit vir wetsuitleg meebring.

1 REGSAKKULTURATIEWE PROSESSE

1 1 Prinsipiële Agtergrond

Sonder verwerking en beheersing van die natuur kan die mens nie bestaan en ontwikkel nie. Die mens is self in eerste instansie natuurmens, dit wil sê deel van die natuur. Die menslike verwerkingsgeneratore en beheersingsmeganismes, naamlik sy instinkte, drange, emosies, intellek en sy (transendentale) geloofspotensialiteite is natuurgefundeerd.¹ Die menslike verwerking en beheersing van die natuur kan beskryf word as kultuur. Aangesien sowel die kultuursubjek (die mens) as die kultuurobjek (die natuur, insluitende die mens) deel van die natuur en dié se prosesse is, kan kultuur ook beskryf word as mensintervensionele natuur, dit wil sê verwerking en beheersing van die natuur deur tussenkoms (intervensie) van 'n komponent van die natuur self, naamlik die mens.

* Erkenning geskied hiermee aan die *Von Humboldt-Stiftung* wat my in staat gestel het om 'n deel van dié studie in 1981 in Heidelberg, Wes-Duitsland, te onderneem. (Hierdie artikel is op 1983-02-01 vir publikasie voorgelê (red)).

1 In sy brein, senuweestelsel ens.

As gevolg van historiese en geografiese faktore en veral die uniekheid van elke mens, bestaan daar 'n enorme kultuurverskeidenheid. Kultuur is na sy wese dinamies. Die volgende kultuurdinamiese prosesse kan onderskei word:

(a) *Enkulturasie* 'n Mens groei in 'n sekere kultuurpatroon op. Kultuurvoortligting en -kondisionering (ten aansien van gebruike en waardes) geskied in die ouerhuis, skool, kerk en in ander verbande en verhoudings. Hierdie wyse van kultuurbekoming (kulturasie) word enkulturasie genoem.

(b) *Akkulturasie*² Kulture (*via* die kultuurdraers, die mense dus) kan mekaar ook beïnvloed. Hierdie tipe beïnvloeding (akkulturasie genoem) kan hoofsaaklik *eenrigting*-beïnvloeding wees. Eenrigting-beïnvloeding kan op sy beurt weer *gedwonge* wees, soos in die geval van polisasie³ waar die poliserende volk sy kultuur op sy polisse afdwing. Dit kan ook *vrywillig* wees, byvoorbeeld waar 'n "minder" ontwikkelde kultuur van 'n ander ("meer" ontwikkelde) kultuur kultuurgoedere oorneem. Kultuurbeïnvloeding kan ook twee- of meer-*rigting*-beïnvloeding wees, dit wil sê wanneer kulture mekaar oor en weer op 'n min of meer gelyke basis beïnvloed.

(c) *Dinamokulturasie* Deur die dinamiese interaksie van mens en natuur (wat die mens self insluit) skep die mens ook voortdurend kultuur. Hierdie wyse van kultuurbekoming noem ek dinamokulturasie. Die individuele mens is die kultuurkern wat kultureel op verskeie vlakke en wyses met ander mense kan groepeer.

Vir die bestaan en voortbestaan van die mens bestaan daar 'n behoefte aan 'n leefbaarheidsraamwerk en daarom aan normatiewe meganismes wat daarop gerig is om dit te bewerkstellig. Binne die raamwerk van normatiewe leefbaarheidsmeganismes⁴ word die regsreëls aangetref. Die reg, asook die term "reg," is deur die mens geskep en het nie 'n bestaan of inhoud op sigself nie. Slegs die mens kan daaraan 'n inhoud gee; die mens moet by wyse van beskrywing die inhoud van die begrip "reg" postuleer. Die bewering wat soms gemaak word dat die reg nie omskryfbaar is nie, is 'n *contradictio in terminis*: die begrip "reg" ontstaan juis deur omskrywing.⁵ Vir die doeleindes van hierdie bespreking verwys die begrip "reg" na daardie reëls wat in die erkende howe afdwingbaar is.⁶

2 Vgl hieroor Herskovits *Acculturation* (1958); Labuschagne *Naturelleadministrasie: 'n Vakwetenskaplike Objektivering* DPhil-proefskrif PU v CHO (1968) 163 e v; Visser *Die Suid-Afrikaanse Interne Aanwysingsreg* LLD-proefskrif U P (1979) 8 e v.

3 Polisasie verwys na daardie situasie waar een kultuurgroep gesag voer oor 'n ander.

4 wat tyd- en (dikwels) plekgebonde is en saamhang met die mens se waardesisteme.

5 al sou omskrywing by wyse van beskrywing geskied.

6 Vgl van Warmelo *Regsleer, Regswetenskap, Regsfilosofie* (1973) 219, 1974 *De Jure* 71. Vgl die omskrywing van die regsosioloog Donald Black *The Behaviour of Law* (1976) 2:

"Law is governmental social control. . . . It is, in other words, the normative life of a state and its citizens, such as legislation, litigation, and adjudication. By contrast, it does not include social control in the everyday life of a government service, such as a post office or fire departement, since this is the social control of employees, not of citizens as such. Nor does it include discipline in a government school, prison, or in the military, since this is not the social control of citizens - as such - either. By this definition, then, law is only one kind of social control. Furthermore, in this sense, many societies have been anarchic, that is, without law." Vgl ook Reis "Law, Society and the Individual" 1973-1974 *Anuario de Filosofia del Derecho* 651.

Regsakkulturasië verwys na die beïnvloeding van een regstelsel of regskultuur⁷ deur 'n ander.

1 2 Doel van Regsakkulturasië

Regsreëls van 'n vreemde land kan om verskeie redes geadopteer of van gebruik gemaak word. In dié verband kan op die volgende gewys word:

1 2 1 *Die Menstipiese Patrone*

Aangesien die menslike aard en menslike verhoudinge sterk universele elemente bevat, word eenvormige regsprobleme oor die ganse mensewêreld aangetref. Om dié rede verwys howe dikwels, veral ten aansien van uitsonderlike feitestelle, na en volg beslissings van vreemde howe. In dié verband sê Zweigert:⁸

“Der menschliche Geist ist zu reich, um letztlich auf Entlehnungen – in unserem Gebiet auf rechtsvergleichende Entlehnungen – angewiesen zu sein. Nichts aber hindert uns, eine Methode gut zu nennen, die zunächst den Weg der empirischen Rechtsvergleichung beschreitet, um dann in einem zweiten Schritt aus der Fülle der gewonnenen Anregungen noch höher in die Regionen des Naturrechts, eines absoluten Idealrechts vorzudringen, das über allem empirisch Erfahrenen liegt.”

1 2 2 *Regsinternasionalisering*

Een land (regsgebied) kan regsreëls ('n wetgewingstuk) van 'n ander oorneem met die doel om die internasionale kodifisering van die reg voor te berei of om regseenvormigheid te bewerkstellig. Die groterwordende mate van eenvormigheid van die Euromarklande se wetgewing ten aansien van handelsaangeleenthede dien as 'n voorbeeld in dié verband.⁹

1 2 3 *Bevestiging van sosiale verandering*

Die reg van 'n ander land kan ook oorgeneem word met die doel om juridies gevolg te gee aan 'n sosiale verandering wat die vreemde land met jou land deel. In dié verband wys Kahn-Freund¹⁰ op die groot invloed wat die Australiese en Nieu-Seelandse reg op die Engelse egskeidingsreg gehad het.

1 2 4 *Bewerkstelliging of bevordering van sosiale verandering*

Vreemde reg kan ook geadopteer word met die doel om tuis 'n sosiale verandering te bevorder of te bewerkstellig. In dié verband het mens te make met die aanwending van “foreign legal patterns for the purpose of producing rather than responding to social change at home,”¹¹ soos byvoorbeeld die Amerikaanse reg

7 Vgl Sinzheimer *Theorie der Gesetzgebung* (1948) 20: “Es gibt keine Kultur ohne Formen.”

8 “Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode” 1949 *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht* 5 21.

9 Kahn-Freund “On Uses and Misuses of Comparative Law” 1974 *MLR* 1 2–4.

10 4–5. Vgl ook Watson *Society and Legal Change* (1977) 8.

11 Kahn-Freund 5. Vgl ook Black 37. Zajtay “Die Rezeption fremder Rechte und die Rechtsvergleichung” 1957 *Archiv für die civilistische Praxis* 361 362: “die planmäßige en – bloc-übernahme fortschrittlicher ausländischer Gesetze zur Hebung des sozialen und zivilisatorischen Standards im Rezeptionsland;” Weiss “Die Wirksamkeit der Rechtsvergleichung in der Gesetzgebung” 1931 *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht* 80 82.

ten aansien van die onderdrukking van rassediskriminasie wat 'n groot invloed op die Britse reg in dié verband gehad het.

Steinwenter¹² wys daarop dat die reg kultuurmatig, dit wil sê gesinchroniseer met die res van die kultuur kan wees of dat dit ook kultuurstrydend kan wees. Die reg kan gebruik word om ander kultuuraspekte (waaronder sosiale houdinge) dwangmatig te wysig.¹³ Die mens se waardesisteme, en inderdaad sy gees, kan egter nie sonder meer en eenklaps deur wetgewing gewysig word nie.¹⁴ Daar is tog gevalle waar regsoorplantings plaasgevind het in 'n land met 'n heel ander sosiale agtergrond as die land waar die regsreëls hulle oorsprong het. In Turkye is die Switserse siviele kode oorgeneem. Die plattelandse gemeenskappe in Turkye het die Switserse reg egter verwerp.¹⁵ Alan Watson¹⁶ konstateer soos volg:

“[L]egal rules may be very successfully borrowed where the relevant social, economic, geographical and political circumstances of the recipient are very different from those of the donor system. Indeed, the recipient system does not require any real knowledge of the social, economic, geographical and political context of the origin and growth of the original rule. How otherwise could one explain the use made of Roman law by fifth-century Germanic tribes, the acceptance of so much Roman law dating from different periods and different political circumstances in the Middle Ages and later by so many diverse States in Western Europe, in monarchies, oligarchies and republics alike?”

Soos akkulturasie in die algemeen, kan regsakkulturasie gedwonge of vrywillig plaasvind.¹⁷

1 2 5 Die mensfaktor

Die lysie van redes waarom regsreëls van een land deur 'n ander oorgeneem word, sou onvolledig wees as die (dikwels irrasionele) mensfaktor buite rekening gelaat word. Die maghebber¹⁸ (die persoon of groep persone wat 'n regsoorplanting kan bewerkstellig) kan bloot uit navolging van 'n mode of deur fassinerings met die kultuur van 'n ander of om die een of ander gier regsreëls van 'n ander op sy gebied van toepassing maak.¹⁹ So gesien, kan die bogenoemde voorbeelde van Watson verklaar word.

12 *Recht und Kultur* (1958) 26–27. Vgl ook Krawietz *Das Positive Recht und seine Funktion* (1967) 28; Flower en Edel “Some Functions of a Functional View: an Historical Glance” 1973–74 *Anuario de Filosofia del Derecho* 27 34.

13 Die reg as kultuurprodukt kan gedwonge kultuurverandering van die kultuur (of kulture) waarvan dit self deel is, veroorsaak of bevorder.

14 Vgl oor dié onderwerp en probleme in hierdie verband Seidman “Law and Development: A General Model” 1972 *Law and Society Review* 311; “The Communication of Law and the Process of Development” 1972 *Wisconsin LR* 686; Trubek en Galanter “Law and Society” 1974 *Wisconsin LR* 1062.

15 Kahn-Freund 16. Vergelyk ook Beckstrom “Transplantation of Legal Systems: An early Report on the Reception of Western Laws in Ethiopia” 1973 *AJCL* 557.

16 “Legal Transplants and Law Reform” 1976 *LQR* 79 80–81. Hy gee nog verskeie voorbeelde in dié verband op 82–83.

17 Vgl Van Warmelo “Die Onderlinge Beïnvloeding van Regstelsels in die Oudheid” in Cronje (red) *Kultuurbeïnvloeding in die Oudheid* (1966) 24 e v; Betti *Das Problem der Kontinuität im Lichte der rechtshistorischen Auslegung* (1957) 6.

18 Vgl Kahn-Freund 13.

19 Taal is 'n faktor wat 'n belangrike rol in dié verband speel. Die Romeinse reg is o a oorgeneem omdat Latyn deur die meeste geleerdes gelees kon word. Dieselfde geld myns insiens vandag vir Engels en ander internasionale tale – vgl Watson *Society and Legal Change* 104.

1 3 Wyses van regsakkulturasië

Daar is verskeie voorbeelde in die geskiedenis waar een land se gemenerereg of gebruiksreg toepassing gevind het in 'n ander land. Dit het egter gewoonlik met koloniasie saamgehang.

Allott²⁰ wat oor die reg in Brits-Afrika skryf, wys op die volgende wyses waarop 'n vreemde wetgewingstuk geresipieer kan word:

- (a) as deel van 'n algemene resepsie van die reg van een land (die *herkoms- of donorland*²¹) deur 'n ander land (die *adopsie- of ontvangerland*);
- (b) die formele en eksplisiete adopsie van 'n besondere wetgewingstuk of afdeling van die reg;
- (c) deur die heruitvaardiging van 'n donorlandwetgewingstuk deur die ontvangerland in die vorm van 'n ontvangerlandwetgewingstuk (in sommige gevalle kan so 'n wet meer as een donorland hê wat die posisie nog meer kan kompliseer.);
- (d) deur die vantoepassingmaking van 'n donorlandwetgewingstuk op 'n ontvangerland deur die donorland self wat wetgewingsbevoegdheid in die ontvangerland het. Dit het veral in die koloniale periode plaasgevind.

Die vraag op welke wyse 'n sekere vreemde wetgewingstuk toepassing gevind het, is vir die doeleindes van die onderhawige skrywe nie van deurslaggewende belang nie. Van meer belang is die vraag of die basiese regsbeewussyn en waardesisteme (en breëre kultuuragtergrond) van die ontvangerland grootliks ooreenkom met dié van die herkomsland. Daar word in die loop van die verdere bespreking weer hierop terruggekom.

Wat is die bindingskrag van 'n beslissing deur 'n hof van die herkomsland ten aansien van die uitleg van 'n geresipieerde wetgewingstuk op die howe van die ontvangerland? Allott²² wys daarop dat die howe in Brits-Afrika een van drie benaderingswyses gevolg het:

- (a) Beslissing van die howe van die herkomsland word as absoluut bindend beskou.
- (b) Die beslissings word as hoogsoorredend ("highly persuasive") beskou en word in beginsels gevolg, behalwe as daar 'n besondere rede bestaan waarom dit nie gevolg behoort te word nie.
- (c) Die beslissings word as oorredend beskou en die regspreker "may choose whether or not to follow according to his appreciation of the relevance and helpfulness of the particular precedent."

Allott²³ wys ook daarop dat dit die *ratio decidendi* is wat bindingskrag het en dat "the doctrine as interpreted in modern England allows scope for flexibility in the administration and development of the law." In Engelse verband is dié buigzaamheid hoofsaaklik te vinde met verwysing na die historiese parameter: is 'n beslissing wat in 1800 gegee is vandag nog betekenisvol? In Afrika-verband is die sosiologiese parameter die belangrikste: is 'n beslissing wat in Engeland gegee is, geskik vir toepassing in 'n Afrika-gemeenskap? Dit kan ter wille van

20 *New Essays in African Law* (1970) 79-80.

21 Allott se gebruik van die woord donorland ("donor country") is nie in alle gevalle van pas nie, omdat die vantoepassingmaking van 'n wetgewingstuk soms dwangmatig geskied.

22 81.

23 80. Vgl ook Kahn-Freund 8-9; Weiss 80 e v.

interessantheid genoem word dat die *stare decisis*-reël, waarop die onderskeidinge gebaseer is, self van Engelsregtelike oorsprong is.

Regsbeïnvloeding kan ook op 'n meer subtiel-indirekte wyse geskied. Regters en ander regsgeleerdes wat in 'n ander regstelsel as hulle eie opgelei is – soos die geval in Suid-Afrika en ook die res van Afrika was – se regs bewussyn word op 'n sekere wyse gevorm en hulle dra idees van die ander regstelsel onvermydelik op hul arbeidsland oor.²⁴ Die genoemde *stare decisis*-reël is 'n goeie voorbeeld hiervan: regters wat opgelei is in die Engelse reg het dit bloot waar hulle ook al reg gespreek het, toegepas.

2 DIE GEMENEREGSPOSISIE

Ter wille van 'n agtergrondsanalogie vir die problematiek wat hieronder bespreek word, kan verwys word na die posisie in ons gemenerereg. Ons gemenerereg staan hoofsaaklik op twee oorsprongsbene: 'n Germaanse been en 'n Romeinse been.²⁵ Die Germaanse reg is klaarblyklik as die primêre regstelsel beskou: Van der Linden²⁶ wys daarop dat as 'n landwet, 'n plaaslike keur of 'n “costume” nie die regsgevolge van 'n sekere verhouding of situasie reël nie “is het Romeinse Recht, als een voorbeeld van wijsheid en billijkheid, door gewoonte, tot aanvulling van dit gebrekkige, bij ons aangenomen.” Ook die Kanonieke reg het soms dié funksie vervul. Ten aansien van die gebruikmaking van die reg van naburige lande sê Van der Linden:²⁷

“Het gebruik maken van de Wetten van nabuurling volken is een middel, het wel, schoon niet ten eenemaal aftekeuren, eger met de grootste omzigtigheid moet gebezigt worden, en nooit anders, dan in zulke gevallen, waar in men zig wel kan overtuigd houden, dat de *analogie* van het Recht des nabuurigen Lands ten dien opzichte met de onze overeenstemt.”

Die reëls met betrekking tot die uitlegsproblematiek in dié verband kan soos volg saamgevat word:

(a) Volgens Van der Keessel²⁸ moet 'n wet wat sy oorsprong in die Germaanse reg het in die lig van die Germaanse reg uitgelê word en dié wat sy oorsprong in die Romeinse reg het, moet in die lig van die Romeinse reg uitgelê word.

(b) Eckhard²⁹ wys daarop dat in geval van 'n “gemengde wet” dit wat Germaans is volgens die Germaanse reg uitgelê moet word en dit wat Romeins is volgens die Romeinse reg.

²⁴ Vgl Zajtay 373.

²⁵ Hoe ons houe presies te werk gegaan het om vas te stel wat ons gemenerereg in 'n betrokke geval is, verdien 'n deeglike wetenskaplike ondersoek. Daar is klaarblyklik 'n verskil tussen wat gesê word (naamlik dat ons gemenerereg die Romeins-Hollandse reg is) en dit wat gedoen is en nog soms gedoen word. Steyn *Die Uitleg van Wette* (verskeie uitgawes) verwys herhaaldelik na skrywers wat nie oor die Hollandse reg skryf nie. Dit is verder 'n bekende feit dat Steyn se werk 'n groot impak op ons reg het.

²⁶ *Regtsgeleerd Practicaal en Koopmans Handboek* (1806) 1 1 4.

²⁷ t a p.

²⁸ *Theses Selectae* (1860-herdruk) Thes 10. Vgl ook Van der Linden 1 1 6 2: “In de uitlegging van eenig punt van Rechten moet men vooral nagaan, uit welke bron dat recht oorspronkelijk is; bv in geschillen over een uitersten wil neemt men dadelijk zijn toevlugt tot het Romeinse Recht, het welk in dat stuk gevolgd wordt; maar dat zelfde spoor te volgen in een geschil over gemeenschap van goedere, in het Roomsche Recht onbekend, en van Duitschen oorsprong, zoude geheel oordeelloos zijn.”

²⁹ *Hermeneutica Juris* 2 1 22, 43 46 en 48–50 aangehaal deur Steyn (1981-uitg) 128. Vgl Van der Keessel Thes 11: “Si permixta sint in Statuto quodam juris Romani et patrii principia, jus hujusmodi mixtum ex suis unumquodque principii interpretandum est.”

(c) In geval van twyfel oor die oorsprong van 'n wet moet dit uitgelê word volgens die vaderlandse reg. Indien dit egter in die praktyk 'n Romeinsregtelike uitleg verkry het, moet daarby gehou word al verskil dit van die vaderlandse reg. Uit wat Van der Keessel verder sê, blyk dit dat indien die uitleg van 'n Hollandse wet volgens die Romeinse reg sinvoller is, so 'n uitleg gevolg moet word.³⁰

3 DIE INHEEMSREGTELIKE – GEMEENREGTELIKE ANALOGIE

In Suid-Afrika bestaan daar ook twee “regsisteme”³¹ naas mekaar, naamlik die gemenereg-gefundeerde Suid-Afrikaanse reg (hierna genoem die gemenereg) en die swartman se inheemsregsgefundeerde Suid-Afrikaanse reg (hierna genoem die inheemse reg).³² Artikel 11(1) van die Swart Administrasie Wet³³ magtig die kommissarishof om in sekere omstandighede³⁴ “na goedvinde” inheemse reg toe te pas. Na verwysing na die posisie in ons gemenereg sê president McLoughlin in *Mhlongo v Mhlongo*:³⁵

“These rules were framed to solve the difficulty arising from conflict between two systems of law viz, Dutch and Roman, the latter being subsidiary, but the principles involved are directly in point in dealing with the analogous position caused by parallel systems of law in this country, i e Native law and Common law. It is true that the condition of subsidium is not attached to one or other of these systems and the analogy may not be complete.”

In verskeie sake het die appèlhof vir kommissarishowe egter beslis dat die gemenereg die primêre regstelsel is en in nog ander sake is te kenne gegee dat die inheemse reg die primêre regstelsel is.³⁶ In *Ex Parte Minister of Native Affairs: In re Yako v Beyi*³⁷ sê appèlregter Schreiner na aanleiding van 'n standpunt wat in die hof *a quo* geopper is, naamlik dat inheemse reg die primêre regstelsel is:³⁸

“On the contrary, the indications are rather that common law was intended to be applied unless the native commissioner in his discretion saw fit in a proper case to apply native law. That view is supported by the general shape of the sub-section, which does not provide that the native commissioner shall have a discretion to apply common law or

30 Van der Keessel Thes 12. Vgl ook *Mhlongo v Mhlongo* 1937 NAH 124 (T en N) 125; *Fuzile v Ntloko* 1944 NAH 2 (K en O) 5.

31 Die woord “regsisteme” (en ook “regstelsel”) word in 'n losse sin gebruik omdat daar streng teoreties gesproke slegs een regstelsel of -sisteme in 'n regsgebied kan geld. Daar bestaan in elk geval verskeie variasies binne die begrip “inheemse reg” en in 'n sekere sin ook binne die begrip “gemenereg” (soos bv die reëls wat net op 'n spesifiseke provinsie van toepassing is).

32 In beide gevalle aangevul en gewysig deur wetgewing. In *S v Marwane* 1982 3 SA 736 (A) op 739 beskou hoofregter Rumpff stamreg (“tribal law”) as deel van die gemenereg van Bophuthatswana. Dit is myns insiens die korrekte rigting om in te dink.

33 38 van 1927.

34 Vgl hieroor Olivier “Artikel 11(1) van die Bantoeadministrasiewet, Wet 38 van 1927” 1976 *De Jure* 284, 1977 *De Jure* 141; Bennett “The Application of Common Law and Customary Law in Commissioners’ Courts” 1979 *SALJ* 399. Vgl in die algemeen die omvattende werk van Hooker *Legal Pluralism* (1975).

35 1937 NAH 124 (T en N) 125.

36 Vgl in dié verband *Nqanoyi v Njombeni* 1930 NAH 18 (K en O); *Moima v Matladi* 1937 NAH 40 (T en N) 44; *Warosi v Zotimba* 1942 NAH 55 (K en O) 57; *Magidela v Sawintshi* 1943 NAH 52 (K en O); *Sawintshi v Magidela* 1944 NAH 47 (K en O); *Fuzile v Ntloko supra* 4; *Lebona v Ramokone* 1946 NAH 14 (K en O) 16; *Sibanda v Sitole* 1951 NAH 347 (N-O) 350.

37 1948 1 SA 388 (A).

38 397.

native law. Framed as it is, it appears to me that the sub-section assumes that the native commissioner should in general apply common law and on that assumption empowers him in a proper case to apply native law. But I do not find it necessary for the purposes of deciding the present matter to hold that such a *prima facie* preference for the use of common law exists; and as there are various factors which the native commissioner would in one case or another have to take into account and which would ordinarily outweigh any such preference I think that I should assume, what leads for present purposes to the same result, that the native commissioner should exercise his discretion without regarding either of the systems of law as *prima facie* applicable. In each case he has at some stage to determine which system of law it would be fairest to apply in deciding the case between the parties. I think that he should only finally decide which system of law he is going to apply after considering all the evidence and argument as part of his eventual decision on the case: but it would probably be convenient in many cases for him to indicate at an earlier stage, and possibly even at the commencement of the trial, what law he would provisionally regard as applicable.”

Die Natalse Wetboek van Zoeloereg (en ook die Wetboek van Zoeloereg van Kwazulu) is substansieel ’n kodifisering van die inheemse Zoeloereg.³⁹ Aangesien dit wetgewingstukke is wat op magtiging van die Suid-Afrikaanse parlement uitgevaardig is, moet dit (en kan dit slegs) uitgelê word volgens die gemenerereg-funderde uitlegsreëls, maar myns insiens teen die agtergrond van die Zoeloereg. Laasgenoemde blyk ook uit die bepaling van artikel 144(3) van die Natalse Wetboek en artikel 109(3) van die Wetboek van Kwazulu. Die houe het kragtens genoemde artikels die bevoegdheid om tradisionele Zoeloereg toe te pas, selfs in gevalle waar dit nie in die wetboek beskryf word nie,⁴⁰ behalwe as dit in stryd is met natuurlike geregtigheid of die openbare beleid.

4 DIE GEWYSDEREG

Die uitlegsreëls wat in Suid-Afrika van toepassing is, dra kenmerke van sowel die Engelse as die Romeins-Europese reg. Trouens, daar is in die meeste gevalle nie enige verskil in die werking van dié reëls nie. In die lig hiervan is dit gepas om die een en ander oor die posisie in die Anglo-Amerikaanse reg mee te deel. Daar moet ook in gedagte gehou word dat die gemenerereg in dié lande basies dieselfde is.

4 1 Die Anglo-Amerikaanse reg

4 1 1 Die Statebondslande

In *Trimble v Hill*⁴¹ moes die Geheime Raad beslis oor die vraag of die Australiese houe die Engelse houe se uitleg van ’n Engelse wet wat in Australië oorgeneem is, moes volg. Die Geheime Raad beantwoord dié vraag positief, “since . . . it is of the utmost importance that in all parts of the empire where English law prevails, the interpretation of that law by the Courts should be as nearly as possible the same.” Die reël dat die houe mekaar se beslissings moet volg, word derhalwe nie as ’n absolute reël gestel nie – daar word verwys na “as nearly as

39 Dit is egter nie ’n presiese weergawe daarvan nie.

40 Word dit egter in die Wetboek beskryf, geld die Wetboek.

41 5 AC 342.

possible the same.”⁴² Daar moet in gedagte gehou word dat wanneer die Geheime Raad as ’n hof van appèl vir ’n ander land sit, dit in effek die hoogste hof van daardie land is. Dit kan derhalwe vandag ’n Indiese hof en môre ’n Nigeriese hof wees.⁴³

Hierdie benadering het ook tot gevolg dat die Engelse howe die beslissings van ander lande sal volg. In ’n Engelse saak⁴⁴ word dan ook die volgende gesê:

“Finally, one cannot shut from one’s mind the desirability of having a homogeneous development of the law in all countries which have adopted our system of patent legislation. That desirability must result in a tendency of our courts to follow those decisions if it is possible to do so. Accordingly, I have come to the conclusion that, approached in that way, there is an error of law on the face of the record.”

In ’n ander saak, *Cording v Halse*,⁴⁵ wys Lord Goddard daarop dat dit ’n ongelukkige toedrag van sake sou wees indien in ’n strafszaak op ’n soortgelyke feitestel en ten aansien van ’n identiese wetgewingstuk, ’n skuldigbevinding in Skotland sou volg en nie in Engeland nie.⁴⁶

4 1 2 Die Verenigde State van Amerika

In die saak *State of Kansas v Hill*⁴⁷ is H daarvan aangekla dat hy die “Sunday closing law” oortree het, naamlik deurdat hy op Sondag drie pakkies kougom, ’n doos seep en ’n pak hondekos verkoop het. Die betrokke wetsbepaling is van Missouri oorgeneem en die relevante artikels lui soos volg:

“Every person who shall expose for sale any goods, wares, or merchandise, or shall keep open any ale or porter house, grocery, or tipping shop, or shall sell or retail any fermented or distilled liquor, on the first day of the week, commonly called Sunday, shall, on conviction, be adjudged guilty of a misdemeanor, and fined not exceeding fifty dollars. The last section shall not be construed to prevent the sale of any drugs or medicines, provisions, or other articles of immediate necessity.”

Die hof verklaar genoemde wetgewing ongeldig synde strydig met die konstitusie van Kansas deurdat die sinsnede “other articles of immediate necessity” so vaag en onseker is dat dit artikel 10 van die *Bill of Rights*, vervat in die konstitusie, skend. In sy uitspraak sê regter Fatzer die volgende:⁴⁸

“This court has recognized and applied the rule that a statute adopted from another state carries with it the construction placed upon it by the courts of that state but the rule is not absolute and is subject to exceptions. One exception is that the construction of a statute by the highest court of the original state *after* it is adopted by another has no controlling effect on the adopting state, although it may be persuasive where it is supported by logic and good reasoning. But another and compelling reason exists why the

42 Vgl ook *Forget v Ostigny* 1895 AC 318 325: “The decisions in the English Courts are of course not authorities upon the construction of the article of the Canadian Code. But the words of the English statute relating to gambling contracts . . . do not differ substantially from those found in the Code. That statute renders null and void all contracts by way of gaming and wagering. The English authorities may, therefore, well be referred to as throwing light on the question what constitutes a gaming contract.” Vgl ook *Carnie v Carnie* (1966) EA 223 (Mombasa-appèlhof).

43 Vgl Allott 81.

44 *R v Patents Appeal Tribunal, Ex parte Swift and Co* (1962) 1 All ER 610 (QB) 618. Vgl ook Langan *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (1969) 73.

45 (1954) 3 All ER 287 (QB) 291.

46 In *National and Grindlays Bank Ltd v Dharamshi Vallabhji* (1966) 2 All ER 626 (PC) word gesê dat relevante Nieu-Seelandse sake “considerable persuasive authority” het by die uitleg van ’n Keniase wetgewingstuk.

47 91 ALR 2d 750 (Kansas Supreme Court).

48 758–759.

rule has no application here. The argument in support of it presumes a doctrine which, if followed, would substitute the supreme court of Missouri as a tribunal to determine the grave question whether the statute contravenes the constitution of Kansas in place of the supreme court of this state.”

Hieruit is twee reëls af te lei:

- (a) Uitsprake van die houe van die herkomsland wat na die adopsie gelewer is, het nie bindingskrag op die houe van die adopsieland nie.⁴⁹
- (b) Wetgewing, asook noodwendigerwys interpretasies daarvan en glosse daarop, is ongeldig as dit in stryd is met die konstitusie van die adopsieland.

In *Martin v American Potash and Chemical Corporation*⁵⁰ is beslis dat 'n afwyking van die bewoording deur die adopsieland dui op 'n verskil in die wetgewersbedoeling.⁵¹

Oor die algemeen heg die Amerikaanse houe deurslaggewende waarde aan interpretasies wat ten aansien van 'n geadopteerde wet gegee is. Die hooggeregshof van Michigan stel dit soos volg:⁵²

“The mere fact that the Michigan inheritance tax law was adopted from the statute law of New York does not necessarily require that decision of this Court be controlled by the prior construction placed upon the statute law of New York by its courts. However, such decisions are of importance and must be given weight in construing the statute law in this State. In the absence of an expression to the contrary, the legislature in passing the statute in this State will be considered to have adopted it with the construction so given.”⁵³

Dit wil voorkom of 'n soortgelyke reël, maar met minder bindingskrag, ook van toepassing is in gevalle waar die wet nie woordidenties is aan dié van die herkomsland nie, maar tog doelidenties is.⁵⁴ In *Padilla v Henning Hotel Company*⁵⁵ sê regter Harnsberger:

“This court has previously recognized and followed the generally accepted rule that where a statute of another jurisdiction is adopted the construction placed upon it by the highest court of that jurisdiction prior to the adopting enactment was also adopted. Federal courts have similarly applied that rule, when passing upon Wyoming statutes which have been taken from other states, providing the statutes were identical, had not theretofore been differently construed by the Wyoming Supreme Court and the construction involved the same question. Whether this rule should be the same in a case like the present one, where the Wyoming statute is not identical with the Congressional Act, although identical in purpose and substantially the same in meaning, could well be the controlling factor in deciding if tips are wages in the meaning of our statute. At this time, however, it is sufficient to say that we see no reason to disagree with the decision of the federal courts. In consequence, we will follow their holdings on the theory that the federal law is sufficiently similar to our own to render their interpreting decisions very persuasive even though we do not consider them to be controlling.”

49 Vgl ook *Gikas v Nicholas* 24 ALR 2d 576 (New Hampshire Supreme Court) 578.

50 35 ALR 2d 1140 (Delaware Supreme Court) 1147.

51 In *Sanguin v Wallace* 42 ALR 2d 511 (Oklahoma Supreme Court) 515 het die hof eenvoudig beslis dat nieëtaande die feit dat die wet van Kalifornië oorgeneem is, die uitleg daarvan deur die houe van Kalifornië nie in Oklahoma aanvaar is nie.

52 *Department of Revenue of the State of Michigan v Michigan National Bank* 36 ALR 2d 916 (per r Sharpe, met goedkeuring uit 'n vorige saak).

53 Vgl ook *Utah Poultry and Farmers Cooperative v Utah Ice and Storage Company* 23 ALR 2d 1461 (Tenth Circuit) 1465; *Green v Reese* 39 ALR 2d 861 (Oklahoma Supreme Court) 863; *Dixon v Dixon* 50 ALR 2d 1240 (Wyoming Supreme Court) 1245; *Home Savings Bank v Bentley* 67 ALR 2d 1450 (Wisconsin Supreme Court) 1455; *Armentrout v Hughes* 69 ALR 2d 620 (North-Carolina Supreme Court) 623.

54 Vgl hierteenoer *Martin v American Potash and Chemical Corporation supra*.

55 65 ALR 2d 968 (Wyoming Supreme Court) 973.

4 2 Prinsipiële ontwikkelings en variasies in Suid-Afrika

Voordat oorgegaan word tot 'n tematies-problematiese bespreking van die posisie in die Suid-Afrikaanse reg, is dit nodig om aan die hand van die toonaangewende sake⁵⁶ in dié verband op sekere prinsipiële ontwikkelings en variasies te wys.

In die Kaapse saak *R v Myburgh*⁵⁷ is M daarvan aangekla dat hy artikel 8 van Wet 5 van 1890 oortree het deurdat hy verdunde melk aan 'n sekere konstabel Jones verkoop het. In sy uitspraak wys regter Kotzé daarop dat die betrokke bepaling oorgeneem is van 'n Engelse wet, behalwe dat die woorde "Public Analyst" vervang is met die woorde "Government Analyst" of "Analyst under the Act" en voeg dan by:⁵⁸

"It has been held as a rule in this Court, that where, in the interpretation of a statute, we have to deal with similar language occurring in an English statute the Court will always follow the interpretation given by the English Courts."

In sy uitspraak⁵⁹ wys regter Buchanan daarop dat die interpretasie van die betrokke artikel deur die Engelse howe nie bevredigend is nie "and had this been an objection raised for the first time I do not feel that I could support it."⁶⁰

Die Transvaalse hof het in 1917 in *Beukes v Knights Deep Ltd*⁶¹ 'n minder rigiede houding ingeslaan. In sy uitspraak sê regter-president De Villiers:⁶²

"Now in *Trimble v Hill*⁶³ the Privy Council said that when a Colonial Legislature has passed an Act in the same terms as an Imperial Statute and the latter has been authoritatively construed by a Court of Appeal in England, such construction should be adopted by the Courts of the Colony as all the Courts in England are bound, until a contrary determination has been arrived at by the House of Lords. Even apart from this ruling, the Courts of this Province naturally incline, on account of their inherent weight, to follow the decisions of so eminent a College as a Court of Appeal in England. But where such Court has grafted a gloss upon the language of the Legislature, this Court must exercise an unfettered judgment in cases not strictly covered by the ruling of the Privy Council. Fortunately we are not placed in this difficult position, for this heresy has not been explored by two recent decisions of the House of Lords . . ."

In die appèlhofsaak *Wagenaar v Thomas*⁶⁴ het dit gegaan oor die uitleg van 'n Suid-Afrikaanse wet wat "but for a few verbal differences" identies was aan 'n Engelse wet.⁶⁵ Appèlregter Wessels sê:⁶⁶

"It is quite true that we are not bound by the decision, but where the Court of King's Bench interprets an English statute which our Legislature has adopted and that decision is approved by the Court of Appeal, we would treat it with great respect and would only differ from their interpretation if we were convinced that a mistake had been made or that the interpretation does not accord with our system of law. The decision, however, appears to us to be correct and to be based on sound reason."

Die appèlhof het in die saak van *Estate Wege v Strauss*⁶⁷ die regsposisie soos volg saamgevat:

56 Die mees aangehaalde sake.

57 1916 CPD 676.

58 680.

59 Vgl 678-679.

60 Vgl ook *R v Kew* 1909 EDC 186.

61 1917 TPA 683.

62 689-690.

63 Sien *supra* 4 1 1.

64 1930 AD 465.

65 470.

66 472.

67 1932 AD 76 80-81.

“The first question is whether our courts ought to interpret a section of a statute manifestly taken over from an English statute in the same way as it has been interpreted in English courts. It may be stated as a general proposition that our courts would, as a general rule, follow the authoritative interpretation of a section in an English statute as laid down by the higher English courts if that section occurs in a Union statute which in all its essentials is the same as the English statute in which the section occurs. If the decision is one of the Privy Council, and there is no difference between the Union statute and the English statute and if there is nothing in our common law which would require a different interpretation, then we would follow the decision of the Privy Council; and if an interpretation has been put upon a section of an English statute by one of the higher English courts, we would attach great weight to such an interpretation. But if our Legislature takes over a section of an English statute, that section will have to be interpreted in the light of our common law in exactly the same way as if it had not occurred in an English statute. The draftsman of a Union statute may find it convenient to use the same words as a similar section in an English statute, but it does not follow that our Legislature must be considered to have thereby incorporated not only the words of the section but the meaning which English courts have given that section as interpreted in the light of English common or statute law.”

Hierdie uiteensetting verteenwoordig, niteenstaande vroeëre uitsprake tot die teendeel,⁶⁸ die huidige regsposisie.⁶⁹

Mens kan jou beswaarlik indink dat wetgewing sinvol van ’n ander land ooreeneem kan word sonder inagneming, op die een of ander wyse, van die regspraak wat om sodanige wetgewing gebou is. Hieroor sê Weiss:⁷⁰

“Aber auch die Beachtung des gesetzlichen Wortlautes selbst in seinem systematischen Zusammenhange genügt nicht. Es ist ferner die Rechtsanwendung heranzuziehen. Es soll hier nicht auf die Streitigkeiten eingegangen werden, welche Bedeutung die Rechtsprechung für das Gesetz hat. Aber sicher ist es, dass Wesen und Tragweite der gesetzlichen Bestimmungen ohne die Kenntnis der Rechtsprechung nicht ermittelt werden kann.”

4 3 Tematies-problematiese Uiteensetting

4 3 1 Taalproblematiek

4 3 1 1 Gaan dit om woordidentiek?

Die vraag wat hier ter beantwoording staan, is of ons howe genoemde gewig aan die vertolkings van die howe van die herkomsland moet gee slegs in gevalle waar die geadopteerde wet woordeliks identies is aan die oorsprongwet en of dieselfde reëls geld waar die wet substansieel dieselfde is, maar nie woordeliks nie.

Soos reeds daarop gewys, was die woorde wat in *R v Myburgh* betrokke was nie dieselfde nie en tog is die Engelse gewysdes gevolg.

In *Roodepoort United Main Reef GM Co Ltd v Du Toit*⁷¹ laat regter Solomon weer blyk dat dit om woordidentiek gaan:

“Although, therefore, there is force in the argument that as our Companies Act is taken over from the English Act, we should be guided in our interpretation of it by decisions of English Courts on identical sections the argument cannot be pressed too far, and does

68 Vgl *Osaka Mercantile Steamship Co Ltd v South African Railways and Harbours* 1938 AD 146 173.

69 Vgl *R v du Preez* 1943 AD 562 564 576; *Wendywood Development (Pty) Ltd v Rieger* 1971 3 SA 28 (A) 41; *Mjuqu v Johannesburg City Council* 1973 3 SA 421 (A) 439; *Randfontein Non-White Sanatorium v Squibb* 1977 1 SA 162 (T) 165. Vgl ook Steyn 133.

70 Weiss 83.

71 1928 AD 66 71.

not justify us in adopting any English decision which is based upon legal principles which are foreign to our system of law."

Soos hierbo op gewys is, is die onderhawige reël in die appélhofspraak *Wagenaar v Thomas* toegepas op die uitleg van 'n Suid-Afrikaanse wet wat "but for a few verbal differences" identies was aan 'n Engelse wet. Hier het dit dus duidelik nie gegaan om woordidentiek nie, maar om substansie- en doelidentiek.

In *Perm-Us (Pty) Ltd v Maeder*⁷² moes die hof 'n wetsbepaling uitlê wat "to all intents and purposes" identies is aan 'n Engelse wet en laasgenoemde wet is weer "similar to" 'n Indiese wetsbepaling wat deur die Geheime Raad uitgelê is. Regter Centlivres pas die substansie- en doelidentiek-benadering toe:⁷³

"Seeing that this decision turns on the provisions of a Statute which are practically identical with our Statute, it seems to me that I should regard that decision as binding."

Die genoemde beslissing van die Geheime Raad is volgens die hof "in agreement with the general trend of decisions on this point in the English Courts . . ."⁷⁴ Die hof bespreek gevolglik genoemde Engelse sake en pas dit as gesag toe. Hier is die Engelse reg met 'n ompad toegepas.

Dit blyk dat die meerderheid⁷⁵ van die Suid-Afrikaanse gewysdes die substansie- en doelidentiek-benadering ondersteun: die teks moet substansieel dieselfde as dié van die herkomsland wees en dit moet dieselfde doel hê. Hierdie benadering is myns insiens logies en sinvol.

4 3 1 2 Tweetaligheid en vertalings

In Suid-Afrika bestaan daar twee amptelike tale. 'n Engelse wet, om 'n voorbeeld te gebruik, wat in Suid-Afrika oorgeneem word, moet ook in Afrikaans vertaal word.⁷⁶ Veronderstel die Staatspresident onderteken die Afrikaanse teks en daar bestaan 'n onversoenbare teenstrydigheid tussen die Afrikaanse en Engelse teks. Kan nog na die Engelse teks en Engelse sake in dié verband verwys word? Kragtens artikel 65 van die Grondwet⁷⁷ kan in so 'n geval slegs aan die Afrikaanse teks gevolg gegee word.⁷⁸ Hierdie benadering is te rigied en die howe behoort groter vryheid te hê om ook in sodanige gevalle, onder gepaste omstandighede, lig by die Engelse beslissings op te steek. Dieselfde geld vir wette wat uit 'n ander taal as 'n amptelike taal vertaal word in die amptelike tale. In so 'n geval behoort ook lig opgesteek te kan word by die oorspronklike taal en gewysdes ten opsigte van die oorspronklike wetgewingstuk.

4 3 1 3 Tegniese en geykte terme

Woorde het soms 'n sekere tegniese of geykte betekenis in 'n vreemde reg wat hulle nie in ons reg het nie. By die uitleg van 'n geadopteerde wet waarin dié woorde voorkom, word hulle uitgelê volgens die betekenis daarvan in ons reg.⁷⁹

72 1939 CPD 183 187.

73 188. Vgl ook *Osaka Mercantile Steamship Co Ltd v South African Railways and Harbours supra* 172: "If, therefore, the section we are considering was substantially the same as the construed in *The Crystal case* . . . I think we could be justified in attaching great weight to the House of Lords' decision." Vgl ook 173.

74 188.

75 Vgl ook *Rosenbach and Co (Pty) Ltd v Dalmonte* 1964 2 SA 195 (N) 205; *Williamson v Helleux* 1978 2 SA 348 (T) 356.

76 In *R v du Preez* 1943 AD 562 576 word dan ook na die Nederlandse teks verwys.

77 32 van 1961.

78 Steyn 141.

79 Vgl *Ex parte de Villiers* 1926 OPD 221.

Ter illustrasie: veronderstel 'n wet waarin die woord “huwelik” voorkom, word oorgeneem van 'n land waarin poligamie erken word. Die konsep “poligamie” word in so 'n geval nie ook in daardie verband oorgeneem nie.⁸⁰ Die woord “huwelik” behoort in ons reg uitgelê te word as “monogame huwelik.”

4 3 2 Regsinchronisasie

In die onlangse saak *S v Marwane*⁸¹ het die appèlhof beslis dat, analoog aan die posisie in die Amerikaanse reg hierbo bespreek, alle geadopteerde wette wat in konflik met die konstitusie van 'n land – in die betrokke geval Bophuthatswana – is, verval.

In 'n vroeëre Rhodesiese saak sê regter Young die volgende:⁸²

“As has on occasion been emphasised, the fact that the wording of a statute follows that of a statute of another country does not mean that the interpretation given to the local statute will be the same as that given to similar wording in another country. One reason is that the context may differ. The duty of the Court is to ascertain the meaning which the Legislature of this country must be deemed to have intended.”

In dieselfde trant is weer in 'n ander saak daarop gewys dat die “scope and nature of protection” kan verskil.⁸³

'n Algemene en omvattende reël kan myns insiens in dié verband geformuleer word: die geadopteerde wet moet so uitgelê word dat dit sinchroniseer met die regsorde⁸⁴ – en daardeur met die breëre sosiale orde – van die adopsieland.

4 3 3 Die Presedentestelsel

Indien ons howe 'n presedent ten aansien van die uitleg van 'n geadopteerde wetgewingstuk geskep het, word dit gevolg.⁸⁵ Indien 'n vreemde relevante gewysde nie raakgesien of onder die aandag van die hof gebring is nie, kan nie sonder meer later daarop teruggeval word en die eie presedente geïgnoreer word nie.⁸⁶

In *Krause v Commissioner for Inland Revenue*⁸⁷ het dit gegaan oor die uitleg van 'n bepaling van 'n Suid-Afrikaanse wetgewingstuk, naamlik die vorige

80 tensy die teendeel uitdruklik of by duidelike implikasie blyk.

81 1982 3 SA 736 (A) 754.

82 *Ex parte Adair Properties (Pvt) Ltd* 1967 2 SA 622 (R) 623–624.

83 *Norden v Bhanki* 1974 4 SA 647 (A) 655.

84 Vgl *De Villiers v Sports Pools (Pvt) Ltd* 1975 3 SA 253 (RA) 254: “Apart from those two minor and inconsequential differences, the wording is identical. It does not necessarily follow from the fact that the Legislature of one country has copied a statute enacted by the Legislature of another country, where the common law is different, that the Courts will give the same meaning to it as has been given to it by the Courts of that other country.”

85 Vgl *R v du Preez supra* 579.

86 Vgl my artikel “Op die Voetspoor van die Wetgewingsproses: Subsecuta Observatio en Contemporanea Expositio” 1979 *De Jure* 91 99. Vgl eger *L v Commissioner of Taxes* 1952 3 SA 155 (SR) 158: “In *Ex parte de Villiers* ... the Court indicated, in considering a somewhat similar expression, that the English cases on the point could not be regarded as a safe guide in construing a South African statute. No satisfactory reason was given for this view. It has been generally accepted that, in considering similar wording in statutes, great weight should be attached to interpretation by the English Courts.” De Villiers se saak is nie gevolg nie. Vgl in die algemeen *Commissioner for Inland Revenue v African Oxygen* 1963 1 SA 681 (A) 691; *S v Clifford* 1976 1 SA 695 (A) 699; *Ex parte Bennett* 1978 2 SA 380 (W) 386.

87 1929 AD 286.

grondwet, wat ooreenkom met 'n bepaling van die Amerikaanse grondwet. Daar was 'n *latere* Amerikaanse saak waarin die betrokke bepaling uitgelê is. Die appèlhof beslis dat hy nie gebonde is aan genoemde saak nie en "we can only follow it, if convinced by the reason given in support of it."⁸⁸ Die reëls hierbo uiteengesit, geld gevolglik slegs vir gewysdes wat voor adopsie bestaan het. Beslissings wat na adopsie deur die howe van die herkomsland gelewer is, is nie sonder oorredende waarde nie, maar dit het nie tot gevolg dat ons eie gewysdes se bindingskrag daardeur verskraal word nie.

4 3 4 Staatsassimilasie

In *Randfontein Estates Gold Mining Co Witwatersrand Ltd v Minister of Finance*⁸⁹ het dit gegaan oor die uitleg van ou Kaapse wette wat deur die Uniewetgewer vir die hele land uitgevaardig is. Regter Greenberg verklaar:⁹⁰

"In the present case I do not think anything turns on the fact that the Cape Acts were passed by a different Legislature. The Union Parliament is a successor to the Cape Parliament and the practice under a Cape Act which the Government of the Union has been administering is as much within its ken as if it had grown up under a Union Act."

Dieselfde reëls, soos in dié artikel uiteengesit, behoort myns insiens ook te geld in dié gevalle waar 'n nuwe staat gevorm word deur die samevoeging van vroeëre state of regsgebiede en 'n wet van 'n voormalige staat of regsgebied word op die hele gebied van die staat van toepassing gemaak.⁹¹

4 3 5 Adopsiegerigheid

In *Smith v Clarke*⁹² het dit gegaan oor 'n Kaapse wet wat in Natal geadopteer is. Die Kaapse wet het weer sy oorsprong in Engeland gehad. In sy uitspraak sê appèlregter Stratford:⁹³

"This section of the Natal Act was, admittedly, copied from an earlier Cape Act. If there had been at that time a judicial interpretation of the similar Cape section it would, perhaps, be reasonable to suppose that the section was adopted by Natal in the judicially interpreted sense. But there was no such interpretation and we cannot attribute to the Natal lawgiver even a knowledge that the section had a more remote origin."

In die lig van die waarde-eenvormigheid in sekere wêrelddele is dit moontlik dat 'n wetgewingstuk in een land, veral indien dit uit 'n bepaling of twee bestaan, toevallig substansieel kan ooreenkom met dié van 'n ander land. In so geval geld die reëls in hierdie artikel uiteengesit nie as sodanig nie. Daar word egter nie voorgegee dat daar by interpretasieprobleme nie oor en weer kers opgesteek

88 295.

89 1928 WLD 77.

90 84.

91 Vgl ook *Ex parte Minister of Justice: In re R v Bolon* 1941 AD 345 359 waar uit 'n Engelse saak (*Mersey Docks v Cameron* 11 HLC 433 480) aangehaal word:

"[W]hen a particular form of legislative enactment which has received authoritative interpretation, whether by judicial decision or by a long course of practice, is adopted in framing a later statute, it is a sound rule of construction to hold that the words so adopted were intended by the Legislature to bear the meaning which has been so put upon them." Vgl ook die posisie in die Amerikaanse red 4 l 2 *supra*.

92 1935 AD 224.

93 227. Vgl *Christian Brothers v Kimberley Municipality* 1936 AD 220 228.

kan word nie – daarvoor is die mens en sy gemeenskap met dié se probleme te eenvormig.⁹⁴

Daar moet een of ander adopsie-aksie of -gerigtheid (deur die wetsopstellers of -inisiëerder) wees voordat die (meer “rigiede”) reëls, in hierdie artikel uiteengesit, van toepassing is.⁹⁵

4 3 6 *Het ons hier met 'n vermoede te make?*

In die *Osaka Mercantile Steamship*-saak⁹⁶ sê appèlregter Stratford:

“If this country adopts an English enactment the presumption is that the adoption is with full recognition of the sense which judicial interpretation has given it.”

'n Vermoede kan omskryf word as 'n deur die reg daargestelde surrogaat indien die werklike feite onbekend of onseker is. In die gangbare wetsuitlegstaal en – benadering sou die begrip “vermoede” beteken dat indien die bedoeling van die wetgewer nie duidelik blyk uit die woorde van die wet nie, genoemde surrogaat outomaties aanwending vind.⁹⁷ Om kortpad te neem: in die lig van die onderhawige tema sou dit beteken dat die howe verplig sou wees om die beslissings van die herkomsland te volg indien die wet uitlegprobleme oplewer.⁹⁸ Hoewel mens deur gebruikmaking van moeisame denkprouse die onderhawige reël in 'n vermoede sou kon “informuleer” – soos mens trouens bykans met enige reël sou kon doen – sou ek eerder aan die hand doen dat dit op die bestaande meer elementêre-relatiewe basis gehou word.

5 DIE INTERNASIONALE PRIVAATREG

Indien 'n vreemde wetgewingstuk, kragtens die reëls van ons internasionale privaatreë, deur ons howe toegepas word, word dit uitgelê volgens die uitlegreëls van die land van herkoms van genoemde wetgewingstuk.⁹⁹ Dit wys op die enormiteit van die taak wat soms aan die regbank gestel word – daar word soms van 'n regter verwag om hom as't ware uit sy eie regsbewussyn te lig en te plaas in dié van 'n ander.

6 ANDER DOKUMENT AS 'N WETGEWINGSTUK

In die Amerikaanse saak *Stanley v American Motorists Insurance Company*¹⁰⁰ het 'n motorvoertuigaanspreeklikheidspolis 'n uitsluitingsbepaling bevat waarin bepaal is dat dit nie van toepassing is wanneer die voertuig gebruik word vir openbare vervoer nie. Die betrokke voertuig is in 'n enkele geïsoleerde rit gebruik

94 Vgl I 2 1 *supra*. Oor en weer verwysing en ligopstekery sal in so 'n geval op 'n baie losser *ad hoc*-basis geskied, aangesien kennis van die herkomsland se gewysdes nie in so 'n geval veronderstel kan word nie.

95 Vgl *Rosenbach and Co (Pty) Ltd v Dalmonte* 1964 2 SA 195 (N) 205.

96 *supra* 174.

97 Vgl my nota “Die Uitleggingsvermoede teen Wysiging van die Bestaande Reg” 1981 *De Jure* 333.

98 Vgl Bates “Conflicting Presumptions – Stalemate or Solution” 1977 *Canadian Bar Review* 753 ten aansien van die problematiek verbonde aan konflikterende vermoedens in die bewysreg. Dieselfde problematiek kom by die uitlegsvermoedens voor. Dit verdien egter 'n indringende afsonderlike ondersoek.

99 Vgl Spiro *Conflict of Laws* (1973) 45; Firsching *Einführung in das internationale Privatrecht* (1974) 47.

100 30 ALR 2d 268.

om persone teen vergoeding na 'n pickniek te vervoer en die ongeluk waaruit die besering voortgevloei het, het gedurende genoemde rit plaasgevind. In sy uitspraak sê regter Markell van die Marylandse appèlhof:¹⁰¹

“It seems not unreasonable that, like a state which adopts, by copying, a foreign statute . . . parties who adopt an insurance policy, which apparently has had nationwide use and has been judicially construed in five or six states, adopt with it the uniform judicial construction that it has received in other states.”

Die verskeraar word in die lig van genoemde interpretasies aanspreeklik gehou. Hierdie benadering is sinvol en redelik.

101 272-273.

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 DJ Joubert
Sameroeper Publikasiefondskomitee
Vereniging Hugo de Groot
Posbus 1263
PRETORIA
0001

AANTEKENINGE

SOME IMPLICATIONS OF SECTION 90 OF THE CRIMINAL PROCEDURE ACT

As far as statutory crimes are concerned, a distinction is made in our law between a so-called negative element of the definition of the proscription (“daadomskrywing” or “verbodsbekrywing”) on the one hand, and an exception on the other hand. This distinction is derived from section 90 of the Criminal Procedure Act 51 of 1977 (formerly section 127(2)(b) of Act 31 of 1917 and section 315(2)(b) of Act 56 of 1955).

A negative element, being part of the definition of the proscription, must be set forth in the charge and proved by the state. For instance, it was held in *Van Rooyen* (1968 3 SA 324 (O)) that the italicised words in the provision (section 23 of Ordinance 7 of 1904 (O)) which renders it a crime for a master to withhold the wages of a servant *without his consent and without reasonable and probable cause for believing that the wages so withheld were not really due*, constituted such an element. The legislature may, of course, place the onus of proving the negative element in question on the accused, for example, certain instances covered by the well-known presumption of lack of authority in the Criminal Procedure Act (section 250(1)).

On the other hand, section 90 of the Criminal Procedure Act 51 of 1977 provides that an exception, exemption, proviso, excuse or qualification (hereafter referred to as an exception) need not be specified or negatived in the charge, and, if so specified or negatived, need not be proved by the prosecution, but may be proved by the accused (upon a balance of probabilities: *Galgut's Garage (Pty) Ltd* 1969 2 SA 459 (A) 646E) if he wished to take advantage of it. For instance, it has been held (*Nkosi* 1950 4 SA 425 (T)) that the italicised words in the provision (section 26(1)(a) of Act 14 of 1912) rendering it a crime for any person *not being a member of the Force*, to pretend that he is a member, constitutes such an exception.

Exception not element of crime

Since the distinction between negative elements of the definition of the proscription and exceptions affects the onus of proof, it is obviously important from an evidentiary point of view. But the distinction is also important because it affects the substantive law as well. By enacting that an exception need not be set forth in the charge, the legislature has in effect ruled that the exception no longer forms part of the crime in question (*Zondag* 1931 AD 8 14; *Wessels* 1960 1 SA 351 (T) 352C; *Tayob* 1964 1 SA 279 (T) 285A-B; *Kurz* 1971 1 SA 833 (SWA) 841H; *contra: Tshwape* 1964 4 SA 327 (C) 332H). Thus, for instance, it is not accurate to say that the elements of the criminal provision in section

2 of Proclamation 26 of 1922 (SWA) which stipulates that it is a crime for anyone to buy or deal in rough or uncut diamonds without a licence are buying or dealing in such diamonds without a licence. It has been decided (*Zondag supra*) that the fact that the accused must not have been in possession of a licence is not an element of the crime in question; rather, the fact that the accused did have a licence is an exception upon which he may rely in proving that he should be exempted from criminal liability for the crime concerned. The crime accordingly is buying or dealing in rough or uncut diamonds simply and not dealing in rough or uncut diamonds without a licence (*Zondag supra* 14).

What constitutes an exception?

It is therefore of great importance to ascertain whether a provision contained in a definition of a proscription constitutes an element of that definition or whether it is merely an exception of which the accused may avail himself if he can prove that he or his conduct falls within its terms. However, it has proved to be rather difficult to decide whether a particular provision constitutes a negative element of the definition of the proscription or whether it amounts to an exception in terms of section 90 of the Criminal Procedure Act; our courts have in this process built up a considerable casuistry, with little provision of general principles. In fact, the application of section 90 to a particular statutory provision is not amenable to a logical approach: there is no way in which it can logically be decided what constitutes an incriminating factor (element of the definition of the proscription) and what an exculpatory factor (exception). As was remarked in *Kula* 1954 1 SA 157 (A) 162-163:

“If an area is defined in terms of what would otherwise have been a circle but by deduction of a certain segment, it seems to me notionally impossible to refer to the segment as either an additional element of or an exception to the area defined.”

The most that can be stated in the form of a general rule is that it depends upon the rules governing the interpretation of statutes whether the provision in question amounts to an exception to criminal liability or whether it forms an additional element of the definition of the proscription (*Zondag supra* 16). The legislature's intention is to be ascertained with reference to the language used (*Zondag supra* 14; *Kisyombe* 1953 3 SA 139 (C) 141G) and in this process the meaning and grammatical shape of the expression in question, its context, its scope and object and the practical consequences of competing constructions must be examined (*Kula supra* 161A-B). While assistance may be gained from the words used, the matter is not mechanically governed by the mere use of set phrases, even when taking into account that it may be argued that the legislature must be deemed to have had the words of section 90 of the Criminal Procedure Act in mind when formulating a particular provision (*Kula supra* 163B-F). Thus, although the word “unless” usually indicates an exception (e.g. *Tshotsi* 1926 TPD 100; *Stainer* 1956 3 SA 498 (FC)), it may nevertheless also introduce an element of the definition of the proscription (*Langeveldt* 1969 1 SA 577 (T)) and while the words “otherwise than” may relate to an exception (*Tommy* 1931 NPD 317) they may also relate to an element of the definition of the proscription (*Sitole* 1959 4 SA 235 (N); *Essack* 1963 1 SA 922 (N)). Where the legislature has used the very word “exception” (*Noqobo* 1955 4 SA 105 (E)) or “exemption” (*Louterwater Landgoed (Edms) Bpk* 1972 2 SA 809 (C)), it has been more readily accepted that an exception was intended, but even the use of a term contained

in section 90 of the Criminal Procedure Act does not guarantee that an exception was implied, for example the word "provided," although usually indicating an exception (*Chaimowitz & Co (Pty) Ltd* 1957 3 SA 620 (O); *Galgut's Garage (Pty) Ltd supra*), may yet sometimes be interpreted to refer to an element of the definition of the proscription (*Messias* 1967 3 S 673 (T)).

A factor in support of an interpretation which would favour the application of section 90 of the Criminal Procedure Act is that no undue hardship would be imposed upon the accused to establish the applicability of the provision concerned, whereas it would be very difficult for the state to negative it (*Tshotsi supra* 114; *Chaimowitz & Co Ltd supra* 624-625; *Von Wielligh* 1959 4 SA 352 (C) 355-356). For example, where the matter concerns something peculiarly within the knowledge of the accused, it may be an indication that the provision in question amounts to an exception (*Noqobo supra* 106C-D; *Mcunu* 1960 4 SA 544 (N) 545-546; *Nkopane* 1962 4 SA 279 (O) 280C-D). The same would apply where the provision contains a number of distinct exclusionary conditions, all of which the state would have to negative if it had to bear the onus of proof, while the accused, if section 90 were to apply, would be in a position to restrict the enquiry to such conditions as might be advanced with some prospect of being proved (*Kula supra* 161E-F).

In deciding whether a particular provision amounts to an exception, it may be of assistance to a court to excise the provision concerned from the indictment and then to determine whether what remains of the indictment "looks like something that the Legislature might well have intended to make an offence" (*Beebee* 1944 AD 333 336; *Kula supra* 161A-B). Section 10(1) of Act 25 of 1945 for instance, provides that no Black may remain for more than seventy-two hours in an urban area unless

- a he was born and permanently resides in such area;
- b he has worked continuously in such area for one employer or has lawfully remained continuously for a specific period;
- c such Black is the wife, unmarried daughter or son under a certain age of any above-mentioned native; or
- d permission so to remain has been granted to him.

It is clear that with this provision the legislature was prohibiting the presence of some but not all Blacks in urban areas for a period in excess of seventy-two hours. It could adopt either of the following methods in achieving this purpose:

- a by penalising only those Blacks in respect of whom it is proved that none of the above-mentioned conditions applies or
- b by penalising all Blacks except those who prove that one or other of the conditions applies to them.

In assisting the court to decide whether the conditions in question amount to elements of the definition of the proscription (i.e. method (a) above) or whether they amount to exceptions (method (b) above), the question may be considered whether the residue of the provisions, after the conditions have been eliminated, namely "no Black shall remain for more than seventy-two hours in an urban area" by itself discloses a crime (*Kula supra* 161C-D). This "truncation test," however, does not in fact amount to a decisive test for the applicability of section 90, because whether or not the residue of the provision concerned by itself

discloses a crime can be decided only when all aspects relating to the interpretation of the provision in question have been investigated and considered (*Kula supra* 161D), eventually leading back to the original question, whether the alleged exception is in fact one to which section 90 applies or whether it is part and parcel of the crime created by the provision (*Kula* 161 A). Utilising the "truncation test" the courts have reached different conclusions in the interpretation of different provisions. While for example, the italicised words in the provision (s 13(2) of Ordinance 18 of 1957 (T)) which made it a crime for anyone to dispose of any second-hand motor vehicle to any person *other than a motor dealer holding a motor dealer's licence* without furnishing him with a valid roadworthy certificate were interpreted to constitute an exception (*Dormehl* 1965 1 SA 333 (T) 335-6), the underlined words in the provision (section 76(1)(a) of Ordinance 21 of 1966 (T)) rendering it criminal for any person who is the owner or in charge or control of a motor vehicle to employ or permit any person to drive such vehicle on a public road *unless such other person is licensed to drive the vehicle*, were held to refer to an element of the crime in question (*Langeveldt supra* 580-581).

Exception a statutory ground of justification

It has been shown that an exception in terms of section 90 of the Criminal Procedure Act is not an element of the crime in question, but a defence upon which an accused may rely in proving that he should be exempted from criminal liability for the crime concerned. It is submitted that such an exception in effect amounts to a statutory ground of justification, proof of which will indicate that the accused's conduct was lawful. The only difference with common-law grounds of justification is that while the onus of negating a common-law ground of justification remains on the prosecution, the onus of proving the applicability of the statutory ground of justification, in terms of section 90, is placed upon the accused.

Ignorance or mistake in respect of exception

A mistaken conception on the part of the accused may result in his not having the requisite intention as far as crimes for which intention is required, are concerned. However, a mistake will have this effect only if the mistake is "essential," that is if it relates either to an element contained in the definition of the proscription or to the unlawfulness of the conduct concerned. Since an exception in terms of section 90 of the Criminal Procedure Act does not form part of the definition of the proscription, a mistaken conception on the part of the accused as to such an exception, in other words, does not amount to a mistake in respect of an element of the definition of the proscription. It has, nevertheless, been submitted that exceptions in terms of section 90 amount, in effect, to statutory grounds of justification. A mistake as to such an exception should therefore be treated on a basis comparable to a mistake about any common-law ground of justification. However, our case law has not made it clear that such mistakes should be treated in this way and as a result there has been some uncertainty.

Perpetrators

A distinction is made between perpetrators and accomplices as regards the question of mistake or ignorance in respect of the exception in question. As far as perpetrators are concerned, there is a view which holds that a mistaken belief

that he is exempted, does not exclude an accused's fault (*Mdalakwa* 1935 TPD 389, 390–391; *Louterwater Landgoed (Edms) Bpk supra* 817–818). This view proceeds from the basis that reliance upon an exempting provision will only avail an accused who can show that he is in fact covered by the terms of the exemption or exception; a mistaken belief that he is exempted is insufficient (*Mdalakwa supra* 391; *Louterwater Landgoed (Edms) Bpk supra* 817 *in fine*, 818D). It is said that the accused's mistake amounts to a mistake of law upon which he may not rely (*Louterwater Landgoed (Edms) Bpk supra* 818A–B). There is, however, also a view holding that fault is excluded in the case of an accused who mistakenly believes that he is exempted (*Ndomase* 1976 2 SA 47 (C)).

It is submitted that the view held in *Ndomase (supra)* is preferable. Since an exception (in terms of section 90 of the Criminal Procedure Act) amounts in effect to a statutory ground of justification, comparable to any common-law ground of justification, a mistaken belief that the exception applies should be regarded as a mistake in respect of the lawfulness of the conduct in question, and should be treated on the same basis as mistakes with regard to common-law grounds of justification. An accused who mistakenly believes that his conduct is covered by a statutory ground of justification accordingly believes that his conduct is lawful. *De Blom* (1977 3 SA 513 (A)) constitutes decisive authority for the principle that an accused who is unaware of the fact that his conduct is unlawful, cannot be held liable for a crime in respect of which intention is required. The view that reliance upon an exempting provision will only avail an accused who proves that he in fact falls within the terms of an exemption is tantamount to a denial of the element of fault and constitutes a preoccupation only with the element of unlawfulness.

An example of an instance which has often been held to constitute an exception in terms of section 90 of the Criminal Procedure Act is the provision that the performance of certain conduct amounts to a crime if undertaken without a licence (e.g. *Zondagh supra*; *Shangase* 1960 1 SA 734 (A); *Van Staden* 1976 2 SA 685 (N)); the production of a licence should therefore be viewed as constituting a statutory ground of justification. If the accused – in contradistinction to the case where he is mistaken, as set out above – is merely ignorant of the fact that a licence is required for his conduct to be lawful, it may be argued that the accused's ignorance of the availability of such ground of justification is irrelevant and should not affect his intention (cf *Bonadei Construction (Pty) Ltd* 1968 1 SA 550 (SWA) 553F; but cf 553E where, contrary to the court's statement at 553F, it would seem that the accused was, after all, aware of the licence requirement). However, if it should emerge – as would almost invariably be the case – that the accused is ignorant of the entire provision which renders his conduct criminal, if performed without a licence, he would in fact be unaware that his conduct is unlawful. (See in this regard *Zakwe* 1967 1 SA 298 (C); *Zemura* 1974 SA 584 (RA); and *Poslinsky* 1979 4 SA 407 (T). In *Zakwe*, however, the court seems to have regarded the absence of a licence as an element of the crime in question, rather than as an exception (299E–F). Moreover, the court's reliance upon *Nxumalo* (1965 2 PH H 149 (N)) is not convincing, since that case dealt with a different issue, namely the ignorance of an accomplice with regard to whether an exception existed in favour of the perpetrator.)

There have been some cases in which it emerged that the accused, although aware of the provision requiring a licence in order for the conduct in question

to be lawfully performed, mistakenly thought that in the particular circumstances he did not require a licence (*Nagappan* 1926 TPD 299; *Kaba* 1970 1 SA 439 (T); *Mdladla* 1972 3 SA 53 (N); *Rabson* 1972 4 SA 574 (T); *Bledig* 1974 2 SA 613 (RA)). In *Kaba* and *Bledig* the accused mistakenly relied upon a putative ground of justification, while in *Mdladla* the accused mistakenly relied upon a statutory ground of justification. In *Rabson* the accused relied upon incorrect advice in mistakenly believing that his conduct would be lawful in spite of his not having acquired the permit in question and in *Nagappan* the accused, also relying upon incorrect legal advice, mistakenly believed that as the refusal of the licence was illegal, he would, by making due application and by tendering the requisite fees, be justified in trading without having obtained the requisite licence. It is submitted that the decisive factor in all these cases is that the accused believed – albeit mistakenly – that his conduct was lawful, in spite of his not having acquired the licence concerned; he therefore should not, especially after *De Blom (supra)*, be convicted of a crime for which intention is required.

Accomplices

The approach of our courts to the issue of mistake or ignorance on the part of an accomplice with regard to exceptions in terms of section 90 of the Criminal Procedure Act can best be illustrated with reference to statutory crimes that involve the performance of a certain act without the required licence or permission. In most cases our courts have held that the absence of such licence or permission does not constitute an element of the crime in question, but that the existence of such licence or permission is an exception which the accused may, in terms of section 90 of the Criminal Procedure Act, prove in escaping criminal liability (*Zondagh supra*; *Shangase supra*; *Van Staden supra*; *Tshotsi supra*; *Von Wielligh supra*; *Tayob supra*; *Kurz supra*). Without expressly deciding that the provision concerned, which related to the existence of a licence constituted an exception, our courts have in a number of cases held that where an employee is managing the business of his employer in the latter's absence, he is not liable (as accomplice) on a charge of carrying on a business without a licence in the absence of proof of knowledge on his part that his employer had no licence (*inter alia Maduna* 1948 3 SA 753 (T); *Nxumalo supra*; *Hlatswayo* 1966 4 SA 278 (N); decisions supporting the same principles upon somewhat different factual circumstances are *Van Wyk* 1969 1 SA 37 (C) and *Cassim* 1969 2 PH H 182 (N)). In *Tommy (supra 323)* it was held that the provision in question, relating to the existence of a licence, did in fact amount to an exception and that the accused was entitled to an acquittal if he could show that he believed that his employer was licensed, but not if he was merely ignorant about whether or not a licence had been obtained. The latter aspect of the decision is therefore in conflict with the former decisions and also with the next one. In *Tshwape (supra 333H, 334G–H)* it was likewise held that the relevant provision relating to the existence of a licence amounted to an exception in terms of section 90 of the Criminal Procedure Act (332F–G) but that the accused's fault, as an alleged accomplice, was excluded if the state was unable to prove that he was aware of the fact that the perpetrator had not obtained a licence. (Contrary to *Tommy supra* it was held (333–334) that, since the crime of the accomplice is separate and distinct from that of the perpetrator, the forerunner of section 90 of the Criminal Procedure Act did not apply to accomplices and that no onus was

consequently cast upon an accomplice). The decision was based upon the principle that an accomplice, in order to be criminally liable, must have been aware of all the essential or material facts which constitute the crime (331H), it having been held – rather inconsistently and contrary to the generally accepted view – that although the provision relating to a licence constituted an exception, the absence of such a licence was nevertheless one of the essential or material facts constituting the crime (332H); in other words, that it was in effect an element of the definition of the proscription. For the proposition that an accomplice must have knowledge of all the essential or material facts which constitute the crime, *Tshwape* is based upon *Kazi* (1963 4 SA 742 (W) 749 *in fine*). However, in *Kazi* (*supra* 750B–H) it was decided that the alleged exception in fact amounted to a negative element of the definition of the proscription. It has been averred (Joubert (ed) *The Law of South Africa* vol 6 (1981) par 35 n 5; Burchell & Hunt *South African Criminal Law and Procedure* vol 1 2nd ed (1983) 110) that *Tshwape* (*supra*) actually held that although the lack of a permit was an exception for the perpetrator, the fact that the perpetrator lacked the necessary permit constituted an element of the accomplice's crime. This interpretation can obviously apply only if it is accepted that the accomplice commits a different crime from that of the perpetrator. However, the court (332H) was in fact dealing only with the question whether the absence of a permit was one of the requisites of a contravention of the prohibition in question, and this prohibition relates to the crime of the perpetrator.

Although there is a considerable degree of uncertainty in our case law in regard to what exactly the accomplice's intention comprises (cf Joubert (ed) *The Law of South Africa* vol 6 (1981) par 133), it is submitted, following *De Blom* (*supra*, which, admittedly, related only to the perpetrator), that the accomplice must know that the perpetrator's act is unlawful, otherwise he would not be aware of the fact that he is furthering a criminal act. The view held in *Kazi* (*supra* 749–50) that it is sufficient for liability as accomplice that the accused should render his assistance with knowledge of all the essential or material facts which constitute the crime, even though he may not realise that in law those facts amount to a crime, must be regarded as having been overruled by *De Blom* (*supra*), because this view was based upon the rule that ignorance of the law is no excuse, which rule was rejected by *De Blom* (*supra*).

It is submitted that the view that an accused's fault (intention) is excluded if he was unaware of or mistaken in regard to whether the perpetrator had obtained a licence, is correct. Such ignorance or mistake could in traditional terms probably be construed as being one of fact, but the true reason for the exclusion of the accused's intention, it is suggested, is that both in cases where the absence of a licence is regarded as part of the definition of the proscription and where the presence of a licence is viewed as an exception, the accused is unaware of the fact that he is furthering an unlawful act.

DIE BEPERKING VAN DIE VERKOPER SE REGTE IN DIE GEVAL VAN KONTRAKBREUK DEUR DIE KOPER BY DIE VERKOOP VAN GROND OP AFBETALING

1 Inleiding

Die Wet op die Vervreemding van Grond 68 van 1981 het op 19 Oktober 1982 in werking getree. Hoofstuk II van die wet het ten doel om beskerming te verleen aan persone wat "grond" ingevolge 'n "kontrak" koop. Die begrip "grond" in hoofstuk II het tegelyk 'n wyer en 'n enger betekenis as wat dit in die spreektaal het. Die betekenis is wyer omdat dit ook enige deeltiteleenheid, reg om oordrag van grond te eis en onverdeelde aandeel in grond insluit. Die betekenis is enger omdat dit beperk word tot grond wat hoofsaaklik vir woondoeleindes gebruik word of wat bestem is om hoofsaaklik aldus gebruik te word. Daar is ook verdere, relatief minder belangrike, beperkings op die betekenis van die begrip "grond" (sien die omskrywing van "grond" in artikel 1(1) asook, volledigheidshalwe, artikel (4). 'n "Kontrak" word in artikel 1(1) omskryf as

"'n vervreemdingsakte waarkragtens grond verkoop word teen 'n betaling deur die koper aan die verkoper of aan enige persoon ten behoewe van die verkoper van 'n bedrag geld in meer as twee paaieimente oor 'n tydperk van meer as een jaar;"

asook enige ooreenkoms of ooreenkomste wat tesame dieselfde strekking het.

Artikel 19 van die wet beskerm die koper van "grond" kragtens 'n "kontrak" deur beperkings te plaas op die regte van die verkoper in geval van kontrakbreuk deur die koper. Artikel 19 lui soos volg:

- "(1) Geen verkoper is, weens 'n kontrakbreuk deur die koper, geregtig—
- (a) om 'n bepaling van die kontrak vir die vervoering van die betaling van 'n paaieiment van die koopprys of 'n ander strafbeding in die kontrak af te dwing nie;
 - (b) om die kontrak te beëindig nie; of
 - (c) om 'n aksie vir skadevergoeding in te stel nie,

tensy hy per brief die koper van die betrokke kontrakbreuk kennis gegee het en van die koper geëis het dat hy die betrokke kontrakbreuk moet herstel, en die koper versuim het om aan bedoelde eis te voldoen.

- (2) 'n Kennisgewing bedoel in subartikel (1) word aan die koper oorhandig of per aangetekende pos aan hom gestuur aan sy adres bedoel in artikel 23 en moet bevat—
 - (a) 'n beskrywing van die koper se beweerde kontrakbreuk;
 - (b) 'n eis dat die koper die beweerde kontrakbreuk moet herstel binne 'n vermelde tydperk, wat, behoudens die bepalings van subartikel (3), nie minder as 30 dae bereken vanaf die datum waarop die kennisgewing aan die koper oorhandig of per aangetekende pos aan hom gestuur is, na gelang van die geval, mag wees nie;
 - (c) 'n aanduiding van die stappe wat die verkoper voornemens is om te doen indien die beweerde kontrakbreuk nie herstel word nie.

(3) Indien die verkoper twee sodanige kennisgewings in dieselfde kalenderjaar met tussenpose van meer as 30 dae aldus aan die koper oorhandig of gestuur het, kan hy in 'n daaropvolgende kennisgewing wat in daardie kalenderjaar aldus aan die koper oorhandig of gestuur word, van die koper eis dat hy binne 'n tydperk van minstens sewe dae bereken vanaf die datum waarop die kennisgewing aan die koper aldus oorhandig of gestuur is, na gelang van die geval, sy verpligting nakom.

(4) Subartikel (1) word nie so uitgelê dat dit die verkoper verhinder om stappe te doen om die grond en verbeterings daarop te beskerm of om, sonder of na kennisgewing soos in genoemde subartikel vereis, spesifieke nakoming te eis nie."

Dit is van groot praktiese belang dat artikel 19 van toepassing is op alle bestaande “kontrakte” ongeag of hulle voor of na inwerkingtreding van die wet gesluit is (a 32(1)(c)). Voorts is die bepalings van artikel 19 gebiedend (*Miller v Hall* 1984 1 SA 355 (D) 361B). Voordat ’n verkoper dus weens kontrakbreuk deur die koper van sy “buitengewone” remedies (sien a 19 (1)(a)–(c)) ingevolge ’n bestaande “kontrak” kan gebruik maak, moet hy aan die bepalings van artikel 19 voldoen. (Vgl in die algemeen Van Rensburg en Treisman *The Practitioner’s Guide to the Alienation of Land Act* (1984) 198–206 vir ’n indringende bespreking van die bepalings van a 19.) In ’n drietal onlangse beslissings (*Oakley v Bestconstructo (Pty) Ltd* 1983 4 SA 312 (T); *Miller v Hall supra*; *Holme v Bardsley* 1984 1 SA 429 (W)) is interessante opmerkings gemaak oor die vertolking van artikel 19. Hierdie opmerkings handel oor die wyses waarop die verkoper aan die koper moet kennis gee (en daarmee saam die berekening van die tydperk in die kennisgewing vermeld waarbinne die koper sy kontrakbreuk moet herstel (a 19(2)(b))), asook oor die inhoud van die kennisgewing.

2 Die Wyses waarop die Verkoper aan die Koper Moet Kennis Gee

Volgens artikel 19 (2) kan die verkoper kies of hy die kennisgewing fisies aan die koper wil oorhandig en of hy dit per aangetekende pos aan die koper wil stuur aan sy adres soos bedoel in artikel 23. (Volgens a 6(1)(a) moet elke “kontrak” die woon- of sake-adresse van die koper en verkoper bevat. Artikel 23 bepaal dat die adresse ingevolge a 6(1)(a) in die kontrak vermeld, of indien ’n party se adres verander het, die nuwe adres waarvan hy aan die teenparty skriftelik kennis gegee het, dien as *domicilium citandi et executandi* van die partye.) Indien die verkoper verkies om die kennisgewing te oorhandig, moet daar ’n daadwerklike fisiese oorhandiging aan die koper self (en niemand anders nie) geskied. So nie, is die kennisgewing oneffektief. (*Maharaj v Tongaat Development Corporation (Pty) Ltd* 1976 4 SA 994 (A) 1000B. Hierdie beslissing het wel gehandel oor a 19 se voorganger, te wete a 13 (1) van die herroepe Wet op die Verkoop van Grond op Afbetaling 72 van 1971, maar Otto “Aanmanings by Afbetalingskoopkontrakte van Grond” 1982 *De Rebus* 208 253 254 betoog, myns insiens tereg, dat die bewoording van aa 19(2) en 13(1) wesenlik ooreenstem wat hierdie aspek betref.) Indien die verkoper verkies om die kennisgewing per aangetekende pos aan die koper te stuur, is die kennisgewing volgens Van Rensburg en Treisman (a w 202) in alle opsigte effektief, selfs al bereik dit die koper nie daadwerklik nie, mits die kennisgewing maar net aan die adres bedoel in artikel 23 gestuur is. In *Holme v Bardsley* hierbo bevind regter Flemming sonder verwysing na Van Rensburg en Treisman se standpunt dat die kennisgewing die koper inderdaad moet bereik ten einde effektief te wees (432B. sien ook Fleming *Krediettransaksies* (1982) 316–318). In hierdie saak het die verkoper twee kennisgewings per aangetekende pos aan die adres wat die koper in die kontrak aangedui het, gestuur. Beide kennisgewings is aan die verkoper teruggelewer en is “onopgeëis” deur die poskantoor gemerk. Regter Flemming bevind dat dit moontlik is dat die posbusnommer wat die koper in die kontrak weergegee het, nooit bestaan het nie en dat die adres onvoldoende mag gewees het om enige aflewering moontlik te maak (430H). Dit is ook volgens die regter moontlik dat die koper, omdat hy op die afleweringstrokie gesien het van wie die posstuk afkomstig was, versuim het om die posstuk by die poskantoor af te haal (431A).

Die regter bevind egter dat

"[a] true impossibility of communication with the [purchaser] was in this case not factually established" (431B).

Die regter meen dat die wetgewer 'n keuse gehad het tussen onbillikheid teenoor die verkoper waar dit moeilik of onmoontlik vir hom is om met die koper te kommunikeer en onbillikheid teenoor die koper wat soms kan vind dat die kontrak gekanselleer is, sonder dat hy enige kennisgewing ingevolge artikel 19 ontvang het. Uit die bestaan, konteks, algemene strekking en oogmerk van artikel 19 lei regter Flemming af dat die koper soms selfs ten koste van die verkoper beskerm moet word (431G). Artikel 19(2) is volgens die regter dubbelsinnig omdat 'n brief enersyds slegs "gestuur" word indien dit die geadresseerde bereik. Indien die brief hom nie bereik nie, het die verkoper slegs "gepoog om te stuur." Andersyds dui "gestuur" op die blote versending van die kennisgewing sonder dat die koper dit hoef te ontvang. Indien die wetgewer hierdie tweede betekenis in gedagte gehad het, kon die wetgewer volgens die regter ander woorde, soos "forwarded," gebruik het. In die lig van die geïdentifiseerde dubbelsinnigheid in artikel 19(2) meen regter Flemming dat die gewone betekenis van die woorde in artikel 19(1) deurslag moet gee. Die regter verwys na die Engelse teks van artikel 19(1) wat deur die staatspresident onderteken is en wat bepaal dat die verkoper nie die "buitengewone" remedies kan afdwing nie,

"unless he has by letter notified the purchaser of the breach of contract concerned . . ." (my kursivering).

Die regter meen, myns insiens tereg, dat die woord "notified" oorwegend daarop dui dat die kennisgewing minstens die koper moet bereik. (Volgens *The Shorter Oxford English Dictionary* 3e uitg deur Friedrichsen beteken "notify" o a "inform.")

Myns insiens is die woord "gestuur" of "sent" in artikel 19(2) egter nie in so 'n mate dubbelsinnig dat die vraag of die kennisgewing die koper inderdaad moet bereik ten einde effektief te wees, slegs met verwysing na die woord "notified" in die Engelse teks van artikel 19(1) beantwoord kan word nie. Die primêre betekenis van die woord "sent" of "gestuur" veronderstel nie dat dit wat gestuur word die geadresseerde inderdaad hoef te bereik nie. (Volgens *The Shorter Oxford English Dictionary* beteken "send": "[c]hiefly, to dispatch." Volgens *HAT* (1979) deur Odendal e a beteken "stuur": "[l]aat gaan.")

Die feit dat die kennisgewing die koper nie bereik nie, doen derhalwe nie afbreuk aan die feit dat die kennisgewing inderdaad "gestuur" is nie. Die enigste werklike dubbelsinnigheid in artikel 19 tree myns insiens na vore wanneer die Engelse teks van artikel 19(1) met die Afrikaanse teks van daardie subartikel vergelyk word. In die Engelse teks word die woord "notified" gebruik. Mens sou dus verwag het dat die begrip "in kennis gestel het," in die Afrikaanse teks gebruik sou gewees het. In laasgenoemde teks word die woorde "kennis gegee het" (wat as "given notice" vertaal kan word) egter gebruik. "Notified" dui oorwegend daarop dat die koper inderdaad ingelig moet word, terwyl "kennis gegee het" die klem myns insiens plaas op die handeling wat die kennisgewer moet verrig, sonder om te vereis dat die geadresseerde noodwendig fisies in kennis gestel hoef te word. Die Engelse teks dui dus oorwegend daarop dat die brief die koper moet bereik, terwyl die Afrikaanse teks daarop kan dui dat dit nie nodig is nie. Voordat egter gesê kan word dat die Engelse teks deurslag moet gee omdat dit deur die staatspresident onderteken is, moet eers vasgestel word of daar 'n *onversoerbare teenstrydigheid* tussen die twee tekste is (Steyn *Die*

Uitleg van Wette deur van Tonder e a (1981) 139 141). Dit is heeltemal moontlik dat die teks wat nie onderteken is nie, die bedoeling van die wetgewer beter weergee as die ondertekende teks. (T a p 142; in *New Union Goldfields Ltd v Commissioner for Inland Revenue* 1950 3 SA 392 (A) 406G stel ar Van den Heever dit soos volg: “[W]hen a legislature speaks in two languages in the same breath, it seems to me that that which is common to both versions, must be regarded as Parliament’s true intention. The surplus on one side must be regarded as due to incautious expression.”)

Hierdie beginsels kan myns insiens soos volg op artikel 19(1) en (2) toegepas word: Die woord “gestuur” of “sent” in artikel 19(2) is nie dubbelsinnig nie. Die gewone betekenis van hierdie woord veronderstel nie dat dit wat “gestuur” word, inderdaad die geadresseerde hoof te bereik nie. Dat hierdie gewone betekenis van die woord in artikel 19(2) geld blyk uit artikel 19(2)(b) wat bepaal dat die tydperk waarbinne die koper sy kontrakbreuk moet herstel, begin loop “vanaf die datum waarop die kennisgewing . . . per aangetekende pos aan hom gestuur is . . .”

in teenstelling met die datum waarop die kennisgewing die koper bereik. Myns insiens is daar ook geen *onversoerbare* teenstrydigheid tussen die woorde “notified” en “kennis gegee het” in artikel 19(1) nie. Wat hierdie twee stelle woorde betref, het beide tekste dit gemeen dat die verkoper stappe moet doen om die koper in te lig. “Notified” (in teenstelling met “given notice”) veronderstel wel oorwegend dat die verkoper se stappe geslaagd moet wees, maar “kennis gegee het” (in teenstelling met “in kennis gestel het”) veronderstel nie noodwendig sukses van die stappe nie. In die lig van die woord “gestuur” of “sent” in artikel 19(2) wat nie vereis dat die kennisgewing die koper moet bereik nie, kan daardie deel van die betekenis van “notified” in artikel 19(1) wat impliseer dat die kennisgewing die koper moet bereik, in die woorde van appèlregter Van den Heever as “surplus . . . due to incautious expression” beskou word. Hoewel dit streng gesproke vir doeleindes van wetsuitleg irrelevant is, is dit interessant om daarop te let dat regter Flemming self (431H) te kenne gee dat

“the Act was drafted in Afrikaans . . . and . . . the image of the model [die Engelse teks] thereafter became the official model [vanweë ondertekening deur die Staatspresident].”

Hierdie opmerking steun ook die standpunt dat die Afrikaanse woorde “kennis gegee het” die ware bedoeling van die wetgewer weerspieël.

Die volgende *dictum* van regter Flemming versterk myns insiens die standpunt dat die kennisgewing die koper nie daadwerklik hoof te bereik nie:

“Unless the reference to a letter ‘sent’ in s 19(2) is in conformity with what I understand s 19(1) to convey, it would also now be correct to calculate the 30 days of the demand from the date of forwarding the letter instead of the date of receipt thereof” (432D).

Die regter sê hier dat indien “gestuur” in artikel 19(2) *nie* beteken dat die kennisgewing die koper inderdaad hoof te bereik nie, dan sou dit tans korrek wees om die 30-dae tydperk wat in die kennisgewing vermeld word, te bereken vanaf datum van versending van die kennisgewing en nie vanaf datum van ontvangs van die kennisgewing nie. Die beslissing in *Maharaj v Tongaat Development Corporation (Pty) Ltd* hierbo dien as agtergrond vir die pas aangehaalde *dictum* van regter Flemming. Hierdie beslissing het, soos reeds gesê, gehandel oor artikel 13(1) van die herroepe wet. Hierdie subartikel het ten tye van die *Maharaj*-beslissing soos volg gelui:

“Geen verkoper is, weens ’n versuim deur die koper om ’n verpligting kragtens ’n kontrak na te kom, geregig om die kontrak te beëindig of om ’n aksie om skadevergoeding in te stel nie, tensy hy per brief aan die koper oorhandig en waarvoor ’n erkenning van ontvangs verkry is of per aangetekende pos aan hom gestuur na die adres wat, sover bekend, sy jongste woon- of sake-adres is, die koper van die betrokke versuim kennis gegee het en van die koper geëis het dat hy die betrokke verpligting moet nakom binne ’n in die kennisgewing vermelde tydperk, wat nie minder as dertig dae is nie, en die koper versuim het om aan die kennisgewing te voldoen.”

In die *Maharaj*-beslissing het appèlregter Wessels op grond van die bewoording van artikel 13(1) beslis dat die tydperk wat in die kennisgewing vermeld word, eers begin loop op die datum waarop die koper die kennisgewing ontvang. Hierdie vertolking van artikel 13(1) is klaarblyklik korrek en is nie daarna bevraagteken nie (vgl *Robinson v Bradfield* 1984 1 SA 349 (N) 352B; *Otto* 1982 *De Rebus* 253). Die bewoording van artikel 19(2) verskil egter aansienlik van dié van artikel 13(1). Die nuwe artikel 19(2)(b) bepaal uitdruklik dat die tydperk in die kennisgewing vermeld, bereken word

“vanaf die datum waarop die kennisgewing . . . per aangetekende pos aan hom gestuur is.”

Aangesien regter Flemming in die aanhaling hierbo (432D) die standpunt dat die koper die kennisgewing moet ontvang, koppel aan die standpunt dat die tydperk bereken word vanaf datum van ontvangs, kan waarskynlik afgelei word dat indien die tydperk bereken word vanaf datum van versending (soos dit tans die geval is), ontvangs van die kennisgewing nie ’n onwrikbare vereiste vir die effektiwiteit van die kennisgewing is nie.

Regter Flemming motiveer sy standpunt dat die kennisgewing die koper werklik moet bereik ten einde geldig te wees, verder deur te sê dat die wetgewer nie bedoel het dat die koper aan wie die kennisgewing per aangetekende pos gestuur word, ’n mindere mate van beskerming moet geniet as die koper aan wie die kennisgewing oorhandig word nie. Artikel 19(2)(b) beoog egter klaarblyklik ’n mindere mate van beskerming aan die koper in eersgenoemde geval, aangesien die tydperk dan reeds voor ontvangs van die kennisgewing begin loop, terwyl dit in laasgenoemde geval eers begin loop by ontvangs (ofte wel oorhandiging) van die kennisgewing.

Deur kennisgewing van adresverandering gebiedend te maak (a 23), het die wetgewer klaarblyklik gepoog om werklike ontvangs te verseker (*Otto* 1982 *De Rebus* 254). Hieruit volg egter nie noodwendig dat die wetgewer bedoel het dat die kennisgewing in alle omstandighede die koper moet bereik ten einde effektief te wees nie. Alhoewel die wet nie uitdruklik so bepaal nie, behoort ’n kennisgewing wat gestuur word aan die adres wat in die kontrak vervat is, geldig te wees indien dit die koper nie bereik nie omdat hy sy adres verkeerd in die kontrak weergegee het of versuim het om ingevolge artikel 23 kennis van adresverandering te gee (*Van Rensburg en Treisman* a w 202). Indien die koper deur die nie-nakoming van artikel 6(1)(a) of 23 dit vir die verkoper moeilik of onmoontlik maak om met hom te kommunikeer, behoort die koper die risiko van die nie-ontvangs van die kennisgewing te dra. In *Holme v Bardsley* (431B) het die applikant (verkoper) nie bewys dat dit werklik onmoontlik was om met die koper te kommunikeer nie. Die volgende oplossing verdien myns insiens in hierdie omstandighede oorweging. Dit sal vir die verkoper in die oorgrote meerderheid van gevalle ’n onbegonne taak wees om op ’n oorwig van waarskynlikhede die hof tevrede te stel dat kommunikasie onmoontlik was. Die feite

rakende die beweerde onmoontlikheid sal dikwels binne die uitsluitlike kennis van die koper val. Indien daar op die feite 'n redelike moontlikheid bestaan dat die posbusnommer wat die koper in die kontrak weergegee het, nooit bestaan het nie, of dat die adres in die kontrak onvoldoende mag gewees het om enige aflewering moontlik te maak, of dat die kennisgewing nie ontvang is nie omdat die koper versuim het om kennis van adresverandering te gee, of dat die koper versuim het om die kennisgewing by die poskantoor te gaan afhaal alhoewel hy die afleweringstrokie mag ontvang het, behoort daar 'n las te rus op die koper om getuienis voor die hof te lê waaruit afgelei kan word dat hy nie verantwoordelik was vir die nie-ontvangs van die kennisgewing nie. Dit is nie nodig dat hier 'n bewyslas op die koper geplaas word nie. Die koper hoef slegs 'n feitelike basis te lê vir die afleiding dat hy nie kommunikasie deur die verkoper aan hom onmoontlik gemaak of frusteer het nie. In *Noordvaal Konstruksie Maatskappy (Edms) Bpk v Booysen* (1979 2 SA 193 (T) 196F) wat oor artikel 13(1) van die herroepe Wet op die Verkoop van Grond op Afbetaling gehandel het, is beslis dat die verkoper "clear evidence" voor die hof moet plaas dat die vereistes van die artikel nagekom is. Indien die verkoper dan wel "clear evidence" (bv in die vorm van 'n strokie van die poskantoor wat aandui dat die brief per aangetekende pos aan die adres wat die koper verstrek het, gestuur is, tesame met 'n ware afskrif van die kennisgewing (om die inhoud van die kennisgewing te bewys)) voor die hof plaas, behoort daar 'n las op die koper te rus om die afleiding dat hy die kennisgewing inderdaad ontvang het, of dat hy vir nie-ontvangs van die kennisgewing verantwoordelik was, te weerlê. So 'n benadering sou meebring dat die kennisgewing nie noodwendig oneffektief is indien dit die koper nie bereik nie en dit sou in ooreenstemming wees met die volgende *caveat* wat regter Grosskopf in *Oakley v Bestconstructo (Pty) Ltd* (316H) opper oor die vertolking van artikel 19:

"Daar moet . . . gewaak word . . . dat daar nie 'n swaarder las op die skouers van die verkoper gelaai word as wat die wetgewer beoog het nie. Die bepalings van art 19 is immers beswarend van aard en moet dus streng uitgelê word."

3 Die Inhoud van die Kennisgewing

3 1 Artikel 19(2)(a)

Artikel 19(2)(a) het in die onlangse drietal beslissings nie tot probleme aanleiding gegee nie. (Sien Van Rensburg en Treisman a w 203-204 oor hierdie subartikel.)

3 2 Artikel 19(2)(b)

In *Oakley v Bestconstructo (Pty) Ltd* hierbo moes regter Grosskopf onder meer beslis of die kennisgewing, ten einde aan die bepalings van artikel 19(2)(b) te voldoen (" 'n eis dat die koper die beweerde kontrakbreuk herstel"), die koper moet inlig wat die presiese bedrag is wat hy aan die verkoper moet betaal, in die geval waar die beweerde kontrakbreuk geleë is in die versuim om 'n verskuldigde bedrag geld tydig te betaal. Regter Grosskopf beantwoord hierdie vraag soos volg:

"Die Wetgewer het klaarblyklik bedoel dat die koper 'n geleentheid moet kry om sy kontrakbreuk te herstel. Indien nakoming van die betrokke verpligting dus vereis dat die koper 'n bepaalde bedrag geld aan die verkoper moet betaal, en indien die koper nie redelikerwys kan weet wat die omvang van daardie bedrag is nie, volg dit myns insiens dat 'n eis om nakoming van die betrokke verpligting ook moet vermeld wat die bedrag is wat die koper moet betaal. Indien die verpligting wat 'n koper versuim het om na te

kom, by 'n vaste maandelikse paaieiment vir 'n sekere maand is, mag dit voldoende wees om in die kennisgewing te eis dat die paaieimente vir die betrokke maand betaal word, sonder vermelding van die bedrag van die paaieiment, en wel omdat die bedrag daarvan aan die koper bekend is. Waar die bedrag egter nie vasstaan nie, soos die verskuldigde balans in die onderhawige geval, sal 'n eis om betaling myns insiens slegs sin uitmaak indien die bedrag wat betaal moet word in die kennisgewing vermeld word. Na my mening is dit ook wat in art 19(2) bedoel word. Indien 'n koper eers navraag moet doen oor die omvang van die bedrag wat hy uit hoofde van sy betrokke verpligting moet betaal, en indien hy daarna op 'n antwoord van die verkoper moet wag, mag dit wees dat die 30 dae tydperk waarvoor die kennisgewing ingevolge art 19(2)(b) voorsiening maak, in effek drasties ingekort word (319B-F)."

In hierdie geval was die koper nie bewus van die omvang van die munisipale heffings en gelde waarvoor sy teenoor die verkoper aanspreeklik was nie en het sy ook nie geweet teen watter koers die rente bereken moes word nie. Gevolglik kon die koper nie redelikerwys weet wat die verskuldigde saldo op die koopprys was nie en was die kennisgewing oneffektief omdat dit nie die presiese verskuldigde bedrag vermeld het nie. Regter Grosskopf se benadering is hier klaarblyklik bo kritiek verhewe.

In *Miller v Hall* hierbo was die koper se eerste verweer dat 'n kennisgewing wat nie vermeld op watter datum die tydperk in die kennisgewing begin loop nie, nie aan die bepalings van artikel 19(2)(b) voldoen nie. Regter Page beslis (358B) met 'n beroep op *Robinson v Bradfield* hierbo, wat oor artikel 13(1) van die herroepe wet gehandel het, dat daar geen plig op die verkoper rus om in die kennisgewing te vermeld wanneer die tydperk begin loop of afloop nie. In *Robinson v Bradfield* beslis regter Kumleben (met wie regter Van Heerden saamgestem het) dat alhoewel die oogmerk van die wetgewer was om die koper te beskerm, daar nie 'n plig waarvoor die wet geen voorsiening maak, op die verkoper geplaas kan word nie (352H). Indien die koper nie weet op watter datum die tydperk in die kennisgewing vermeld begin loop nie, is dit nie onredelik om van hom te verwag om regsadvies in te win nie (352F). In die lig van die woorde waarmee die wetgewer sy bedoeling in artikel 13(1) en 19(2)(b) uitgedruk het, het die regters in *Robinson* en *Miller* se sake myns insiens die enigste realistiese benadering gevolg.

3 3 Artikel 19(2)(c)

Van Rensburg en Treisman (a w 204) doen aan die hand dat die verkoper aan die vereistes van artikel 19(2)(c) voldoen, indien hy in die kennisgewing in die alternatief remedies aandui wat hy voornemens is om af te dwing indien die beweerde kontrakbreuk nie herstel word nie en verklaar dat hy die reg voorbehou om na verloop van die tydperk in die kennisgewing vermeld, te kies welkeen van die beskikbare remedies hy gaan afdwing. Ook Flemming (a w 316) meen dat duideliker bewoording nodig sou wees voordat die verkoper belet sou wees om die stappe wat hy mag besluit om te doen in die alternatief te noem.

In *Miller v Hall* hierbo het die koper twee verskuldigde paaieimente nie tydig betaal nie en die verkoper het per aangetekende pos die volgende kennisgewing aan hom gestuur:

"We hereby serve on you 30 days' notice in terms of the 'Sale of Land on Instalments Act', and clause 9 of the agreement of sale for the above property, to remedy/make payment of the following, which according to our records remain outstanding:

January and February instalment R516.

As to the consequences attached to your non-compliance with the terms of this notice, your attention is drawn to the relevant clause in the agreement of sale, particularly the fact that should the seller elect to take legal action against you, all costs incurred thereby will be borne by you."

Klousule 9 van die kontrak het bepaal dat indien die koper kontrakbreuk pleeg en versuim om binne 30 dae na kennisgewing die kontrakbreuk te herstel, die verkoper geregtig sou wees om (a) die kontrak te beëindig en 'n strafbeding af te dwing, of (b) die kontrak te kanselleer en skadevergoeding te eis, of (c) vervroegde betaling van die saldo op die koopsom af te dwing. Die koper beweer dat die kennisgewing oneffektief was, onder meer omdat dit nie aan artikel 19(2)(c) voldoen het nie en omdat daarin vermeld is dat dit ingevolge die Wet op die Verkoop van Grond op Afbetaling gestuur is, terwyl dit in werklikheid ingevolge die Wet op die Vervreemding van Grond gestuur moes gewees het. Regter Page maak korte mette met laasgenoemde verweer, aangesien artikel 19 nêrens voorskryf dat die kennisgewing moet vermeld dat dit ingevolge die Wet op die Vervreemding van Grond gestuur word nie:

"The reference to a particular statute was, accordingly, surplusage which could not have the effect of invalidating the notice unless it detracted from the effectiveness of the balance thereof by, for example, misleading the recipient as to its nature or effect" (359F).

Wat die vraag betref of die kennisgewing aan die bepalings van artikel 19(2)(c) voldoen het, is namens die verkoper betoog dat dit onnodig is om in die kennisgewing aan te dui presies welke een van die beskikbare stappe hy voornemens is om te doen en dat dit voldoende is om slegs die voorneme om enigeen van die stappe in artikel 19(1)(a), (b) of (c) genoem, aan te dui. Daarteenoor is namens die koper betoog dat die verkoper verplig was om spesifiek aan te dui welke een van die beskikbare stappe hy inderdaad voornemens was om te doen. Regter Page beslis dat ongeag of die koper of verkoper se betoog korrek is, die betrokke kennisgewing in ieder geval nie aan die bepalings van artikel 19(2)(c) voldoen nie, omrede:

"even if the second paragraph of the letter can be construed as incorporating therein a reference to the remedies set forth in clause 9(a), (b) and (c) of the contract, *it contains no indication of an intention on the part of the seller to enforce any of those remedies, either singularly or in the alternative*. It certainly contains no express statement of such an intention; nor is such an intention, in my view, a justifiable implication from its terms. Those terms would be equally consistent, for instance, with an intention merely to enforce specific performance in respect of the arrear instalments without resorting to any of the more drastic remedies provided for in clause 9" (360G-H, my kursivering. Sien ook *Oakley v Bestconstructo (Pty) Ltd supra* 360C).

Regter Page spreek dan *obiter* die mening uit dat die verkoper se betoog nie korrek is nie (361C). Ter motivering verwys regter Page (361F) na die volgende stelling (wat ook vir die huidige wet geld) in *Maharaj v Tongaat Development Corporation (Pty) Ltd* hierbo:

"[T]he overall intention of the legislature was to afford *reasonable protection* to a purchaser who, by reason of a failure on his part to fulfil an obligation under a contract, faces a threat by the seller to terminate it or to institute an action for damages" (1001A, my kursivering).

Regter Page meen dat dit op grond van hierdie algemene oogmerk van die wetgewer geregverdig is om af te lei dat die oogmerk met artikel 19(2)(c) was om te verseker dat die koper presies sal weet wat sal gebeur as hy sy kontrakbreuk nie herstel nie, ten einde hom in staat te stel om te besluit of dit in sy beste belang is om te herstel of nie. Hierdie oogmerk kan slegs verwesenlik word indien die koper presies weet watter remedie afdgwing sal word as hy volhard

met die kontrakbreuk (362E. Sien ook die *obiter*-opmerkings van r Grosskopf in *Oakley v Bestconstructo (Pty) Ltd* hierbo 320A-C, waaruit moontlik afgelei kan word dat die kennisgewing oneffektief is as dit bloot 'n verskeidenheid van stappe wat die verkoper na keuse kan doen, bevat). Die gebruik van die meervoud "stappe" in artikel 19(2)(c) doen volgens regter Page nie afbreuk aan hierdie gevolgtrekking nie, aangesien elkeen van die remedies wat in subartikel (1) genoem word, uit meer as een stap kan bestaan (365A). Met verwysing na Otto 1982 *De Rebus* 255) bevind die regter dat die feit dat die verkoper een spesifieke remedie in die kennisgewing moet aandui, nie beteken dat die verkoper by volgehoue kontrakbreuk verplig sal wees om daardie remedie af te dwing nie (363E. Vgl Van Rensburg en Treisman a w 204 se kommentaar op *Walker v Minier et Cie (Pty) Ltd* 1979 2 SA 474 (W)). Die verkoper is slegs gebonde aan die remedie wat hy in die kennisgewing aangedui het vir sover hy, indien hy sou besluit om dit nie af te dwing nie, 'n vars kennisgewing moet stuur voordat hy 'n ander remedie in subartikel (1) genoem kan afdwing (364F). Hierdie standpunt van die regter sowel as sy bevinding dat die kennisgewing oneffektief is, omrede dit in ieder geval geen aanduiding bevat van 'n voorneme om enige remedie af te dwing, bevat nie, is heeltemal aanvaarbaar. Bedenkinge kan egter geopper word teen die standpunt dat die beskikbare remedies nie in die alternatief in die kennisgewing aangedui mag word nie. In die eerste plek is dit 'n groot sprong vanaf die algemene oogmerk van die wetgewer om "reasonable protection" aan die koper te verleen, na die beweerde spesifieke oogmerk van artikel 19(2)(c), naamlik om te verseker dat die koper *presies sal weet* wat sal gebeur as hy nie sy kontrakbreuk herstel nie. Die vraag kan gevra word of die koper nie redelike beskerming sal geniet, indien die verkoper toegelaat word om die remedies tot sy beskikking in die alternatief in die kennisgewing weer te gee nie.

Die algehele oogmerk om redelike beskerming te verleen, kan myns insiens ook verweselik word indien artikel 19(2)(c) bloot sou verseker dat die koper, wat in die gewone loop van sake nie op hoogte is van die presiese inhoud van die kontrak nie, herinner word aan die potensieële erns van 'n volgehoue versuim om sy kontrakbreuk te herstel. Om buite-om die woorde van artikel 19(2) streng vereistes vir die geldigheid van die kennisgewing te stel, sou myns insiens verder gaan as wat nodig is vir die redelike beskerming van die koper. Sodanige bykomstige streng vereistes kan tot gevolg hê dat verkopers wat reeds baie geduld aan die dag gelê het weens kopers se kontrakbreuk, se regmatige aansprake verydel word. (In die *Oakley*-saak was die koper reeds byna drie maande *in mora* voordat die verkoper die kontrak probeer kanselleer het; in *Miller v Hall* is die kennisgewing eers gestuur na versuim om twee paaiemente te betaal; in *Holme v Bardsley* het die verkoper eers twee kennisgewings gestuur voor hy die kontrak wou kanselleer.) So 'n gevolg sou private onderneming in die algemeen net ten kwade kon strek.

Tweedens is dit te betwyfel of die vertolking wat regter Page aan die woord "stappe" ("steps") in artikel 19(2)(c) het, korrek is. Regter Page meen dat 'n "stap" nie dui op 'n remedie genoem in artikel 19(1)(a), (b) of (c) nie, maar eerder dat elke remedie in subartikel 1(a), (b) of (c) uit meerdere "stappe" kan bestaan (365A). Vroeër in die uitspraak (362A-B 364G) verwerp regter Page die verkoper se betoog dat "aanduiding" ("indication") in subartikel (2) (c) ook "a hint" of "suggestion" kan beteken. Die regter aanvaar die koper se betoog dat

die woord "aanduiding" beteken dat die verkoper "what he 'has in mind as a fixed purpose'" aan die koper moet bekend maak. Indien "aanduiding" en "stappe" dan verstaan word in die sin wat regter Page daaraan heg, sou die gevolge absurd wees (vgl Steyn aw 118 ev), aangesien die verkoper, indien 'n remedie uit meerdere "stappe" sou bestaan, in die kennisgewing 'n aanduiding van elk van daardie "stappe" sou moes gee. Verder gebruik regter Page self die woord "stappe" in die sin van remedies genoem in subartikel 1(a), (b) en (c):

"It was also contended . . . that the word 'intend' ["voornemens is"] could be used in a broad general sense. In my view it is, in the present provision, clearly defined by the context as meaning which of the *steps* [i.e. remedies] available to him the seller proposes to take" (364H; my kursivering).

In die lig hiervan kan geargumenteer word dat "stappe" wel as remedies verstaan moet word en dat die gebruik van die meervoud "stappe" die sienswyse dat die beskikbare remedies in die alternatief genoem mag word, versterk.

Hoe dit ook al sy, daar kan met vertroue voorspel word dat artikel 19 nog tot 'n vloedgolf van litigasie aanleiding sal gee, veral indien die houe voortgaan om uit hulle pad uit te gaan om die koper tegemoet te kom.

JP VORSTER

Randse Afrikaanse Universiteit

SOME CRIMINAL LAW ANOMALIES BROUGHT ABOUT BY A SEX CHANGE

"Transsexualism or the gender dysphoria syndrome is a rare psychological condition. It is described as a passionate lifelong conviction that one's psychological gender – that indefinable feeling of maleness or femaleness – is opposite to one's anatomic sex." (M M Belli "Trans-sexual Surgery" (1978) 239 *Journal of the American Medical Association* 2143 2144.

Transsexuals may be transvestites, i.e., those who enjoy a preference for wearing clothing worn by the opposite sex (cross-dressing). A transsexual is not an hermaphrodite (an inter-sexual). Although he or she may show homosexual tendencies, a transsexual is not a homosexual. A homosexual knows and believes that he is of the same sex as the person to whom he is attracted. Many transsexuals undergo surgical procedures and thereafter have the appearance of a member of the opposite sex. These so-called sex-change surgical procedures require a series of operations. The genitalia of the male transsexual are amputated, and by plastic surgery a female-type vagina or vaginal pocket is created. Thereafter breasts are constructed by plastic surgery. The female transsexual undergoes an amputation of her breasts. A hysterectomy is performed and by plastic surgery a form of penis is constructed. (J Taitz "The Legal Consequences of a Sex-change – a Judicial Dilemma" 1980 *SALJ* 65 67–68). By these procedures the transsexual male or female is brought into line with his or her psychological gender. Although the so-called sex-change operates are cosmetic it is relevant that the male transsexual who has undergone sex-change procedure (hereafter referred to as a surgically-formed female), is capable of indulging in coitus with a normal male. There is of course, no question of pregnancy.

The leading decision regarding the legal consequences of a sex-change in South Africa is *W v W* (1976 2 SA 308 (W)). The effective *ratio decidendi* of the

judgment is that a person who undergoes sex-change treatment and surgery remains a member of the sex into which he or she was born (Taitz *op cit* 73).

The judgment in *W v W* (above) is based largely on the English decision of *Corbett v Corbett* (otherwise Ashley) 1970 2 All ER 12). In that case Ormrod J (himself a former medical practitioner), held that three biological factors, more particularly the chromosomal, the gonadal (i.e., the presence or absence of testes and ovaries) and the genital (including internal sex organs) if congruent, determine a person's sex (46j-47a). The English judge concluded that:

"the biological sexual constitution of an individual is fixed at birth (at the latest) and cannot be changed, either by natural development or organs of the opposite sex, or by medical or surgical means" (at 47c).

Although the judge based his findings on (biological) sex he appears to have avoided the essential distinction between sex and gender, a subject beyond the scope of this paper.

Recently, in *R v Tan* (1983 2 All ER 12) the English Court of Appeal found cause to consider the decision in *Corbett v Corbett* (above). In *R v Tan* one of the accused, Gloria Greaves, had been convicted in the lower court *inter alia* of contravening section 30 of the Sexual Offences Act 1956 in that she lived "on the earnings of prostitution." Section 30 of the Sexual Offences Act 1956 provides:

- (1) It is an offence for *a man* knowingly to live wholly or in part on the earnings of prostitution. (My italics.)
- (2) For the purposes of this section *a man* who lives with or is habitually in the company of a prostitute, or who exercises control, direction or influence over a prostitute's movements in a way which shows *he* is aiding, abetting or compelling her prostitution with others, shall be presumed to be knowingly living on the earnings of prostitution, unless *he* proves the contrary." (my italics.)

The accused, Gloria Greaves, a surgically-formed female, had been born a male. She had undergone "both hormone and surgical treatment . . . consisting essentially in the removal of the external male organs and the creation of an artificial vaginal pocket" (at 19d). The accused, who considered herself a female was married to a man (20f). In the case under consideration she raised the defence that she could not be convicted of contravening section 30 of the Sexual Offences Act (above) as she was not a man. It was argued by the defence, presumably to avoid the conclusion reached by Ormrod J in *Corbett v Corbett* (above), that

"for the purposes of s 30 . . . another test should be applied; that, if the person had become philosophically or psychologically or socially female, that person should be held not to be a man for the purpose of (section 30) . . ." (197).

This argument did not commend itself to the Court of Appeal which applied the judgment in *Corbett v Corbett* (above). The court, per Parker J held that:

"In our judgment, both common sense and the desirability of certainty and consistency demand that the decision in *Corbett v Corbett* should apply for the purpose, not only of marriage, but also for a charge under s 30 of the Sexual Offences Act . . ." (at 19f-g).

An application for leave to appeal was refused by the Court of Appeal as was a petition to the appeal committee of the House of Lords (20f). Although the logic of the decision regarding certainty and consistency of law cannot be faulted, the English court has again ignored the situation in which surgically-formed females and males find themselves. They have undergone lengthy, painful and expensive surgical, medical and psychiatric procedures for therapeutic purposes.

Yet in the eyes of the law sex-changed persons find themselves remaining members of the sex from which they sought to escape.

In the light of *W v W* (above) it is unlikely that a South African court will regard a 'sex-changed person' as a member of his newly acquired sex. If persisted in, this judicial attitude will produce anomalies in our law *inter alia* in regard to certain crimes involving sex. Before considering these it is apposite to recall that a surgically-formed female is able to participate in coitus with a normal male. Should such a person be regarded by the court as a member of his biological sex, i.e. a male, no surgically-formed female may be convicted of an act of immorality with a member of another racial group in breach of section 16 of the Immorality Act 1957. Perhaps more anomalous is the fact that although a surgically-formed female is physically capable of being raped with the same horror, pain and indignity as any biological female, her assailant cannot be convicted of rape as long as the court regards the complainant as a male. (For a definition of *rape* see Hunt, *South African Criminal Law and Procedure* Vol II (2ed) 435.) The fact that an accused under these circumstances may be convicted of indecent assault or assault with intent to commit rape, etc does not detract from the anomaly of the situation. Further, laws designed to protect the chastity of South African women, *inter alia* the following offences created by the Immorality Act 23 of 1957:

- a the procuring or attempting to procure any female to have unlawful carnal intercourse with any person, other than the procurer, or in any way assisting to bring about such intercourse (s 10(a));
- b the inveigling or enticing of any female to a brothel for the purpose of unlawful carnal intercourse or prostitution or the concealing in any house or place any female so inveigled or enticed, (s 10(b));
- c the procuring or attempting to procure any female to become a common prostitute (s 10(c)) or to become an inmate of a brothel, (s 10(d));
- d the application or administration, etc, of any drug, intoxicating liquor, matter or thing to any female with intent to stupify or overpower her so as to enable any person, other than the procurer, to have unlawful carnal intercourse with such female (s 10(e)),

are not available for the protection of the surgically-formed female.

Finally, any person who, during the subsistence of an existing valid marriage undergoes a "sex-change" and thereafter marries a member of his or her original sex cannot be convicted of bigamy. (For a definition of *bigamy* see Hunt *op cit* 245.) A marriage between members of the same sex can never be regarded as a valid marriage in our law. Accordingly, a marriage between members of the same sex cannot found a conviction of bigamy (see *R v Jacobs* 1926 OPD 184; cf *R v Davies* 1956(3) 52 (AD) 64).

These examples are not exhaustive and are merely intended to show the unfortunate and sometimes ridiculous criminal-law situations in which transsexuals may find themselves. There are laws to protect the chastity, dignity and morals of all persons, including imbeciles. It is therefore not unreasonable to expect the legislature to extend these protections to transsexuals *who have undergone sex-change procedures for therapeutic purposes*.

JEROLD TAITZ
University of Cape Town

VONNISSE

GUMEDE v THE MINISTER OF LAW AND ORDER (UNREPORTED)

Security legislation—the need for legal safeguards?

In *Gumede and Others v The Minister of Law and Order* an application was brought by six dissidents (also known as the consulate six) to have a second set of detention notices issued by the minister of law and order in terms of section 28 of the Internal Security Act of 1982 declared invalid. Drama followed the decision handed down on 1984-09-07 by Mr Justice Brian Law when he ordered the release of five of the applicants from prison on the grounds that the detention notices were void. The minister ordered their immediate re-arrest and issued a second set of detention notices which could not be served as the men disappeared for several days before seeking refuge in the British consulate in Durban.

In this case, the most widely publicised to come before our courts in recent years, the spotlight was focussed on the state of civil liberties in South Africa. It should be borne in mind that this was the first major case to come before the courts since the new constitution came into operation. With political rights being extended to Coloureds and Indians—an event which was regarded both locally and in many Western nations as the first tentative step in extending democracy in South Africa—there was, inevitably, deep concern that the minister used the drastic powers vested in him to detain persons on the eve of the Indian and Coloured elections.

The case was referred to the full bench of the Natal provincial division which treated the matter as one of urgency. The court did not hand down its judgment immediately. More than two weeks passed before the three judges finally announced their decision. The application to have the detention notices issued in terms of section 28 of the Internal Security Act declared void was dismissed with costs. In a closely reasoned judgment running to thirty three pages the court explained how it reached its decision that the minister of law and order had complied with the requirements of section 28 of the Internal Security Act. The detention notices were therefore valid. The act vests power in the minister to order the detention of any person who *in his opinion* engages in activities which endanger state security or law and order. Section 28(3)(b) of the act does, however, require the minister to provide a written statement which is to accompany the detention notice. The relevant part of section 28(3)(b) reads as follows:

“a written statement by the Minister [shall set] forth the reasons for the detention of the person concerned and so much of the information which induced the Minister to issue

the notice in question as can, in the opinion of the Minister, be disclosed without detriment to the public interest."

In the case of the applicants, the detention notices were accompanied by written statements which were identical save for the name of the detainee. It took the following form:

"I am satisfied that the said Archibald Jacob Gumede engages in activities which endanger the maintenance of law and order.

Information which induced me to issue the said notice [ie the detention order]:

By acts and utterances the said Archibald Jacob Gumede did himself and in collaboration with other persons attempt to create a revolutionary climate in the Republic of South Africa thereby causing a situation endangering the maintenance of law and order.

No other information can in my opinion be disclosed without detriment to the public interest."

The reasons given in the statement are couched in rather vague language. One may have difficulty in assuming that the minister has information that an indictable offence such as sabotage or subversion was committed by the particular individual.

If it were so, the minister could have served a detention notice in terms of section 29 which covers the case of a person suspected of having committed an offence. Alternatively, he could allow the law to take its normal course by leaving it to the attorney general to take the matter to court and formally issue an indictment against the individual.

It is not clear what the minister understands or means by the assertion that the applicant Gumede "by acts and utterances . . . *attempts to create a revolutionary climate.*" No such offence exists under our law and it is open to conjecture whether he is referring to protest politics or to the boycott campaign against the new constitution or to anti-apartheid activities or to acts of civil disobedience or some other information. The minister, however, decided that it was not in the public interest to disclose any further information.

It is evident then that the statement does not contain information that a clear breach of the law was committed. Should one engage in guess-work to ascertain whether there are adequate grounds for depriving the individual of his liberty? How is one to know if the minister has formed an opinion on the basis of information which may or may not be entirely accurate if it is not disclosed to the court?

The court however seems to have had no difficulty with the written statement. It held that:

"The minister is required to set forth the reasons for the detention of the person concerned; he is not called upon to give the reasons why he is of the opinion or is satisfied or has reason to suspect that certain conditions exist."

The court expressed its satisfaction with the written statement as setting out the reasons for the detention adequately. It had no difficulty in accepting that the minister alone had the sole discretion to disclose or not to disclose information on why an individual is to be deprived of his liberty. Instead of championing individual freedom and the rule of law, the court came close to endorsing detention without trial when it stated that:

"The provisions of the act could be described . . . as constituting a measure of preventative justice . . . [it] vests the minister with a discretion of a wide and drastic kind . . . Its object clearly is to stop and prevent at the earliest possible stage any activity likely to endanger the security of the state or the maintenance of law and order. It follows that

to achieve this object prompt and unfettered action is manifestly necessary and it is with this in mind that the legislature has no doubt thought it advisable to vest the minister with power to act in the public interest as soon as he is of the opinion or is satisfied or has reason to suspect that certain conditions exist.”

No matter how much confidence one may have in a particular minister acting *bona fide*, it must be appreciated that he, like everyone of us, is fallible. Depriving an individual of his personal liberty in the manner contemplated by the Internal Security Act has far-reaching consequences in a society such as ours.

It may be sheer co-incidence that the detainees are in the main persons who are not white and not infrequently effective leaders of organisations opposed to the government's racial policies. There is a danger that the public may come to view this legislation's primary purpose as a means to deal with dissidents rather than the maintenance of state security.

While it is conceded that judges do not have the time or propensity for research into the social and political impact that a particular law may have, there is no reason for them to retreat to passivity. It is essential that they identify with the interests of both parties in a case. If they fail to do so, or worse do not attempt to do so, then one may question whether a just result can be achieved. Nothing could harm our legal system more than to have a judiciary which may seem biased.

The constitutional changes being effected will require judges to play a more innovative and creative role. They should not hesitate to refer to the values which underlie our common law where necessary, they should be bold enough to express criticism of legislation and not hesitate to recommend reform of law.

Judges have an important contribution to make in ensuring that the standards and values for the new society aspired for permeate their judgments. These include the notion of justice and the ideals set out in the preamble to the constitution. While it may be desirable to follow precedents, judges do have a discretion in determining whether values of the past should continue to enjoy acceptance. A critical examination of the doctrine of precedent may well be necessary.

The full bench decision in this case is hardly a landmark decision for the protection of civil liberties by the courts. Perhaps it has impeded desirable social change and is unjust in its result. If neither, it is certainly not one to illuminate our law and bring credit to our legal system.

Apparently the prevailing attitude of South African judges is that their power to protect individual liberty is much more limited than in a country like the United States of America. The underlying line of thought takes the following form:

“Parliament is supreme. Judges are not legislators. Our task is to adjudicate disputes and in so doing we must give effect to the intention of the legislature no matter what our personal views or convictions may be. We do not do so mechanically, but our ability to exercise a discretionary power is limited to certain well-defined situations, eg where a statute is ambiguous. Obviously, if we had a bill of rights it would help us to play a more active role in effecting change” (words recently expressed by a South African judge in a private conversation).

It may be a while before a bill of rights is incorporated with our constitution. Until then judges who have a frontline perspective of the impact that laws have

on people should be exhorted to use their descretionary powers to mete out justice and reaffirm the rule of law.

BG RANCHOD
University of Durban-Westville

WEBER v SANTAM VERSEKERINGSMAATSKAPPY 1983 1 SA 381 (A); S v PIETERSEN 1983 4 SA 904(OK)

Nalatigheid en toerekeningsvatbaarheid – uitgediende begrippe?

1 Weber v Santam Versekeringsmaatskappy

Die feite van hierdie saak was kortliks die volgende: Marius, 'n sewejarige seuntjie het in die oprit van 'n woonstelgebou gaan sit, agter 'n motorkar wat oënskynlik op die punt gestaan het om agteruit met die oprit langs bestuur te word. Dit het dan ook so gebeur en Marius is raakgery. Daar is skadevergoeding geëis weens die motorbestuurder se nalatigheid. Dit is toegeken teen 'n vermindering gegrond op Marius se bydraende nalatigheid. Teen laasgenoemde bevinding is geappelleer, onder andere op grond daarvan dat Marius ontoerekeningsvatbaar was en ook nie nalatig nie. Die appèl was daarop gerig dat die hof foutief 'n objektiewe maatstaf aangewend het om Marius se nalatigheid te bepaal.

Ek behandel die appèlafdeling se bevinding eers met betrekking tot die nalatigheidsvraagstuk en daarna met betrekking tot die toerekeningsvatbaarheidsaspek.

1.1 Nalatigheid

Die hof, by monde van appèlregter Jansen, volg die beslissing in *Jones v Santam Bpk* 1965 2 SA 542 (A) en bevestig dat die toets vir nalatigheid 'n suiwer objektiewe toets is en dat die toepaslike norm die gedrag is van die *diligens paterfamilias* en nie die van die "redelike kind" nie (388A 391A–D 400G–H). Appèlregter Joubert laat hom as volg hieroor uit in sy aanvullende uitspraak:

"Dit dien myns insiens geen doel om die aanwesigheid of die afwesigheid van allerlei antropomorfe eienskappe aan die *diligens paterfamilias* te probeer toedig nie omdat dit nie oor 'n fisiese persoon nie, maar slegs oor die benaming van 'n abstrakte objektiewe maatstaf, handel. Dit gaan ook nie oor die vraag wat die sorg van 'n legio tipes van redelike persone, soos 'n redelike geleerde, 'n redelike ongeletterde, 'n redelike geskoolde arbeider, 'n redelike ongeskoolde arbeider, 'n redelike volwassene of 'n redelike kind sou wees nie" (410H–411A).

Die hof tree ook in die bresse vir die werkswyse toegepas in die *Jones*-beslissing, waar daar eers na nalatigheid gesoek word alvorens die kind se toerekeningsvatbaarheid ondersoek word. Appèlregter Jansen beantwoord die kritiek teen hierdie werkswyse soos volg:

"Dié kritiek sien egter oor die hoof dat 'nalatigheid' deur die Hof op hierdie *eerste* stadium gebruik word bloot om 'n afwyking van die norm aan te toon. Aangesien die subjektiewe

ondersoek gaan oor Maria se geesteskrigte ten opsigte van 'the particular acts or omissions complained of in the particular circumstances,' is dit dus nodig om eers te weet wat die gewraakte doen of late is, en dit is die bepaalde afwyking van die norm van die *diligens paterfamilias*" (391B-D, my kursivering).

1 2 Toerekeningsvatbaarheid

Die hof formuleer toerekeningsvatbaarheid soos volg:

"Toerekeningsvatbaarheid betref die geestesvermoëns van 'n dader, naamlik of hy die vermoë besit om tussen reg en onreg te onderskei en ook die vermoë om ooreenkomstig daardie insig te handel" (389H).

Die verhoorhof het bevind dat Marius toerekeningsvatbaar was omdat sy optrede nie op die ingewing van die oomblik geskied het nie en hy genoeg tyd gehad het om die omstandighede te oorweeg voordat hy gehandel het (401D). Die appèlafdeling het gevoel dat hierdie benadering nie reg laat geskied het aan Marius se jeugdige swakheid as subjektiewe faktor nie (401E), en bevind dat hy ontoerekeningsvatbaar was. Appèlregter Jansen motiveer die bevinding soos volg:

"Marius was . . . 'n stadskind, vermoedelik nie onvertrou met stadsverkeer nie . . . Te oordeel na die genotuleerde getuienis kom Marius intelligent voor, soos die hof *a quo* ook gedink het. Nogtans toe hy gevra is 'watse simbole het jy verlede eksamen gehad? Het jy A's gehad?' was sy antwoord 'Ek kan nie meer onthou nie.' Dit dui op 'n kinderlike belangeloosheid. Marius mag wel, toe hy ses jaar oud was, vermaan gewees het van die gevaar om agter 'n staande motor te speel, maar in al die omstandighede kom dit my tog voor dat vanweë sy jeugdige leeftyd van sewe jaar en twee maande hy nie die vermoë gehad het om sy optrede dienooreenkomstig te rig nie. Sy betrokkenheid by die voor-gegone 'paaië' maak sou nadenke en bewustheid van sy omgewing verdring asook enige vermanings deur sy moeder" (402C-F).

1 3 Oorsig

Die hof gebruik die woord *nalatigheid* om 'n gedragswyse te beskryf, naamlik 'n gedragswyse wat afwyk van die *diligens paterfamilias* onder dieselfde omstandighede. Die feit dat Marius 'n kind was, is nie ter sake nie. Die reeds aangehaalde woorde van die hof

"[d]ie kritiek sien eger oor die hoof dat 'nalatigheid' deur die Hof op hierdie *eerste* stadium gebruik word bloot om 'n afwyking van die norm aan te toon,"

dui eger daarop dat die hof dit nie uitsluit dat "nalatigheid" op 'n *latere* stadium weer oorweeg mag word en dan moontlik met inagneming van 'n subjektiewe faktor soos die betrokke se jeugdige leeftyd nie. So gesien, sal die hof se suiwer objektiewe benadering nie onversoenbaar wees met die siening dat so 'n subjektiewe faktor wel oorweging moet geniet nie (vgl bv *S v Van As* 1976 2 SA 921 (A) 928D-E). Nalatigheid word hier dan in die "latere" stadium oorweeg en nie in die "eerste" stadium nie.

In die onderhawige saak het die hof nie nalatigheid in die "latere" stadium oorweeg nie, tensy dit inbegrepe was by die hof se latere oorweging van toerekeningsvatbaarheid. Die volgende passasie is opsommend van die hof se benadering:

"Die optrede van Marius wat volgens die maatstaf van die *diligens paterfamilias* te kort geskiet het, is dat hy nie opgelet het dat iemand in die stilstaande motor agter die stuur sit nie, dus nie voorsien het dat die motor binnekort agteruit sou ry nie en derhalwe homself in 'n gevaarsone agter die motor geplaas het met sy rug na die motor. Was hy hiervoor toerekeningsvatbaar?" (401C).

Die hof vra of Marius vir sy versuim om die gevolge van sy plaasneming in die oprit te voorsien, toerekeningsvatbaar was. Dit gaan dus nie hier oor die betrokke se algemene vermoë om tussen reg en verkeerd te onderskei en om dienooreenkomstig te handel nie, iets waartoe Marius skynbaar wel in staat was. Dit blyk uit die getuienis dat hy 'n normale, intelligente kind was wat hoogstens 'n mate van kinderlike gebrek aan belangstelling geopenbaar het. Daar is niks wat suggereer dat hy 'n neurologiese of psigologiese koördinasie-gebrek gehad het wat hom serebraal onbekwaam gelaat het om tussen reg en verkeerd te onderskei en sy handeling in ooreenstemming met sodanige rasionele assosiasies te rig nie. Op die stadium toe hy in die oprit gaan sit het, het hy nie daaraan gedink dat die motor agteruit mag ry nie. Dit was weens sy kinderlike gebrek aan belangstelling wat skynbaar bloot 'n karaktertrek binne die perke van normaliteit was en dus nie patologies van aard nie. Sou hy aan die moontlikheid dat die motor mag beweeg gedink het, sou hy sekerlik nie daar gaan plaasneem het nie. Waar die hof dus sê:

“Marius mag wel, toe hy ses jaar oud was, vermaan gewees het van die gevaar om agter 'n staande motor te speel, maar in al die omstandighede kom dit my tog voor dat vanweë sy jeugdige leeftyd van sewe jaar en twee maande hy nie die vermoë gehad het om sy optrede dienooreenkomstig te rig nie,” (402F)

bedoel die hof skynbaar dat hy nie die vermoë of rypheid gehad het om die vermanings wat hy ontvang het op alle toepaslike geleenthede in herinnering te roep nie.

So 'n toestand is ook goed denkbaar. Dit is egter net so denkbaar dat 'n volwassene (in die sin van 'n meerderjarige), weens 'n impulsiewe geaardheid 'n onvermoë of ongevormdheid mag hê om by alle toepaslike geleenthede die vermanings wat hy in sy lewe teen wederregtelike optrede ontvang het, in sy gedagtes op te roep. Die moontlikheid bestaan dus dat die hof hier Marius se nalatigheid in die “latere” stadium ondersoek het en dit toe ontoerekeningsvatbaarheid genoem het. Immers, dit was die betrokke se versuim om die gevolge van sy handeling te voorsien wat die ware onderwerp van die ondersoek was.

1 4 Samevatting

In 1983 *THRHR* 102 doen ek die volgende model van die finalistiese misdaadsistematiek aan die hand:

a Die Wandaad

- i Handeling (willekeurige, persoonlike gedraging).
- ii Wederregtelikheid (objektief, *ex post facto* beoordeel; die maatstaf is die redelike man in die sin van die deursnee-burger – die *bonus paterfamilias*).
- iii Opset (subjektief bepaal; dit moet gerig wees op elke bestanddeel van die verbodsmaterie).
- iv Verbodsmaterie (besondere feitlike bestanddele in 'n bepaalde misdadoms-krywing).
- v Kousaliteit (die handeling moet adekwate oorsaak van die gevolg wees; d w s dit moet *conditio sine qua non* vir die gevolg wees, en die gevolgs-meganisme moes redelikerwys aan die hand van algemene menslike ervaring te wagte of voorspelbaar gewees het; ook die feit dat die handeling wederregtelik was, moes *conditio sine qua non* vir die gevolg gewees het).

b *Skuld (verwytbaarheid, blameworthiness)*

- i Feitelikhedsbewussyn (normatief beoordeel; dit moet redelikerwys van die dader verwag kon gewees het om die aard van sy handeling te besef of die gevolge daarvan te voorsien; die maatstaf is 'n redelike man van dieselfde sosio-ekonomiese, intellektuele en fisiese dimensies as die beskuldigde wat in sy skoene staan onder die omstandighede wat werklik geheers het).
- ii Wederregtelikhedsbewussyn (normatief of subjektief beoordeel? Wat opsetmisdade betref, is die vraag onbeantwoord gelaat in *S v Bailey* 1982 3 SA 772 (A); by misdade wat nie opset vereis nie, is die toets deurgaans normatief).
- iii Wederregtelikhedsinhibisie (normatief of subjektief beoordeel? Die toets by opsetmisdade is, minstens waar die gebrek aan inhibisie aan dwang toe te skryf is, normatief – vgl *S v Bailey*; by misdade wat nie opset vereis nie, is die toets deurgaans normatief).

Daar is skynbaar geen rede waarom hierdie sistematiek nie eweseer op die deliktereg van toepassing kan wees nie. By 'n delik sal opset egter uit die aard van die saak nie so dikwels ter sprake kom nie. Myns insiens is dit onnodig om die begrippe nalatigheid en toerekeningsvatbaarheid by dié sistematiek te betrek. Die twee “tipes” nalatigheid wat hierbo ter sprake was, is onderskeidelik ingesluit by die wederregtelikelement (nalatigheid in die “eerste stadium” – Snyman (*Strafreg* (1981) 76) sien wederregtelikheid as gedrag wat in stryd met die goeie sedes of regsdoortuiging van die gemeenskap is. Aangesien die gedrag van die *diligens paterfamilias* altyd strook met die goeie sedes van die gemeenskap, kan mens sê dat gedrag wat nie strook met die van die *diligens paterfamilias* nie, wederregtelik is) en by die skuldelement – feitlikheidsbewussyn (nalatigheid in die “latere stadium”).

Toerekeningsvatbaarheid word vervang met die begrip verwytbaarheid. Laasgenoemde is wel 'n objektiewe begrip, maar dit kom eers ter sprake nadat daar kennis geneem is van die faktore wat subjektief 'n invloed op die gemoed van die betrokke gehad het, soos byvoorbeeld sy jeugdige leeftyd, sy dronkenskap, sy primitiwiteit of gebrek aan opvoeding, sy psigopatiese persoonlikheid of sy toorn. Om verwytbaarheid te bepaal, moet daar gevra word of daar redelikerwys van die bepaalde betrokke verwag kon word om onder die omstandighede die gevolge van sy handeling te voorsien (feitlikheidsbewussyn) en om te besef dat dit wederregtelik is en om homself dan van daardie handeling te weerhou (vgl *S v Bailey* 797H–798G).

Die toets wat gewoonlik vir toerekeningsvatbaarheid gestel word, is of die beskuldigde oor die vermoë beskik het om die wederregtelikheid van sy handeling te voorsien en om dienooreenkomstig te handel. Hieruit blyk dat toerekeningsvatbaarheid eers ter sprake kom nadat dit vasstaan dat die betrokke bewus was van sy handeling en hy ook, waar opset 'n vereiste is, die *feitlike* gevolge daarvan voorsien het. Hoe word daar op 'n *ex post facto* basis bepaal of 'n *geestesgesonde* persoon wat heeltemal bewus was van wat hy doen en heeltemal in staat was om sekere sekondêre assosiasies te vorm, soos byvoorbeeld om die feitlike gevolge van sy beoogde handeling te voorsien, nie die vermoë gehad het om 'n ander sekondêre assosiasie soos dié van wederregtelikheid te vorm nie? As kind leer 'n mens dat jy nie 'n ander met 'n klip moet gooi nie want jy kan sy oog uitgooi (feitlike gevolg) en dit is verkeerd (wederregtelikheid). Hoe

kan dit dan gebeur dat daardie (geestesgesonde) kind in die toekoms in 'n posisie kom dat hy oor die vermoë beskik om wel die eerste vermaning maar nie die tweede nie in herinnering te roep?

Dieselfde geld vir die tweede been van die toets. Hoe kan dit gebeur dat 'n *geestesgesonde* persoon wat sodanig by sy positiewe is dat hy die vermoë het om enige sekondêre assosiasie met betrekking tot sy handeling (insluitende wederregtelikheid) te vorm, nie dienooreenkomstig kan handel nie? So 'n onvermoë kan skynbaar nie *neurologies* van aard wees nie, want die breinselle wat inhibisies reguleer, werk hand aan hand met dié wat sekondêre assosiasies reguleer. Sou daar neurologies fout kom met die inhiberende selle, behoort rasonale denke en daarmee sekondêre assosiasies ook onmoontlik te wees. *Eccles (The Understanding of the Brain (1977) 92)* druk dit soos volg uit:

"I always think that inhibition is a sculpturing process. The inhibition, as it were, chisels away at the *diffuse and rather amorphous* mass of excitatory action and gives a more specific form to the neuronal performance at every stage of synaptic relay" (my kursivering; sien in die algemeen die hoofstuk "Synaptic Transmission and Pathways in the Brain" 69-104.)

Die onvermoë kan dus hoogstens 'n *psigologiese* onvermoë wees en die vraag ontstaan hoe 'n mens so 'n onvermoë in 'n *geestesgesonde* persoon raaksien op 'n *ex post facto*-basis sonder om voor die voet toe te gee dat elke persoon wat sê, "ek kon myself net nie keer nie," sodanige onvermoë gehad het nie. Ek dink nie dit is 'n praktiese toets nie (minstens nie in hierdie stadium van ontwikkeling in die neurologie nie) en daarom behoort die hele newelagtige toerekeningsvatbaarheidsbegrip oorboord gegooi te word.

In die onderhawige geval kon Marius se "aanspreeklikheid" aan die hand van die hierbogestelde sistematiek soos volg beoordeel gewees het (dit is nou te sê as 'n mens die kwessie van verdeling van skadevergoeding oor die boeg van deliktuele aanspreeklikheid kan gooi):

a *Wandaad (of delik)*

- i Handeling – sy plaasneming in die oprit.
- ii Wederregtelikheid (nalatigheid in die "eerste stadium") – strydigheid met dit wat die *diligens paterfamilias* sou gedoen het.
- iii Verbodsmaterie (of skade) – sy beserings.
- iv Kousaliteit – sy handeling het die skade veroorsaak.

b *Skuld (verwytbaarheid)*

Feitelikheidsbewussyn ("nalatigheid in die latere stadium") – kon daar redelikerwys van hom as sewejarige met kinderlike gebrek aan belangstelling verwag word om die gevaar te voorsien?

Ek meen die appèlafdeling het gevoel dat daar nie redelikerwys van Marius verwag kon word om noodwendig die gevaar te voorsien nie. Ek meen die hof het gevoel dat hy in die lig van sy ouderdom en gebrek aan belangstelling nie vir sy plaasneming in die oprit verwyt kon word nie. Ek meen die hof het gelyk gehad. (Omdat Marius reeds by hierdie eerste been van die skuldelement onskuldig is, is daar geen sin om die ander twee bene te ontleed nie.) Ek meen dus dat die hof in werklikheid hier beslis het dat Marius wederregtelik gehandel het en sy beserings medeveroorsaak het, maar nie daarvoor verwyt kan word nie.

2 S v Pietersen

In hierdie saak het beskuldigde 1, wat agtien jaar oud was, saam met sy twee medebeskuldigdes wat albei nege jaar oud was, by 'n huis ingebreek. Beskuldigde 1 het 'n gaasdraad voor 'n venster losgemaak en beskuldigdes 2 en 3 het hom gehelp.

Tydens hulle verhoor het beskuldigdes 2 en 3 skuldig gepleit. Hulle is kragtens artikel 112(1)(b) van die Strafproseswet 51 van 1977 ondervra en getuienis van hulle ouers is aangehoor met betrekking tot hul toerekeningsvatbaarheid. Die getuienis was dat hulle goed geleer was en kon besef het dat dit verkeerd was om by 'n ander se huis in te breek. Gevolglik het die verhoorhof aanvaar dat hulle skuld gehad het en is hulle dan ook skuldig bevind.

Op hersiening was die Oos-Kaapse afdeling van die hooggeregshof nie tevrede dat toerekeningsvatbaarheid bewys is nie. Die volgende aanhaling van regter Kannemeyer illustreer die hof se houding:

"Prosecuting authorities should appreciate that, when they charge young children of under 14 years together with adults or older youths, they accept the *onus* not only of proving that the children know that what they do is wrongful but also of proving that they do that with which they are charged of their own volition, uninfluenced by their older companions' persuasion" (910H).

Hier word die tweede been van toerekeningsvatbaarheid dus afgewater tot die vraag of die betrokkenes vry van dwang of beïnvloeding gehandel het. Dit is beslis nie dieselfde vraag as dié na die vermoë van die twee kinders om ooreenkomstig hulle besef van die wederregtelikheid van hulle optrede te handel nie.

Die Oos-Kaapse benadering moet verwelkom word, daar dit 'n praktiese toets is wat hulle toepas. Ongelukkig is daar steeds gewerk met die begrip *doli capax*, ofte wel toerekeningsvatbaarheid, en is daar nie ingegaan op die kwessie van die betrokkenes se verwytbaarheid in die lig van die moontlike beïnvloeding wat op hulle gemoedere ingewerk het nie. Myns insiens moes die hof in hierdie geval vasgestel het of daar enige dwang, druk of beïnvloeding op die twee kinders uitgeoefen is en dan gevra het of hulle verwytbaar is in die lig van hul jeugdige leeftyd en enige faktore wat moontlik op hulle gemoedere ingewerk het. Dit is immers die toets wat *S v Bailey* (798E) voorskryf in gevalle waar dwang (en vermoedelik dergelike verwere) opgewerp word.

3 Slot

Daar *nalatigheid* 'n meerledige begrip is, lei dit soms tot verwarring. Dit kan baie maklik uit ons regsterminologie gelaat word indien Snyman se siening van *wederregtelikheid* aanvaar word en die normatiewe skuldbegrip met "feitelikeheidsbewussyn" as element toegepas word.

Toerekeningsvatbaarheid is 'n begrip wat skynbaar nie met sukses in die praktyk aangewend kan word nie. Die twee bene daarvan, naamlik 'n *onvermoë* om die wederregtelikheid of "verkeerdheid" van 'n *beoogde* (dit wil sê bewustelike en doelgerigte) handeling te besef of 'n *onvermoë* om ooreenkomstig so 'n besef te handel, is psigologies oneksakte toestande wat nie op 'n *ex post facto*-basis in 'n geregshof bepaal kan word nie, behalwe miskien in gevalle waar 'n definitiewe geestesongesteldheid of geestesgebrek ter sprake kom en behoorlike gemotiveerde psigiatriese getuienis daaromtrent aanvaar word. In plaas daarvan

om met 'n enigsins metafisiese begrip soos toerekeningsvatbaarheid te werk, kan 'n regverdige resultaat in alle gevalle verkry word deur die toepassing van die normatiewe skuldbegrip. Hiervolgens moet daar kennis geneem word van en oorweging geskenk word aan enige faktore wat 'n invloed op die geestesprosesse van 'n beskuldigde of verweerder kon gehad het. In die lig daarvan moet daar dan gevra word of die betrokke vir sy wederregtelike of onregmatige handeling verwy of blameer kan word.

Interessantheidshalwe kan daarop gelet word dat hierdie benadering selfs bevredigende toepassing kan vind in gevalle waar geestesongesteldheid of 'n geestesgebrek die faktore was wat die wederregtelike handeling tot gevolg gehad het. So 'n dader sal (hopelik) nie deur 'n opgevoede gemeenskap verwy of blameer word vir sy handeling nie. Artikel 78 van die Strafproseswet stel dit in elk geval bo alle twyfel vir sover dit die Suid-Afrikaanse reg betref.

PR VAN ZYL

Kantoor van die Prokureur-Generaal Kaapstad

BUTT v SCHULTZ 1984 3 SA 568 (OK)

Kopieer van mededinger se produk as skending van outeursreg en as onregmatige mededinging

Inleiding

Hierdie saak het hoofsaaklik te doen met die beskerming wat die reg verleen aan die ontwerp of voorkoms van 'n produk teen direkte kopiëring in die sin van die maak van duplikate deur middel van 'n matrys of vorm wat direk van die produk geneem is. Die feite van die geval was dat ene Butt 'n kiel vir 'n katamaran ontwerp het en 'n betonvorm gemaak het waarmee meerdere kiele van presies dieselfde vorm en afmetings vervaardig kon word. Schultz het deur middel van 'n tussenganger een van hierdie kiele gekoop waarna hy dit met geringe aanpassings as 'n vorm gebruik het om sy eie kiele vir katamarans te bou. Butt doen aansoek vir regshulp teen Schultz en die andere wat betrokke is. Hy vra nie beskerming vir 'n handelsgeheim nie, omdat sy produk op die ope mark beskikbaar is en deur lede van die publiek ondersoek en òf direk òf indirek gekopieer kan word. Dit gaan oor die beskerming van die ontwerp of voorkoms van sy produk teen die soort kopiëring waarvan daar hier sprake is.

Kopiereg

Die kiel is 'n "handwerk van 'n tegniese aard" ("work of craftsmanship of a technical nature") wat die voorwerp kan wees van outeursreg ingevolge artikel 2 van die Wet op Outeursreg 98 van 1978 soos gewysig deur artikel 1(a) van Wet 66 van 1983. Die hof beslis dat hierdie wysiging terugwerkend is (soos ook Dean in 1984 *De Rebus* 115 betoog het) en dat die feit dat die kiel voor inwerkingtreding van die wysigingswet ontwerp is, nie ter sake is nie. Die kiel

word dus deur die Wet op Outeursreg van 1978 beskerm teen reproduksie van die werk of teen die maak van 'n aanwending daarvan. Die optrede van die verweerder kom op die skending van outeursreg neer en die eiser is daarom op 'n remedie geregtig.

Daar kan in die verbygaan gemeld word dat hierdie bepaalde soort outeursreg slegs vir tien jaar duur, en dat dit die outeur geen uitsluitlike reg gee in enige idee wat in sy ontwerp beliggaam is nie, soos die hof ook tereg opmerk, en soos ek ook weer later sal beklemtoon. Ander kan sy idees oorneem en gebruik deur dit in hulle eie ontwerpe in te sluit. Hulle mag net nie die ontwerp van die outeur reproduseer nie. Hulle kan die idee kopieer maar nie die ontwerp nie.

Mededingingsreg

Die sleuteldeel van die uitspraak is daardie deel wat oor die mededingingsreg handel. Soos bekend, kan die ondernemer alleen teen sy mededinger regshulp aanvra as die mededinger onregmatig optree. Die saak gaan dus eintlik oor die vraag of die soort optrede waarvan daar hier sprake is, onregmatig is.

Dit is al in die regspraak bevestig dat aanwending van vertroulike inligting van 'n ondernemer, hetsy dit in vertroue van hom ontvang is of deur diefstal of deur afluistering of deur middel van kontrakbreuk van die ondernemer of sy werknemers bekom is, onregmatig is. Daar kan gesê word dat die inligting vertroulik is as dit nie deur die ondernemer publiek bekend gestel is nie en indien hy dit in vertroue aan die ontvanger of sy werknemer, van wie dit weer verder ontvang is, meegedeel het. Dit behoort dus duidelik te wees dat dit nie hier oor vertroulike inligting (of 'n geheim) gaan nie.

Regter Mullins kom in sy uitspraak tot die gevolgtrekking dat die betrokke optrede tog onregmatig is. Dit wil egter voorkom asof hy nie duidelik onderskei tussen vertroulike inligting en die beskerming van 'n ontwerp nie. Die regter skep die indruk dat hy die ontwerp tog as vertroulik beskou. Hy verwys daarna dat vertroulikheid deur verskeie faktore bepaal word, onder andere die nuttigheid van die inligting vir die ondernemer. Hierdie feit is egter een van die feite wat die hof gebruik om vas te stel of die inligting by wyse van stilswyende afspraak aan die ontvanger in vertroue meegedeel is, want as die inligting waardevol is, kan mens aanneem dat die partye wat dit weet die inligting in vertroue meedeel en ontvang.

Heel tereg merk die regter op dat die feit dat die produk op die mark beskikbaar is, nie beteken dat alle inligting met betrekking tot die produk terselfdertyd bekend gemaak is nie. Wat bekend gemaak is, is dit wat die publiek kan sien en te wete kom deur die produk te ondersoek. Produksieprosesse en resepte wat nie aldus vasgestel kan word nie, bly geheim en vertroulik as hulle voorheen geheim en vertroulik was. In hierdie geval is dit die vorm wat van belang is en dit is inderdaad bekend gemaak. Dit kan nie as vertroulike inligting beskerm word net omdat dit waardevol is nie. Dit kan alleen beskerm word as die handelings waaroor gekla word onregmatig is.

Regter Mullins verwys ook na die *springboard doctrine*. Dit dien eintlik as grondslag vir die beskerming van vertroulike inligting. Hierdie leerstuk gaan uit van die veronderstelling dat 'n persoon wel 'n ander man se idee of produk of proses of ontwerp mag namaak of gebruik, byvoorbeeld deur 'n plan te teken wat dit inkorporeer, terwyl die innoveerder die voordeel geniet van die tyd en

die moeite wat dit die mededinger gaan kos om die idee oor te neem. Die innoveerder kry 'n voorsprong. Die ander mag nie sy voorsprong van hom wegneem deur sy produk of proses of idee sonder meer oor te neem deur sy vertroulike inligting op 'n onregmatige wyse te bekom nie; hy moet self tyd en moeite aanwend om dit te ontwikkel of te maak. Daar bestaan egter geen beswaar teen die uitbreiding van hierdie leerstuk na ander soorte optrede as die aanwending van vertroulike inligting nie. In hierdie geval gaan dit oor 'n ontwerp. Daar kan dan maklik gredeneer word, soos die regter inderdaad doen, dat 'n persoon die idees wat in die ontwerp ingesluit is, mag oorneem en in sy eie ontwerp mag insluit, maar dat 'n persoon nie die ontwerp eenvoudig mag kopieer of reproduseer nie. Die feit dat daar tyd en moeite aan die reproduksie gewy is, is nie van belang nie. Wat nodig is, is dat die ontwerp wat die mededinger gebruik, van meet af deur sy eie arbeid vervaardig of geskep moet word, al gebruik hy die innoveerder se idees.

Dit bring ons dan by die eintlike vraag: Is dit onregmatig om die ontwerp van 'n ander, wat nie in vertroue aan jou beskikbaar gestel is nie en wat ook nie op oneerlike manier van die ontwerper verkry is nie, direk te kopieer of te reproduseer?

Regter Mullins verklaar (577I–578A):

“Copying may be lawful if features of another person’s design are incorporated into one’s own design. Where the method used is however the slavish adoption of another’s design, even as the starting point for further modification or adaptation, such copying usually will be found to be unfair and unlawful.”

Dit is die direkte kopiëring wat onwenslik en dan ook onregmatig is. Dit is heeltemal toelaatbaar om die ander man se idees na te volg, te kopieer, en dus sy leiding te volg; dit is ontoelaatbaar om eenvoudig replikas daarvan te maak.

Die regter verklaar ook verder (579E–F):

“A rival manufacturer is entitled to examine hulls designed by his competitors, and to incorporate *in his own design* what he regards as the most desirable features thereof. He may not, however, in my view, copy such hull, the product of another’s inventiveness and experience, in a manner which does not require him to apply his mind to such design or to exercise his own inventiveness and experience, even if he only uses it as a starting point and makes modifications thereto.”

Slotsom

Uit die voorgaande volg dit dat dit onregmatig is om 'n direkte kopie van 'n ondernemer se produk te maak en dit in die mededingingstryd teen hom aan te wend. Dit beteken egter nie dat die ondernemer 'n monopolie ten opsigte van sy produk of idee verkry nie. Soos die regter dan ook sê (580D–580F):

“There is no question of granting applicant a monopoly in regard to the design of his hull. Anyone is entitled to design a hull with similar features . . . Applicant is not entitled

to be protected . . . against the copying of his design, but he is entitled to be protected against the use of one of his hulls to form a mould, with or without modification."

DJ JOUBERT

Universiteit van Pretoria

S v NGUBANE 1984 4 SA 223 (D)

Wetboek van Zoeloereg – omvang van bevoegdheid om te wysig – artikel 24 van Swart Administrasie Wet 38 van 1927 – uitbreiding van strawwe onder Wet op Wapens en Ammunisie 75 van 1969 – ultra vires

Die omvang van die staatspresident se bevoegdheid om ingevolge artikel 24 van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 die Wetboek van Zoeloereg soos vervat in die bylae tot proklamasie R195 van 1967 te wysig, was in geskil in bogenoemde saak. Artikel 24 gee aan die staatspresident die bevoegdheid om bepalings van die wetboek by wyse van proklamasie te wysig, te herroep of te vervang.

Kragtens proklamasie R266 van 1978 is subartikel 7(1) deur 'n nuwe subartikel 7(1) vervang en subartikel 7(1A) en 7(1B) is ingevoeg. Voorts is ook artikel 7A en 7B ingevoeg, maar die hof het in die onderhawige saak beslis dat laasgenoemde twee artikels *ultra vires* die bevoegdhede ingevolge artikel 24 is. Artikel 7A en 7B bepaal onder andere dat 'n persoon wat skuldig bevind word aan 'n oortreding van artikel 2 of 36 van die Wet op Wapens en Ammunisie 75 van 1969, swaarder gestraf moet word as onder laasgenoemde wet. Die artikels verbied onderskeidelik die besit van 'n ongelisensieerde vuurwapen en die besit van rondtes sonder die regmatige besit van 'n vuurwapen om dit mee af te vuur.

Die nuwe subartikel 7(1) en sy subartikels 7(1A) en 7(1B) handel, net soos sy voorgangers in die bylaes tot proklamasies R195 van 1967 en 168 van 1932, oor 'n "byeenkoms van gewapende manne." Artikel 7(1B) omskryf 'n "byeenkoms" as 'n samekoms van vier of meer Swartes. Hieronder word teruggekeer na hierdie artikel.

In die saak is die beskuldigde skuldig bevind aan oortredings van artikels 2 en 36 van die Wet op Wapens en Ammunisie. Die streekslanddroos het hom gebonde geëg aan die bepalings van artikel 7A en 7B van die wetboek en gevolglik is die beskuldigde swaarder gestraf as wat die geval sou wees met 'n vonnisoplegging onder die wet. Die beskuldigde appelleer teen sy vonnis.

Namens die beskuldigde word aangevoer dat die woorde "wysig, vervang of herroep" in artikel 24 van Wet 38 van 1927 nie die invoeging van bepalings soos artikels 7A en 7B magtig nie. Daar word gesteun (228C-E) op die verklaring in *Risley v Gough* 1953 Tas SR 78 wat in *S v Moyo* 1979 1 SA 1024(R) 1026A met goedkeuring aangehaal word:

"I cannot construe the word 'amended' other than to mean the perfecting or ameliorating of an existing thing - not supplying a vacuum with something that should be there."

R v Moyo het gehandel oor die wysiging van een na dertien klagtes in 'n klagstaat. Die *Risley*-saak is nie geraadpleeg nie, maar afgesien van die twyfelagtige steun wat buitelandse beslissings in hierdie saak kan bied, kan die bevoegdhe om 'n klagstaat te wysig daarom nie sonder meer gelyk gestel word aan die bevoegdhe verleen ingevolge artikel 24 van die Swart Administrasie Wet nie. Die algehele vervanging van die bylae tot Wet 19 van 1891 (wat die wetboek van 1891 bevat het) deur 'n bylae tot proklamasie 168 van 1932, kan byvoorbeeld geensins beskrywe word as 'n "versagting of verbetering" nie. Nietemin, die hof het dit nie nodig geag om op die argumente wat namens die appellant aangevoer is in te gaan nie en het op ander gronde beslis dat artikel 7A en subartikel 7B(2) *ultra vires* is.

Kortliks kan die hof se redes vir sy uitspraak soos volg saamgevat word: Artikel 24 verleen wetgewende bevoegdhe ten opsigte van 'n besondere wet, naamlik die Wetboek van Zoeloereg. Die wetgewende bevoegdhe is dus nie onbeperk nie:

"but are confined to the Code and therefore to the *subject-matters* dealt with in the Code and *within the context* in which they are dealt with in the Code"

(228E, my kursivering). Dit geld ook slegs in Natal en slegs vir Swartes. Voorts is die wetboek ook volgens die hof 'n spesiale wet wat poog om die gewoontereg van die Swartes te kodifiseer, en dit handel oor sekere afgebakende onderwerpe

"all in the context of the *tribal structure and administration*" (228G, my kursivering).

Die artikels in geskil, artikel 7A en subartikel 7B(2), is geensins verwant aan die aangeleenthede wat in hoofstukke 3-15 gekodifiseer is nie naamlik, stamgrense; bevoegdhe van stamhoofde; asmede die privaat- en prosesreg. Daarteenoor meen regter Thirion, wat die uitspraak lewer, dat die inhoud van artikel 7A en subartikel 7B(2) minder vreemd is aan die bepalings van hoofstukke 2 en 16 van die wetboek. Die hof oordeel dat hierdie twee hoofstukke bepalings bevat om stamgevegte en die verbreking van die openbare vrede te voorkom; die aanhouding van verdagtes te magtig; en strawwe vir oortreders op te lê. Artikels 161 en 169 in hoofstuk 16 verbied ook die dra van wapens, hoofsaaklik tradisioneel van aard, onder sekere omstandighede. Volgens die hof handel hoofstukke 2 en 16 oor

"the *maintenance of law and order* among Black people and *more particularly in a tribal environment*" (229D-F, my kursivering).

Wetgewing by wyse van proklamasie is dus in die saak onder bespreking tot die handhawing van wet en orde in stamgebiede beperk. Artikel 7A en subartikel 7B(2) skep egter nie nuwe misdade of strafbepalings ten opsigte van die handhawing van wet en orde nie:

"[but] purport to prescribe, as part of the Code, new strictures regarding punishment in respect of statutory offences which are extraneous to the Code" (229E-G).

Die hof bevind dus dat die staatspresident, dit wat skrywers (vgl *Wiechers Administratiefreg* (1973) 185) aandui as die "raamwerk" waarbinne die wetgewende bevoegdhe uitgeoefen moet word, oorskry het. Oorstryding bestaan volgens die hof eerstens daaruit dat maatreëls wat vreemd is aan die stamgebiede, in die wetboek ingevoer is; en tweedens dat invoeging van strafmaatreëls onder die Wet op Wapens en Ammunisie verder gaan as die handhawing van wet en orde. Tot sover die siening van die hof wat die bepalings van artikel 7A en subartikel 7B(2) *ultra vires* bevind en 'n vonnis onder die Wet op Wapens en Ammunisie oplê.

Myns insiens kan daar ook 'n ander standpunt ten aansien van artikel 7A en subartikel 7B(2) ingeneem word en wel om die volgende redes. Eerstens meen die hof dat artikel 7A en subartikel 7B(2) wyer toepassing vind as

“the maintenance of law and order among Black people and more particularly in a *tribal environment*” (229D-F, my kursivering).

Die beperking wat die woorde “in a tribal environment” op die wetgewende bevoegdheid van die staatspresident plaas, is onaanvaarbaar. Baie bepalings in die wetboek handel weliswaar oor regsfigure wat hulle oorsprong in die tradisionele stamomgewing het, maar die meeste daarvan is soepel genoeg om oor die hele Natal toegepas te word soos dit dan ook inderdaad gebeur. 'n Beperking op die gelding van die wetboek ten gunste van die gemenerereg bestaan wel in *siviele sake* ingevolge die diskresie-uitoefening in die *kommissarishof* ooreenkomstig artikel 144, maar dit is nie in 'n strafsak relevant nie. Boonop handel artikel 8 en die ou artikel 7 ook oor die handhawing van wet en orde, maar die bepalings daarin vervat kan nie so uitgelê word dat misdade daarin genoem, slegs in stamgebiede gepleeg kan word nie.

Tweedens moet die hof se standpunt dat artikel 7A en subartikel 7B(2)

“deal generally with sentences in respect of convictions for the possession of arms and ammunition in contravention of Act 75 of 1969 and thus covers a much wider field than the mere maintenance of law and order” (229H-I, my kursivering).

versigtig geles word. Die indruk kan gewek word dat alle oortredings onder die wet in die wetboek geïnkorporeer is, maar van die ongeveer veertien oortredings wat Visser in sy werk: *Die Reg insake Wapens en Ammunisie* (1979) 141-200 bespreek, wil dit voorkom asof slegs drie oortredings in artikel 7A opgeneem is, naamlik: die wederregtelike (1) besit van wapens; (2) besit van ammunisie; en (3) voorsiening van wapens en ammunisie. Ten spyte daarvan dat swaarder strawwe vir laasgenoemde oortredings wel vir die hele Natal geld, pas dit myns insiens steeds by die wetboek se status as 'n spesiale wet in.

Derdens skep die hof die indruk dat daar nie in die wetboek oor vuurwapens en ammunisie wetgewing geproklameer kan word nie. Indien die afleiding korrek is, is die vraag of artikel 7(1), wat nie deur die hof oorweeg is nie, nie dalk vuurwapens onder die frase “gewapende manne” insluit nie. Vir die betekenis van “gewapende” is ander toepaslike wetgewing veral van belang (vgl Steyn *Uitleg van Wette* (1981) 294). Maatreëls oor die besit van ammunisie en gevaarlike wapens, wat uitdruklik vuurwapens insluit, is reeds lankal van toepassing in die swart streke genoem in die bylae tot die Swart Grond Wet 27 van 1913 soos gewysig, en gebiede wat deur 'n besluit van beide huise van die parlement as swart streke aangedui is. Voorbeelde hiervan is proklamasies 19 van 1938 soos gewysig; 135 van 1958 soos gewysig en R193 van 1967 wat die vorige twee maatreëls gekonsolideer het in die “Regulasies insake Beheer oor Gevaarlike Wapens en Ammunisie.” Swart gebiede in Natal is ook vervat in die bylae hierbo genoem. Wetgewing oor die besit van vuurwapens in die stamgebiede van Natal is dus geensins onbekend nie. (Hierdie proklamasies is ingevolge a 25 van Wet 38 van 1927 uitgevaardig terwyl die wetboek ingevolge a 24 gewysig word.) Daar kan ook kwalik geredeneer word dat die wetgewer onbewus was van die gekonsolideerde maatreël by die herproklamering van die huidige wetboek - trouens, beide proklamasies is in dieselfde staatskoerant 1839 van 1967-09-08 gepubliseer. Alleenlik 'n uitdruklike uitsluiting van vuurwapens uit die ou subartikel 7 (1) sou meebring dat vuurwapens nie gedek word deur

die sinsnede “’n vergadering van gewapende manne” nie. Indien hierdie argument aanvaar word, is die staatspresident dus wel bevoeg om wetgewing oor vuurwapens in die wetboek te proklameer. Die verwysing na misdade soos omskryf in die Wet op Wapens en Ammunisie is in so ’n geval gerieflik, en skep eenvormigheid minstens ten opsigte van die misdaadomskrywing, al is dit dan nie ook ten opsigte van strafoplegging nie. Die regverdiging van swaarder strawwe vir die hele Natal word hieronder bespreek.

Vierdens wil dit voorkom asof die nuwe subartikel 7(1) nie voldoende nie, indien wel, ontleed is om die omringende omstandighede te bepaal waarin artikel 7A en subartikel 7B(2) uitgevaardig is. Gemelde subartikel brei die handeling wat die oortreding “bywoning van ’n byeenkoms van gewapende manne” konstitueer aansienlik uit. Swaarder strawwe is ook in twee gevalle van toepassing, naamlik in geval van die besit van ’n vuurwapen by ’n vergadering deur enige lid van die vergadering; of as geweldpleging na afloop van die vergadering gepleeg word. Selfs die regmatige besit van ’n vuurwapen deur enige lid by so ’n byeenkoms, stel die ander aanwesiges ook strafbaar. Subartikel 7(1A) skep verskeie vermoedens ten opsigte van die besit van ’n vuurwapen en die bywoning van gemelde byeenkomste. Feitlik sonder uitsondering moet die vermoede deur die beskuldigde weerlê word. Subartikel 7(1B) gee ’n baie wye omskrywing aan die begrip “vuurwapen” en sluit, afgesien van die konvensionele vuurwapens, selfs ’n windgeweer en ’n voorwerp of instrument wat deur ontvlambare materiaal ’n mens kan beseer en eiendom kan beskadig, in. Dit blyk dus dat die gevolge wat voortspruit uit die euwel van ’n “byeenkoms van gewapende manne” in ’n besonder ernstige lig deur die owerhede beskou word. Daarbenewens kan daar tog sekerlik geregte kennis geneem word van die herhaaldelike voorkoms van stamgevegte in Natal (en sporadiese vergeldings- en teenvergeldingsaksies in gebiede tot sover as die Witwatersrand) en waarby vuurwapens met noodlottige gevolge betrokke is. Die verband tussen sulke “byeenkomste” en stamgevegte kan nie weggedink word nie en die nuwe subartikels 7(1), 7(1A) en (1B) kan eintlik nie anders as ’n noodsaaklike voorsorgmaatreël vir die handhawing van wet en orde beskou word nie. Die waarskynlik belangrike rol wat ongelisensieerde vuurwapens in sulke faksiegevegte speel (welke wapens sekerlik ook uit die aangrensende Blanke gebiede en selfs vanuit die hele Natal ingevoer word) regverdig myns insiens verhoogde strawwe ingevolge artikel 7A vir die besit van ongelisensieerde wapens en ammunisie oor die hele Natal.

Ten slotte is die gedifferensieerde strawwe wat deur subartikel 7B voorgeskryf word, nie behoorlik in ag geneem nie juis waar die hof dit ook het teen die algemene terme in die proklamasie. Net soos in die Wet op Wapens en Ammunisie word in die proklamasie enersyds onderskei tussen skuldigbevindings vir die besit van ’n ongelisensieerde wapen of minder as 100 rondtes (a 7A(b)) en andersyds vir skuldigbevindings waar meer wapens en ammunisie ter sprake is (a 7A(a)). Anders as ingevolge die wet egter, is gevangenisstraf van een jaar in beide gevalle verpligtend. (Die toepassing van verhoogde strawwe in die hele Natal is in die vorige paragraaf gemotiveer.)

Verdere verswarende strawwe geld egter net in die distrikte Msinga, Kliprivier en Weenen ingevolge proklamasie R213 van 1979 wat proklamasie R226 wysig (a 7B(3)). Daarvolgens mag gedeeltes van strawwe nie opgeskort of uitgestel word nie en veroordeeldes kwalifiseer ook nie vir vrylating op parool nie (a 7B(2)). Die beperkte geldingsgebied van artikel 7B is nie deur die hof bespreek nie,

en dit is waarskynlik dat hierdie artikel nie onder die aandag van die hof gebring is nie.

Dat die distrikte Kliprivier, Msinga en Weenen inderdaad probleemgebiede is, blyk ook uit die ingrypende magte wat ingevolge proklamasie R103 van 1973 soos gewysig deur proklamasies R266 van 1978 en R213 van 1979, verleen is vir die opsporing en aanhouding van verdagtes by misdrywe van diefstal, onwettige besit van vuurwapens en ammunisie asook 'n misdryf waarby geweld betrokke is. Die Kwa-Zuluse wetgewende vergadering het dit ook nodig geag om artikels 4(1) en 4(2) van die omstrede Wet op Gevaarlike Wapens 71 van 1968 en wat soos bekend, vuurwapens uitdruklik uitsluit, ingevolge goewermentskennisgewing R2247 van 1972 in die distrik Msinga van toepassing te maak. In die lig van bogenoemde verbandhoudende maatreëls word artikels 7A en 7B(2) myns insiens finaal van hulle gewaande "algemene aard" (229H) ontdoen. In die lig van die waarskynlikheid dat verbandhoudende wetgewing nie oorweeg is nie, en moontlik ook die ander argumente hierbo genoem, is dit moontlik dat die laaste woord oor die geldigheid van artikels 7A en 7B(2) nog nie gespreek is nie.

DJ SWANEPOEL
Universiteit van Pretoria

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.

BOEKE

FIAT IUSTITIA: ESSAYS IN MEMORY OF OLIVER DENEYS SCHREINER

ELLISON KAHN (EDITOR)

Juta & Co Ltd, Cape Town, Wetton, Johannesburg, pp xxii and 405

Price R45 (GST)

This is a booklover's delight, a volume that should take pride of place on the bookshelves of all jurists and a good many non-lawyers.

That this is so, is no doubt primarily due to the first part of the book. This is the biographical section in which Professor Kahn, in his own inimitable style, sketches the life of "the greatest Chief Justice South Africa did not have" (1). The picture that emerges, drawn with respect and affection but without hero-worship, is truly three-dimensional in that it illuminates all the aspects of the varied and rounded life of this great South African: man, public figure and jurist. It even reveals some very human inconsistencies: the liberal who favoured retention of the death penalty, the prudent investor who never had his household insured, the friendly and polite person who seldom apologised, the strict law-abiding citizen who was caught three times for speeding, the resigned philosopher who was deeply conscious of the transience and relative unimportance of human events and nevertheless refused to play bowls with his brethren to whose appointment he had been strongly opposed (perhaps not so inconsistent after all . . .). The three dimensions merge in an exciting climax in the narration of the turbulent events around the constitutional crisis in the fifties – an episode from which the "old" appeal court, and Schreiner particularly, emerged with more credit than most of the other parties – even though it was probably instrumental in his being repeatedly overlooked for appointment as chief justice.

The picture of Schreiner as a jurist contains perhaps the greatest inconsistency of all: the great judge who "had not completed the whole of a law examination in his life, and had attended only one lecture on Roman-Dutch law" (1). So much for the value of a formal legal education – but perhaps he made up for this by being a member of the Wits law faculty board for 58 years. Small wonder that Schreiner was not fond of "clawing the texts," although he was quite capable of handling them. He was a true "South Africanist" pragmatist, typical of the appeal court of that period which build up South African law with the materials at hand, English as well as Roman-Dutch. He was often guided by his sense of justice and his opinion regarding the social and public implications of the legal principles involved – but these opinions must of course be seen against the

background of those times, a different time, when paying taxes was still regarded as a moral duty and when ministers still used their private cars for private visits (23). Thus to present-day notions of unconscionable contracts Schreiner's objections to the doctrine of *laesio enormis* do not sound all that convincing any more, and today not everybody would go along with Professor Kahn's unquestioning approval of the decision in *Essa v Divaris* 1947 1 SA 753 (A). But there is no doubt about the greatness of this remarkably versatile jurist.

All in all, it is a fascinating life story, lavishly illustrated with photographs, and a pleasure to read. This also applies to the second part of this section which movingly depicts the relationship between Schreiner and his well-known father, WP Schreiner, and which is largely based on the hitherto unknown correspondence between these two. A valuable piece of Africana.

The second part of the book contains tributes to the memory of Schreiner by four eminent lawyers who knew him well. They are eloquent testimony to the respect and affection in which he was held. Rather disappointing, though, are the somewhat rambling reminiscences of Lord Denning.

The third and final part of the volume consists of the legal essays in honour of Schreiner by an impressive list of South African lawyers. As in all collections of this kind some are good and some are very good – depending, no doubt, on the personal interests and preferences of the reader. In many cases, a judgment by Schreiner is used as a starting point. Thus Boberg's essay on multiple causation refers to a dictum in *Kakamas Bestuursraad v Louw*, 1960 2 SA 202 (A), one of Schreiner's last judgments; Burchell's essay on the defence of privilege in defamation goes back to the distinction drawn between motive and *animus iniuriandi* in *Basner v Trigger* 1946 AD 83; Corbett JA's discussion of powers of appointment makes reference to *Estate Watkins-Pitchford v CIR* 1955 2 SA 437 (A); Kerr in his article on "Customary Law in the Appellate Division 1945–1960" highlights Schreiner's extensive contribution in this field; and Wiechers devotes his contribution to an analysis of Schreiner's well-known minority judgment in *Collins v Minister of the Interior* 1957 1 SA 552 (A). These few examples by themselves illustrate the wide range of legal questions where Schreiner exerted a lasting influence. One may also refer to Dugard's remarks regarding Schreiner's concern for human rights, evident *inter alia* from his long association with the South African Institute of Race Relations.

A remarkable man, and a remarkable book which is a fitting tribute and monument to his memory. To descend to the mundane: it is not often that a reviewer can say of a law book costing R45 that it is worth every cent. But even if someone should not be able to afford it, let him beg, borrow or steal it. It must on no account be missed.

WJ HOSTEN
University of South Africa

**BILLS OF EXCHANGE, CHEQUES AND PROMISSORY
NOTES IN SOUTH AFRICAN LAW**

deur FR MALAN, bygestaan deur CR DE BEER

Butterworths Pretoria, Durban 1983; xii + 441 pp

Prys R65,00 + AVB (hardeband) R48,000 + AVB (sagteband)

Hierdie werk is tot 'n groot hoogte 'n vertaling van die boek *Wisselreg en Tjekreg* deur dieselfde skrywers wat in 1981 verksyn het. Die Afrikaanse uitgawe is uitvoerig geresenseer deur JT Pretorius in 1982 *SALJ* 288, AN Oelofse in 1982 *MB* 50 en CJ Nagel in 1982 *Codicillus* 6. 'n Resensie deur AN Oelofse in 1983 *MB* 176 het ook reeds die verskille tussen die Engelse en die Afrikaanse uitgawes aangedui en behandel.

Die druk- en bindwerk is van 'n baie hoë gehalte. Die inhoud is in vier afdelings verdeel, te wete algemene beginsels, die wissel, die tjek en die promesse. Die aanbieding en afbakening van die stof by wyse van genommerde paragrawe sorg vir 'n orderlike en toeganklike inhoud. Die Wisselwet 34 van 1964 is as 'n bylae agter in die boek opgeneem. Dit is van groot praktiese waarde vir die student en die praktisyn, nie net omdat die Wisselwet lank reeds uit druk is nie, maar ook omdat dit kruisverwysings vergemaklik. Besonder nuttig en doelmatig is ook 'n volledige register van verwysings na die Wisselwet, 'n bibliografie, 'n alfabetiese lys van beslissings en 'n volledige indeks. Die voetnote in die boek is goed versorg en doeltreffend aangewend: Malan gebruik dikwels die voetnote om alternatiewe argumente te vermeld of verduidelikende inligting te verskaf.

Hoewel die Wisselwet gebaseer is op die Britse *Bills of Exchange Act* van 1882, het Malan uitstekend daarin geslaag om in hierdie boek aanknoping te vind by ons eie gemenerereg en die norme van ons eie verbintenisreg – die Wisselwet en die wisselverbintenis word naamlik in die lig daarvan vertolk en verklaar. (Vgl byvoorbeeld hoofstuk 4 oor die *causa* van die wisselkontrak.) Leersame bydraes is veral gelewer deur die gebruikmaking van ekskursusse om die moeiliker en dalk meer omstrede gedeeltes van die wissel- en tjekreg breedvoeriger te behandel en uiteen te sit.

Beslissings is bygewerk tot die Februarie 1983-uitgawe van die Suid-Afrikaanse hofverslae. Sedertdien is belangrike en rigtinggewende uitsprake gelewer wat in sommige gevalle met Malan se standpunte ooreenstem en in ander gevalle daarvan afwyk.

Malan het in die Afrikaanse weergawe van die boek (par 46) te kenne gegee dat die Suid-Afrikaanse howe waarskynlik nie sou afwyk van die benadering in die Engelse regspraak dat 'n dokument wat betaalbaar is aan "kontant of order," nie as 'n geldige wissel (of tjek) beskou word nie omdat "kontant" nie 'n persoon is nie. In die Engelse weergawe (par 46) het hy glad nie na hierdie siening verwys nie en aan die hand gedoen dat so 'n dokument as betaalbaar aan toonder beskou moet word. Dit blyk nou dat hy in eerste instansie korrek was.

Die eerste Suid-Afrikaanse beslissings oor die vraag of 'n dokument waarin die betalingsopdrag ten gunste van "kontant of order" gemaak is, 'n tjek is, is gegee in *Christellis v Brahberg Boerdery Edms Bpk* 1983 4 SA 87 (W) en *Hiles v Venter* 1983 4 SA 22 (T). In die *Christellis*-saak het die hof beslis dat die dokument geen tjek is nie omdat dit nie voldoen aan die omskrywing van 'n wissel soos gestel in artikel 2(1) van die Wisselwet nie. "Cash" is geen persoon nie. Gevolglik kan artikel 5(3) van die Wisselwet nie aangewend word om die dokument as 'n toondertjek te beskou nie. Hierdie gevolgtrekking is in die *Hiles*-saak onderskryf. In hierdie saak het die hof ook gesê dat so 'n dokument nie as 'n likiede dokument vir doeleindes van 'n voorlopige vonnis aanvaarbaar is nie omdat daar geen skuldeiser *ex facie* die dokument blyk nie.

In *Hill Samuel Merchant Bank SA Ltd v PPS Transport Holdings (Pty) Ltd* 1984 1 SA 294 (W) is die verweer ook geopper dat die dokumente *in casu* geen tjeks was nie omdat die nemer nie 'n persoon was nie maar 'n rekening. Die tjeks was betaalbaar aan "JJ Vermaak & Partners, Trust Account." Hierdie verweer is verwerp. Die hof beslis dat "JJ Vermaak & Partners" die nemer is en dat "Trust Account" slegs die rekening aandui waarop die bedrag inbetaal moes word.

In *Anglo-African Factors (Pty) Ltd v P & I Engineering* 1984 2 SA 501 (W) het die hof beslis dat artikel 80 van die Wisselwet nie van toepassing is nie op 'n tjek wat wel gekruis en gemerk is "nie verhandelbaar nie," maar wat ter akkommodasie van 'n derde persoon getrek is. Die hof beslis dat artikel 80 ondergeskik staan aan artikel 26. Hierdie uitspraak is in ooreenstemming met Malan se siening (par 86) dat die houër van 'n akkommodasietjek se vordering nie afhanklik is van die verhouding tussen die trekker (akkomodans) en die nemer (geakkommodeerde) nie, maar berus op 'n afsonderlike kontrak tussen hom en die trekker. Gevolglik kan artikel 80 nie ter sprake hom nie.

Malan stel weer eens en ten spyte van die beslissing van regter Kumleben in *Chamani v St Ives Trading Co (Pty) Ltd* 1982 2 SA 638 (D) sy standpunt dat waar 'n maatskappy se naam en rekeningnommer as trekker op 'n tjek gedruk is, dit nie die persoonlike aanspreeklikheid van 'n persoon wat die tjek sonder kwalifikasie teken, uitsluit nie (par 103 vn 168 en par 109 vn 207). Dit is jammer dat hierdie standpunt nie breedvoeriger verduidelik word nie aangesien dit duidelik is dat banke nie die gedrukte naam van die maatskappy as die handtekening van die maatskappy (soos in die geval van 'n rubberstempel) beskou nie, maar bloot as die naam van die bank se kliënt waarin die bankrekening gehou word. Indien en wanneer daar 'n handtekening op die dokument aangebring word, word dit volgens bankgebruik beskou as die handtekening van die kliënt wie se rekening dit is. (Sien *Dickinson v SA General Electric Co (Pty) Ltd* 1973 2 SA 620 (A) 628-629 en *Anglo-African Factors (Pty) Ltd v Cuppusamy* 1974 3 SA 399 (D) 403-404.)

Die beslissing in *Glolec Bpk v Van Rensburg* 1983 2 SA 192 (O) kan by par 269 gevoeg word waar vrystelling van verpligting om kennis van ontering te gee, behandel word. Die hof beslis naamlik dat al is die trekker en endossant dieselfde persoon, vrystelling van kennisgewing van ontering van die trekker nie outomaties vrystelling van kennisgewing van ontering aan hom in sy hoedanigheid van endossant beteken nie.

'n Belangwekkende beslissing is gelewer in *Rosen v Barclays National Bank Ltd* 1984 3 SA 974 (W). Die hof het die invorderings- en betalingsproses by

wyse van die ACB-stelsel beskryf. Hierdie stelsel word ook deur Malan in par 311 behandel. Van belang is egter die hof se beslissing oor die tydstip van betaling waar banke van hierdie geoutomatiseerde invordering en verrekening van tjeks gebruik maak. 'n Mens sou graag wou sien dat Malan hierdie aspek in latere uitgawes van die boek bybring en behandel.

Die hof het ook enkele aanmerkings gemaak oor die regsgevolge verbonde aan die sertifisering van tjeks. Die sertifisering van tjeks (of die sogenaamde bankgewaarborgde tjeks) word deur Malan behandel in par 316. Dit is interessant dat Malan van mening is dat die aanspreeklikheid van die betrokke bank nie 'n verpligting op grond van die tjek is nie, maar buite die tjek om ontstaan. Malan beweer dat daar 'n kontrak tussen die bank en die houer tot stand kom ingevolge waarvan die bank betaling van die gesertifiseerde tjek *waarborg*. Volgens hom is dit vergelykbaar met die aanspreeklikheid van 'n bank in die geval van 'n tjekkaart. Dit dien naamlik hoofsaaklik om die nemer teen die risiko van afgelasting van betaling van die tjek deur die trekker en van ontoereikende fondse in die tjekrekening te beskerm. Uit die *Rosen*-saak blyk dat dit beslis nie bankpraktyk is om die afgelasting van betaling van 'n gesertifiseerde tjek te aanvaar nie, maar dat 'n interdik wel as 'n voldoende rede beskou word vir die bank om betaling van die tjek te weier. Die vraag ontstaan dadelik onder watter omstandighede 'n hof so 'n interdik sal toestaan. Die hof het voorts te kenne gegee dat die sertifisering van 'n tjek *nie* aanleiding kan gee tot 'n afsonderlike eisoorzaak waarop betaling geeis kan word nie. Die slotsom is dus dat daar verskeie vroe bestaan rondom die regsgevolge van gesertifiseerde tjeks. 'n Mens sou gevolglik weer eens graag wou sien dat Malan hierdie aspek, miskien by wyse van 'n ekskursus, in latere uitgawes breedvoeriger sal behandel.

In *Gishen v Nedbank Ltd* 1984 2 SA 378 (W) het die hof beslis dat artikel 79 van die Wisselwet ook op onoordraagbare tjeks van toepassing is. Hiermee het die hof Malan se standpunt bevestig (par 349). Die hof het ook die opmerking gemaak dat die blote aanwesigheid van 'n blanko endossement agter op 'n onoordraagbare tjek nie noodwendig die afleiding regverdig dat die betrokke-bank nalatig was nie. Malan is van mening dat die aanwesigheid van meerdere endossemente (soos in *Volkskas Bpk v Johnson* 1979 4 SA 775 (K)) wel 'n faktor is wat tot 'n bevinding van nalatigheid kan lei. In *Impala Plastics (Pty) Ltd v Coetzer* 1984 2 SA 392 (W) het die hof beslis dat 'n tjek wat "nie oordraagbaar nie" gemerk is, hoegenaamd nie verhandelbaar is nie al is dit betaalbaar gestel aan toonder. Dié tjek bevat naamlik woorde wat oordrag verbied en is daarom nie 'n toonderdokument ingevolge artikel 6 van die Wisselwet nie. (Sien Malan hoofstuk 17 oor die nie-oordraagbare tjek.)

Hierdie boek is 'n werk van uitstaande gehalte en behoort van waarde te wees vir elke dosent, student en regspraktisyn. Die standpunte daarin gestel, sal ongetwyfeld 'n groot invloed uitoefen op die verdere ontwikkeling van wissel - en tjekreg in Suid-Afrika.

Riglyne aan Outeurs

1 MANUSKRIPTE

Manuskripte moet dubbelgespasieerd getik wees op A4-groottepapier. Dit geld ook vir die opsomming, aanhalings en voetnote. Artikels moet in die reël nie langer wees nie as 7 000 woorde (20–25 bladsye getik op A4-groottepapier met dubbelspasieëring).

2 VOETNOTE

2.1 Artikels

Voetnote moet op aparte bladsye (dit wil sê nie onderaan die bladsye waarop hulle betrekking het nie) dubbelgespasieerd op A4-groottepapier getik wees.

2.2 Aantekeninge, Vonnisbesprekings en Boekbesprekings

Voetnote moet glad nie gebruik word nie. Alle verwysings moet in die teks – tussen hakies – ingewerk word.

3 OPSOMMINGS

'n *Artikel* moet voorsien wees van 'n kort opsomming (verkieslik nie langer as 300 woorde nie) in die ander amptelike taal as die taal waarin die artikel geskryf is. Die opsomming moet ook van 'n vertaalde titel voorsien word.

4 TITELS

4.1 Titels moet so kort moontlik wees.

4.2 By *vonnisbesprekings* dien die naam van die vonnis wat bespreek word, as titel. Direk onder die naam van die vonnis word die inhoud en aard van die bespreking by wyse van 'n aantal trefwoorde aangedui. Byvoorbeeld:

BOTHA v BOTHA 1979 3 SA 792 (T)

Opskortende voorwaarde – tydsbepaling – vestiging van regte

4.3 By *boekbesprekings* dien die titel van die boek wat gereenseer word, as titel. Die naam van die boek se outeur verskyn in die volgende reël. In die derde reël verskyn die volgende besonderhede: Uitgawe (indien nie die eerste uitgawe nie), uitgewer, plek van uitgawe, jaar van publikasie, getal bladsye. In die vierde reël verskyn die prys (hardeband en sagteband waar nodig). Byvoorbeeld:

THE NEWSPAPERMAN'S GUIDE TO THE LAW
deur KW STUART

Tweede uitgawe; Butterworth Durban 1977; xxii en 303 bl
Prys R27,50 (hardeband) R19,50 (sagteband)

5 OUTEURS

5.1 Artikels

Die outeur se voorletters en van moet op die eerste bladsy onder die titel aangedui word. In die volgende reël verskyn die outeur se akademiese kwalifikasies. In die derde reël verskyn 'n beskrywing van die outeur se betrekking en die naam van die instansie waaraan hy verbonde is. Byvoorbeeld:

Persoonlikheidsreg

J Neethling

BA LLM LLD

Professor in die Privaatreg aan die Universiteit van Suid-Afrika

5.2 Aantekeninge, Vonnisbespreking en Boekbesprekings

Die naam van die skrywer verskyn regs onder op die laaste bladsy, aan die einde van die bydrae. Die instansie waaraan die outeur verbonde is, verskyn in die volgende reël. Byvoorbeeld:

J NEETHLING

Universiteit van Suid-Afrika

of

PIETER PAUW

Johannesburgse Balie

6 AFKORTINGS

- 6 1 Gebruik geen afkortings in die *teks* nie; in voetnote (en in gedeeltes tussen hakies wat dieselfde doel as voetnote dien) soveel erkende afkortings moontlik.
- 6 2 Geen punte word by afkortings gebruik nie.
- 6 3 Aanmeakaargeskrewe woorde word sonder spasie afgekort: bv, asb, km.
- 6 4 Afkortings van aparte woorde verskyn sonder punte maar met haarspasiae (outeurs laat op hul tikmasjiene gewone spasiae): t a p, t o v, a w. Maar: VSA, *THRHR*, SA, BA, LLB, UNISA. (Haarspasiae word dus net gebruik om verwarring te voorkom, dus by kleinletterafkortings; tap sou as 'n woord gelees kon word, t a p onderskei homself.)
- 6 5 Gebruik *dieselfde* afkortings konsekwent in 'n bydrae; Afrikaanse en Latynse aanhalings moet byvoorbeeld nie beurtelings gebruik word nie.

6 6 Enkele voorbeelde

a	vir artikel(s)
bl	vir bladsy(e)
e v	vir en volgende
par	vir paragraaf(we)
2e uitg	vir tweede uitgawe
r	vir regter
ar	vir appèlregter
rp	vir regter-president
w ar	vir waarnemende appèlregter
hr	vir hoofregter
reg	vir regulasie
hfst	vir hoofstuk
vgl	vir vergelyk
wr	vir waarnemende regter

7 AANHALINGSTEKENS

- 7 1 Gebruik dubbel aanhalingstekens, met enkel aanhalingstekens *binne* 'n aanhaling: "Die regter het verklaar: 'die beskuldigde is aangekla . . .' en ek vind hom derhalwe onskuldig."
- 7 2 Aanhalingstekens waarmee 'n aanhaling afgesluit word, word *altyd* ná die punt, komma ensovoorts geplaas:
" . . . ;"

8 AANHALINGS

- 8 1 Aanhaling moet spaarsaam gebruik word.
- 8 2 Aanhaling kan presies gemaak word soos hulle in die oorspronklike voorgekom het, dit wil sê met die kursiverings, hoofletters, punte ensovoorts onveranderd. Die redaksie sal die nodige wysigings self aanbring.
- 8 3 Moenie stippels (. . .) aan die begin van 'n aanhaling gebruik nie. Die feit dat 'n aanhaling met 'n (aangepaste) hoofletter of kleinletter begin (bv "Die . . ." of "die . . ." of "[D]ie . . ." of "[d]ie . . .") is genoegsame aanduiding of die aanhaling aan die begin of in die middel van 'n sin begin.
- 8 4 Enige verandering of invoeging in 'n aanhaling word tussen reghoekige hakies aangebring, bv "[I]n . . ."

9 KURSIVERING

- 9 1 Aanhaling (ook uit Latyn) word *nie* gekursiveer (onderstreep) nie.
- 9 2 Woorde en uitdrukkings wat nie deel van 'n aanhaling uitmaak nie en kom uit ander tale as dié van die bydrae (dus ook uit Latyn) word gekursiveer, byvoorbeeld *dolus*, *fait accompli*, *Grundnorm*, *rule of law*.
- 9 3 Gebruik kursivering om 'n woord of frase te beklemtoon: "Hierdie reël is *besonder* onbillik . . ."
- 9 4 Sien par 10 i v m die gebruik van kursivering in die titels van boeke, vonnisse, tydskrifte ensovoorts.

- 10 **VERWYSINGS NA VONNISSE, BOEKE, ARTIKELS, TYDSKRIFTE, KOERANTE, WETGEWING EN OU BRONNE**
- 10 1 **Vonnisse**
- 10 1 1 Die name van die partye en die v daartussen word gekursiveer (of onderstreep in manuskripte):
Botha v Botha 1979 3 SA 792 (T).
- 10 1 2 Hakies en vierkantige hakies word net gebruik waar die letter of syfer die rol van 'n voetnoot vervul (dus addisionele inligting verstrek) en nie benodig word vir die verwysing nie:
Botha v Botha 1979 3 SA 792 (T) en *nie Botha v Botha* 1979 (3) SA 792 (T) nie,
Talbot v Von Boris 1911 1 KB 854 en *nie Talbot v. von Boris* [1911] 1 K.B. 854 nie,
Ex parte F 1963 1 PH B 9 (N) en *nie Ex parte F* 1963 (1) PH B9 N nie,
en
Re Waxed Papers Ltd 1937 2 All ER 481 (CA)
maar
Rudd v De Vos (1892) 9 SC 491 en *Re South London Fish Market Co* (1888) 39 ChD 213 (want die datum is hier terloopse inligting, nie 'n essensiële deel van die verwysing nie).
- 10 1 3 Die woorde "and another," "en ander," "NO" ens word weggelaat: *Botha v Botha* 1979 3 SA 792 (T) en *nie Botha NO v Botha en 'n ander* 1979 3 SA 792 (T) nie.
- 10 1 4 Die woorde "op," "op bladsy" ens is onnodig wanneer na 'n besondere bladsy in 'n vonnis verwys word: *Botha v Botha* 1979 3 SA 792 (T) 795F-G, en *nie Botha v Botha* 1979 3 SA 792 (T) op bl 795F-G nie.
- 10 1 5 Tussen 'n reeks vonnisse in 'n voetnoot word kommapunte gebruik: *Botha v Botha* 1979 3 SA 792 (T); *Smit v Smit* 1979 3 SA 810 (K); *Els v Els* 1980 2 SA 16 (W).
- 10 1 6 Die Engelse verwysing vir voor-1947-vonnisse word gebruik, byvoorbeeld CPD, EDL, TPD ens en nie KPA, ODP, TPA nie. Wat na-1947-vonnisse betref, word in Afrikaanse bydraes, vir die bykomstige inligting wat aan die einde van 'n verwysing tussen hakies geplaas word, die Afrikaanse (sover moontlik eenletter-) afkortings gebruik. Byvoorbeeld 1977 3 SA 410 (K) en 1978 2 SA 219 (A).
- 10 2 **Boeke**
- 10 2 1 Dit is onnodig om die voorletters van 'n boek se outeur(s) te verskaf (behalwe as die weglating tot verwarring kan lei): De Wet en Swanepoel *Strafreg* en nie JC de Wet en HL Swanepoel *Strafreg* nie.
- 10 2 2 Die titels van boeke word gekursiveer (onderstreep): Van der Walt *Delict: Principles and Cases* (1979).
- 10 2 3 Van Oven *Romeinse Reg* 3e uitg (1936) 261: Slegs die datum van die uitgawe moet tussen hakies kom: "3e uitg" is noodsaaklike inligting en verder kan die datum as 'n bladsynommer aangesien word as dit nie tussen hakies geplaas word nie.
- 10 3 **Artikels**
- 10 3 1 Verwysings na titels van artikels word tussen aanhalingstekens geplaas: "Quo Vadis Iurisprudentia?" 1980 *Tydskrif vir Oud-Hollandse Reg* 13.
- 10 3 2 Hoofletters word in titels gebruik: Van der Walt "Die Voordeeltorekeningsreël - Knoop-punt van Uiteenlopende Teorieë oor die Oogmerk met Skadevergoeding" 1980 *THRHR* 1.
- 10 4 **Tydskrifte**
- 10 4 1 Name van tydskrifte word gekursiveer (onderstreep): *THRHR*, *SALJ*, *Texas Law Review*.
- 10 4 2 Bekende tydskrifte se name word afgekort: *THRHR*, *CILSA*, *SALJ*, *LQR*, *Harv LR* ens.
- 10 4 3 Minder bekende tydskrifte se name moet met die eerste verwysing daarna volledig aangehaal word met 'n afkorting wat daarna gebruik word tussen hakies ná die volledige verwysing: 1971 *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 675; 1971 *Texas Law Review (Tex LR)* 837.

- 10 4 4 Die bandnommer van 'n tydskrif is meestal oortollig en moet weggelaat word, dus 1971 *THRHR* 12 ipv 1971 (34 1) *THRHR* 12 of 34 1 (1971) *THRHR* 12; 1979 *SALJ* 307 ipv 1979 (96 III) *SALJ* 307 ens. Waar die bladsynommers van 'n tydskrif nie jaarliks deurlopend is nie – soos by *Codicillus* – moet die tydskrifnommer of -datum wel aangehaal word.
- 10 5 **Koerante**
- 10 5 1 Die name van koerante word gekursiveer (onderstreep): *Beeld*, *The Rand Daily Mail*, *Die Transvaler*.
- 10 5 2 Die datum van 'n koerant word volgens die moderne metode só weergegee: 1980-03-31. Dus *Beeld* (1980-03-31) 10.
- 10 6 **Wetgewing**
- 10 6 1 Die name van wette word nie gekursiveer nie.
- 10 6 2 Die naam en nommer van 'n wet word só weergegee: Die Wet op Prokureursordes 71 van 1975; die Maatskappywet 46 van 1926 ensovoorts.
- 10 6 3 Verwysings na wette in die loop van die teks van 'n bydrae kan egter ook informeel wees (sodra dit vir die leser duidelik is na watter wet verwys word), byvoorbeeld die 1926-wet, die Maatskappywet van 1926, ensovoorts.
- 10 7 **Ou Bronne**
- 10 7 1 Waar daar reeds 'n vaste konvensie met betrekking tot die verwysing na *bekende* ou bronne bestaan, moet dié gevolg word, byvoorbeeld:
D 9 2 5 3, *D* 9 2 27 *pr*
I 2 1 31, *C* 10 15 en *Nov* 134 9
De Groot 3 32 7
Voet 47 1 2
Groenewegen De Leg Abr 4 10
Van Leeuwen CF 1 2 4 5
Van Leeuwen RHR 2 5 1
Van der Linden Koopmans Handboek 1 7 2
Van der Keessel Th 323
Van der Keessel Praelectiones op *Gr* 2 4 38
Van Bynkershoek Obs Tum 303
Pauw Obs Tum Nov 128
Schorer ad Gr 3 27 6
Vinnius ad I 2 1 39
 ensovoorts.
- 10 7 2 In alle ander gevalle moet 'n ou bron net soos 'n moderne werk met genoegsame presiesheid geïdentifiseer word.
- 11 **HOOFLETTERS**
- 11 1 Die gebruik van hoofletters in Afrikaanse bydraes word sover moontlik beperk.
- 11 2 Voetnote begin met kleinletters tensy die voetsnoet self 'n volsin is. Dit beteken dat kleinletters gebruik word indien 'n voetsnoet met byvoorbeeld een van die volgende afkortings begin: bv, a w, d w s, eg, i e, *loc cit*, *op cit*. Hierteenoor staan Vgl omdat Vgl 'n imperatief is wat 'n volsin inlei.
- 11 3 Enkele voorbeelde:
 ... die regter verklaar ...
 ... hoofregter Rumpff belis ...
 ... die appèlhof ...
 ... die parlement ...
 ... die kabinet ...
 ... die minister ...
 ... die regter-president ...
 ... die wet bepaal ...
 ... die hof ...
 ... die uitvoerende komitee van ...
 ... die staatspresident ...
 ... die minister van justisie ...
- 11 4 Alle opskrifte se *woorde* (bv die titels van artikels en boeke waarna verwys word) moet sover doenlik met hoofletters begin.

12 ALGEMEEN

- 12 1 Wanneer 'n volsin tussen hakies geplaas word, kom die punt aan die einde van die sin ook binne die laaste hakie: (Die hof het hom skuldig bevind.) Wanneer die gedeelte tussen hakies deel uitmaak van 'n sin wat deels buite die hakie val, kom die punt buite die laaste hakie: Die hof het hom skuldig bevind (sien *S v Swart* 1960 3 SA 15 (T)).
- 12 2 In aantekeninge en vonnisbesprekings moet dit wat normaalweg in voetnote sou verskyn het, tussen hakies geplaas word (sien par 2 2 hierbo) behalwe waar dit byvoorbeeld bloot die bewysplek van 'n vonnis of die uitgawe van 'n boek is wat aangedui word. Dié word eenvoudig sonder hakies aangegee, byvoorbeeld: Die regter het in *S v Swart* 1960 3 SA 15 (T) beslis dat die beskuldigde. . .
- 12 3 Vermy uitdrukings soos “die geleerde regter” en “die belese regter” – in Afrikaans geld die (onweerlegbare) vermoede dat elke regter geleerd én belese is. Dieselfde geld die gebruik van uitdrukings soos “met eerbied” en “respekvol.”
- 12 4 Nommering van die afdelings, paragrawe, ensovoorts van 'n bydrae, moet sover moontlik volgens die volgende metode geskied (sonder punte):
 1
 1 1
 1 2
 1 2 1
 2
 3
 3 1
 3 1 1
 3 1 2
 3 2
- 12 5 Wat hierbo in paragraaf 10 1 4 in verband met die gebruik van die woorde “op,” “op bladsy,” ensovoorts gesê is, geld ook ten aansien van verwysings na die bladsye van boeke, artikels, koerante, ensovoorts.
- 12 6 Waar na opeenvolgende bladsye verwys word, moet die bladsynommers volledig aangedui word, byvoorbeeld:
 Van der Merwe *Sakereg* (1979) 163–169 en *nie*
 Van der Merwe *Sakereg* (1979) 163–9 of 163–69 *nie*.

Agreements in restraint of trade: The appellate division confirms new principles

JT Schoombee

BA (Hons) LLB

Senior Lecturer in Law, University of Cape Town

OPSOMMING

Kontraktuele Bepenkings op Handelsvryheid: Die Appèlafdeling Bestendig Nuwe Denkrigtings

Die onlangse beslissing van die appèlafdeling in *Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis* 1984 4 SA 874 (A) („*Magna Alloys*”) het ’n mate van sekerheid gebring op ’n gebied van ons reg waar onderlinge verskille tussen provinsiale beslissings vir ’n geruime tyd tot onsekerheid aanleiding gegee het. Veral sedert 1977 is die tradisionele leerstuk ten opsigte van beperkings op die handelsvryheid, wat ons provinsiale howe deur die jare na aanleiding van die Engelse reg ontwikkel het, toenemend aan kritiek deur die howe en skrywers onderwerp. Die reëls van die tradisionele leerstuk wat hoofsaaklik onder skoot gekom het, was die volgende:

- 1 beperkings van die handelsvryheid word vermoed ongeldig te wees, en die party wat afdwinging verlang, moet bewys dat die beperking *inter partes* redelik was;
- 2 redelikheid word beoordeel aan die hand van die omstandighede wat by kontraksluiting gegeld het;
- 3 afdwinging van ’n (redelike) gedeelte van ’n andersins onredelik beperking kan slegs geskied as die hof die onredelike gedeeltes eenvoudig met ’n “blou potlood” kan deurhaal.

Die appèlafdeling het nou bevestig dat hierdie reëls nie meer aanvaarbaar is nie, en beslis dat die enigste toetssteen vir die afdwingbaarheid van beperkings die openbare belang is. Afdwinging word geweier indien dit die openbare belang sou skaad, en hierdie vraag moet uitgemaak word primêr aan die hand van die omstandighede wat by afdwinging geld. Die party wat afdwinging teenstaan, dra die bewyslas. Daar is ook gesuggereer dat gedeeltelike afdwinging gereedelik toegelaat sal word.

In hierdie artikel word die algemene benadering en bevindings van die appèlafdeling weer-gegee en krities ondersoek, en ook gewys op die belangrikste teoretiese en praktiese implikasies (onder meer vir gedingvoering) wat uit die beslissing voortvloei. So word kritiek uitgespreek teen die bevinding dat ons gemenerereg nie alkerig jeens beperkings van die handelsvryheid gestaan het nie, en teen die groot waarde wat in *Magna Alloys* geheg word aan die vermeende onderskeid tussen *ongeldige* ooreenkomste en dié wat bloot *onafdwingbaar* is – laasgenoemde kategorie sou dan beperkings van die handelsvryheid insluit. Daar word ook gewys op problematiese aspekte van die beslissing, soos byvoorbeeld dat in een asem op teenstrydige provinsiale beslissings gesteun word. Die appèlafdeling het ook met die tradisionele reëls weggedoen sonder om duidelik te sê wat in hul plek gestel moet word. So is beslis dat onredelikheid ’n beperking nie noodwendig nie, maar slegs “waarskynlik” teen die openbare belang en derhalwe onafdwingbaar maak. Die implikasie is dus dat ’n onredelike beperking deur sekere omstandighede (wat geensins vermeld word nie) “gered” kan word. Dit is ook nie duidelik of onredelikheid nog voortaan (soos onder die tradisionele leerstuk) getoets moet word deur te vra of die beperking nie verder strek as wat nodig is om geëkte beskermingswaardige belange van die reghebbende te beskerm nie.

In die algemeen word aangevoer dat die appèlafdeling in *Magna Alloys* breë riglyne gestel het waaraan nog heelwat in die praktyk geskaaf sal moet word.

1 INTRODUCTION

Restraint of trade is an area of South African law which has been buffeted for some time now by “winds of change.” In recent years principles and rules which

had been applied in our courts for decades, have come under fire. Since 1977 leading decisions in the Natal, Transvaal and Cape provincial divisions have either rejected or questioned the traditional principles and rules.¹ Of particular significance were *Roffey v Catterall, Edwards & Goudré (Pty) Ltd*,² *National Chemsearch (SA) (Pty) Ltd v Borrowman*³ and *Drewtons (Pty) Ltd v Carlie*.⁴ The recent decision of the appellate division in *Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis*⁵ has resolved some of the controversy surrounding restraints of trade, but has at the same time left a number of important questions unanswered.

The debate surrounding restraints of trade has tended to focus on the question which of two principles, namely sanctity of contract (*pacta sunt servanda*)⁶ or freedom of trade,⁷ should predominate.⁸ The restraint-of-trade doctrine has sought

1 Dissatisfaction with aspects of the traditional doctrine has in fact been expressed over a number of years. See, for instance, Turpin 1958 *Annual Survey* 55; Suzman 1968 *SALJ* 91; Kahn "The Rules Relating to Contracts in Restraint of Trade - Whence and Whither?" 1968 *SALJ* 391 (hereinafter Kahn); *SA Wire Co (Pty) Ltd v Durban Wire & Plastics (Pty) Ltd* 1968 2 SA 777 (D).

2 1977 4 SA 494 (N), per Didcott J, with whom Friedman AJ concurred (hereinafter cited as *Roffey*).

3 1979 3 SA 1092 (T), per Botha J, with whom Vermooten J and Spoelstra AJ concurred (hereinafter cited as *Chemsearch*).

4 1981 1 SA 305 (C). In this full bench decision, Van den Heever J adopted, in the main part of her judgment (309B-313F), a novel approach in upholding the restraint of trade, which has now, to some extent at least, found favour with the appellate division. (See *infra* at n 15-16, n 123.) In the alternative (313H-315B), the judge applied the traditional rules and reached the same conclusion. Watermeyer JP and Tebbutt J also reached this conclusion along the traditional route. The former indicated that there was great merit in the views of Van den Heever J (309A), but that a decision on them was unnecessary. Tebbutt J expressed *obiter* approval of the views of Van den Heever J in even stronger terms (316B *et seq*). The judgment of Van den Heever J is hereinafter cited as *Drewtons*.

5 1984 4 SA 874 (A), per Rabie CJ, with whom Kotzé, Joubert, Trengove and Van Heerden JJA concurred (hereinafter cited as *Magna Alloys*).

6 In the present context this maxim can be translated as "agreements must be honoured," and it is not simply an empty tautology - see Du Plessis & Davis "Restraint of Trade and Public Policy" 1984 *SALJ* 86 88-9, (hereinafter Du Plessis & Davis). It expresses the idea that promises (reciprocal or unilateral) outside a purely "social" or "informal" sphere should be legally enforceable. Historically, *pacta sunt servanda* is also coupled to the recognition of the actionability of "bare pacts," and the emergence of a general theory of contract. See Visser "The Principle *Pacta Sunt Servanda* in Roman and Roman-Dutch Law, with specific reference to Contracts in Restraint of Trade" 1984 *SALJ* 641 (hereinafter Visser).

7 The supposed dichotomy between freedom of trade and sanctity of contract has been criticised, for instance, by Du Plessis & Davis 96 who argue that the former must include the latter, because no-one can trade effectively if agreements are not honoured. This complementary aspect cannot be denied, but on the other hand it should be borne in mind that there is a constant and real tension between these principles. Almost every time someone concludes a commercial contract (say a contract of employment) he in a sense diminishes his freedom of trade (eg normally he cannot go and work for someone else). It is precisely the frequency of this result, namely that nearly all contracts tend to "restrain trade" in the widest sense of the phraseology, that makes it both difficult and important to determine to exactly which types of agreement the restraint-of-trade doctrine should apply, and has led to the proposal of tests such as whether the restraint leads to the sterilisation rather than the absorption of services. (See para 5 1 below.) Historically the doctrine has been applied to specific types of restraint. The explanation is probably that in these areas the tension between the principles has been felt to be particularly acute, or the justification for the loss of freedom of trade has been dubious or overtones of unconscionability have been present. (It is one thing if A agrees only to work for B, another if A agrees with B not to practise his occupation at all.)

8 The conflict which arises with regard to restraints of trade is also often characterised as a conflict between *freedom of trade* and *freedom of contract* (rather than sanctity of contract).

to absolve the conflict which arises between these principles⁹ where a person contracts not to exercise a particular profession, trade or activity. *Sanctity of contract* points to the upholding of all bargains entered into freely, including such a restraint on future economic activity. Here the prescription contained in the maxim *pacta sunt servanda* may be said to reflect the interest of society and contractual parties in seeing that individuals keep their promises.¹⁰ On the other hand, the preservation of *freedom of trade* necessitates that individuals should not be allowed to bargain away their freedom to engage in useful economic activity. Several values underlie freedom of trade – *inter alia* that restrictions on individual freedom, particularly wide-ranging restrictions, should be controlled, and that it is, at least in principle,¹¹ to the detriment of society if one of its members cannot contribute his or her skills. The restrained person may also become a burden on society.¹² Moreover, freedom of trade is a component of freedom of competition, and it is generally assumed that the latter is a desirable state of affairs,¹³ at least in an economic system which is predominantly a “free enterprise” or market-orientated one.

In terms of this dichotomy between freedom of trade and sanctity of contract, it may be said that in South African law the traditional restraint-of-trade doctrine favoured, under influence of English law, freedom of trade over sanctity of contract. This was manifested primarily in the rules that restraints were, unlike other contractual terms, subject to a test of reasonableness and moreover “*prima facie* void:” the party seeking to rely upon the restraint had to prove that it was reasonable as between the parties, which the courts narrowed down to mean

Not much seems to turn on this distinction, which appears to be largely one of emphasis: *freedom of contract* stresses the *ability* to enter into any type of agreement, including a restraint, so as to constitute a legally enforceable agreement; *sanctity of contract* stresses the *binding effect* of agreements.

- 9 Sanctity of contract and freedom of trade can be transcribed into prescriptions or norms, eg *pacta sunt servanda* and “individuals should be free to trade and work.” These, of course, constitute very broad principles. Such a principle “does not even purport to set out conditions that makes its application necessary. Rather it states a reason that argues in one direction, but does not necessitate a particular decision.” Dworkin *Taking Rights Seriously* (1978) 26 (hereinafter *TRS*). Cf Hughes “Rules, Policy and Decision Making” 1968 *Yale LJ* 411 419.
- 10 The interest is not merely ethical (ie it is morally sound to honour agreements). It has a non-ethical dimension, namely greater certainty and efficiency when promises are enforceable. Cf *Roffey* 505F–H.
- 11 I say “in principle,” because a restraint may prevent an individual from exercising a skill which is in oversupply in the community, and it can then hardly be said to be to the detriment of the community. It may even force him to exercise a skill for which there is a demand. This issue of actual, as opposed to potential prejudice, has assumed importance in view of *Magna Alloys* – see *infra* n 142, and of the common law position (n 60 *infra*).
- 12 See *Parker CJ in Mitchel v Reynolds* (1711) 1 P Wms 181 190. (This decision laid the foundation of the present English doctrine of restraint of trade.) See also *Drewtons* 313F–G.
- 13 Freedom of competition as a legal value can be traced to our common law – see 4 1 *infra*. As regards the present-day merit, see for instance, *Ackermann-Göggingen AG v Marshing* 1973 4 SA 62 (C) 76H (hereinafter *Ackermann*); *A Becker & Co (Pty) Ltd v Becker* 1981 3 SA 406 (A) 417F–G. In the preamble to the Republic of South Africa Constitution Act, 1983, the pursuing of “private initiative and effective competition” is stated to be a “national goal.” As regards the SA government’s professed concern for strengthening competition through the activities of the Competition Board, see *Financial Mail* 1984–12–07 31. It should be noted that support for freedom of competition by the *judiciary* is almost invariably based upon very general assumptions about society, rather than specific economic theories, and has by no means been unanimous. Cf Heydon *The Restraint of Trade Doctrine* (1971) 29–31 (hereinafter Heydon), *Drewtons* 311F–H.

reasonably necessary to protect specified interests of the party in whose favour the restraint operated. Specifically in the sphere of contracts of employment, this general approach was also fashioned in order to address another problem relating to unconscionability, namely the frequent inequality in bargaining power between the employer and the employee submitting to the restraint.¹⁴

The traditional doctrine was rejected in *Roffey and Drewtons*, and in *Magna Alloys* the appellate division affirmed that *pacta sunt servanda* should predominate. With this as starting point, it was further held that restraints are unenforceable (not void) only when their enforcement would prejudice the public interest and that the party resisting enforcement bears the *onus* in this regard. Unreasonableness *inter partes* is no longer fatal to enforcement, but restraints of trade still constitute a special type of agreement inasmuch as the appellate division has said that unreasonableness renders such agreements "probably" unenforceable.

The *Roffey*, *Chemsearch* and *Drewtons* cases remain of considerable importance, as they form the very foundation of the appellate division's judgment. This is indeed a problematical aspect of *Magna Alloys*, because, as will be shown below, the aforementioned provincial decisions differ from each other in important respects. There is a considerable divide between the whole approach of Judge Van den Heever in *Drewtons*, and that manifested in *Roffey* and *Chemsearch*. It is not at all clear which approach was endorsed by the appellate division. As will emerge more fully below, *Magna Alloys* seems to follow *Drewtons* in important respects, particularly in holding that a restraint of trade is never invalid or void; it may only be unenforceable.¹⁵ As in *Drewtons*, enforceability is not explicitly tested against the traditional proprietary or commercial interests of the covenantee.¹⁶ On the other hand, *Roffey* and *Chemsearch* are followed to some extent in at least attaching considerable weight to the question whether the restraint can be said to be reasonable.¹⁷ On the issue of partial enforcement of a restraint, both *Chemsearch* and *Drewtons* are cited. It is true that both cases broke with the restrictive traditional approach relating to severability. But *Chemsearch* added qualifications and safeguards to the freer, remedy-orientated approach, qualifications which were totally absent in *Drewtons*. All in all, it is suggested that although *Magna Alloys* laid down new guidelines, many practical implications of these guidelines remain uncertain. One is also left with the impression that insufficient attention was paid to the theoretical and practical implications of the new guidelines.

We now turn to deal briefly with the three decisions which preceded *Magna Alloys*.

14 See *Bell Policy Arguments in Judicial Decisions* (1983) 160 (hereinafter Bell); *Ackermann* 72F-74H.

15 *Drewtons* 312F, *Magna Alloys* 895D, G-I; in *Roffey* (505H-506A) and *Chemsearch* (1092A-F, 1100H, 1101H) no definite or "conceptual" distinction is drawn between "unenforceable" on the one hand, and "invalid" or "void", on the other, although *Chemsearch* does contain hints at this distinction (1107E-F, 1114B, cited at n 25).

16 For the sake of brevity "covenantee" is used for the person in whose favour the restraint operates, and "covenantor" for the person who binds himself in the restraint, even though these terms may have a somewhat archaic, English-law flavour to them.

17 *Magna Alloys* 893C-H, 898A-B.

2 ROFFEY AND CHEMSEARCH

The traditional rules which came under fire in these cases, were the following:

- 1 The *onus* to prove the facts substantiating the reasonableness of the restraint as between the parties, rests with the party seeking to enforce the restraint.
- 2 Reasonableness is determined with reference to the circumstances existing at the conclusion of the restraint, and subsequent events are ignored.
- 3 Partial enforcement of an invalid restraint is possible only if the term has been formulated so as to be readily severable – the valid and invalid parts should in effect constitute distinct restraints. Here it is said that a court will not make a new contract for the parties, but will only delete the invalid portion with a “blue pencil.” A further limitation is that the parts must also be notionally severable – severance of a part of the restraint must not change the meaning and purport of the remaining part, or of the restraint taken as a whole.¹⁸ It has also been suggested that severance is allowed only where the invalidity affects a minor part of the restraint agreement.¹⁹

In *Roffey* “1” was rejected, and the party resisting enforcement was saddled with the *onus* in respect of unreasonableness.²⁰ *Chemsearch* cast doubt on the traditional rule in “1”, but the court found this insufficient to warrant reversal of the long line of Transvaal cases affirming “1”.²¹

As to “2” and “3”, Didcott J had suggested in *Roffey* that these rules should be reconsidered,²² and *Chemsearch* saw their rejection. It was held that reasonableness should be assessed at the time when the court is asked to make an order enforcing the restraint.²³ When the issue of the partial enforcement of an unreasonable restraint arises, the court is not bound by the “blue pencil” test. In the light of the circumstances then existing, a reasonable restraint may be reformulated and enforced.²⁴

The focus was on the remedy sought:

“The dictates of public policy in restraint of trade cases relate directly to the effect of the Court’s order, and not primarily to the terms upon which the parties happened to have agreed.”²⁵

This flexible approach *vis-à-vis* partial enforcement was, however, said to be subject to limitations. Botha J mentioned the following considerations: (i) the party seeking partial enforcement must raise the issue and lay a basis for such

18 Heydon 281; Christie *The Law of Contract in South Africa* (1981) 361 (hereinafter Christie); *Chemsearch* 1108H–1109E.

19 *Katz v Efthimiou* 1948 4 SA 605 (O) 611. This is apparently the English-law rule in employer-employee restraints – Heydon 283.

20 505H, 507A.

21 1099H–1102B.

22 507B–H.

23 1107G–H.

24 1116D.

25 1114B.

partial enforcement – it cannot simply be cast in the lap of the court;²⁶ (ii) the re-formulation or re-casting must not be drastic, or require “major plastic surgery;”²⁷ (iii) partial enforcement should save restraints which have been “clumsily rather than maliciously drawn too wide,” not ones designed to operate *in terrorem*;²⁸ (iv) the party to be restrained should not be affected harshly or unfairly. Here reference should be made to whether the activity to be restrained has already taken root (for example, the opening of a new business), and whether the party bound by the restraint could reasonably and *bona fide* have believed that what he was doing fell outside the terms of what would have been a reasonable restraint.²⁹

It is important to note that neither in *Roffey* nor in *Chemsearch* was the existence of a substantive restraint-of-trade doctrine questioned. As far as the main principles of this doctrine were concerned, it was accepted that an unreasonable restraint would be contrary to public policy and unenforceable.³⁰ Reasonableness remained the central issue. The traditional distinction between restraints protecting goodwill and those operating in the sphere of employment was also not disturbed. In terms of this distinction goodwill (for example of a newly acquired business) may be protected by a restraint which prevents competition by persons such as the former owner of the business or former directors. An employer cannot, however, protect himself against the competition of an employee *per se*, should the latter leave his employ. An employee can be validly restrained only in so far as may be necessary to protect definite proprietary interests (customer connections, trade secrets or know-how) of his employer.³¹ Also unaffected was the traditional rule that even when a restraint is reasonable *inter partes* because it goes no further than protecting the aforementioned recognised interests, it would still be invalid if it could be proved by the party resisting enforcement that it was contrary to public interest, for example because the community was deprived of vital skills.

3 DREWTONS

Miss Justice Van den Heever's approach in *Drewtons* was a far more radical one. In effect the existence of a substantive restraint-of-trade doctrine was denied. Restraints were unenforceable if contrary to public policy and “what is public policy is a question of fact, not a legal principle.”³² This meant that rules of

26 1116G–H. There is a strong suggestion, of importance to practitioners, that the party seeking partial enforcement should produce a suitable draft order as early as possible in the litigation. Presumably a suitably adjusted order can still be suggested when the matter is argued, particularly when the adjustments are minor or when unforeseen circumstances affecting the enforceability of the restraint emerged in the answering papers, during the leading of evidence under Supreme Court Rule 6(5)(g), or at the trial. A court will probably also allow a party to move for partial enforcement on a “provisional” basis, ie “only if the whole is not enforceable,” as long as a suitably curtailed restraint is suggested as an alternative and this is covered by the evidence.

27 1116H–1117B.

28 1117C–D.

29 1117D–H.

30 This is my reading of *Roffey* – see *Chemsearch* 1099B–F.

31 *Roffey* 500F–H; *Chemsearch* 1103A–C; *Allied Electric (Pty) Ltd v Meyer* 1979 4 SA 325 (W) 329; cf *Ackermann* 74–76; *Christie* 364–366; Heydon “Recent Developments in Restraint of Trade” 1975 *McGill LJ* 325 335 n 54 (hereinafter *Heydon McGill*).

32 312H. See also 311D–F, 312B–C.

judicial precedent did not apply in this sphere.³³ In the main part of the judgment the criterion of reasonableness did not feature at all, and no inquiry along conventional lines was made about the existence of protectable interests on the part of the covenantee (the party in whose favour the restraint operated). *In casu* the restraint was judged as not being immoral or contrary to public policy on a very unspecific level, and quite innovatively only the interests of the covenantor (the party who agreed to be restrained) were considered:

“He [Carlic, the covenantor] has not established on a balance of probabilities that there is anything in the contract that could be regarded as immoral or contrary to public policy – e.g. that if he were to abide by its terms he and his dependants would have to starve or steal or become burdens on the taxpayer.”³⁴

As emerges from this extract, the covenantor was saddled with the *onus* in respect of unenforceability.³⁵ Reference has been made earlier to the strong remedy-orientation of the *Drewtons* judgment. This went hand in hand with the assertion that an agreement in restraint of trade is never void or invalid. According to *Drewtons* it is at most unenforceable, when performance will detrimentally affect the interests of the community. And this, it was said *obiter*, takes care of the customary “soul-searching in regard to severability,”³⁶ in the case of partial enforcement. Unlike *Chemsearch*, no safeguards or limitations were suggested in this context.³⁷ In fact, the court drew an analogy with the flexible enforcement of custody and access orders relating to children.³⁸ It should be observed that if the same approach were followed in restraint-of-trade cases, the implications would be far-reaching indeed, because our courts see their role in custody cases, for practical purposes, as an inquisitorial, custodial one.

The *Drewtons* judgment is, with respect, unsatisfactory in several respects, some of which will be dealt with in the discussion of *Magna Alloys*. Two related points may be disposed of here. It is, with respect, incorrect to say that a finding that a restraint is unenforceable because it is contrary to public policy (or unreasonable), is a purely factual one, not constituting any precedent. Nobody would argue that a finding that a particular term is (say) unenforceable, constitutes a “precedent” *vis-à-vis* that term. But the remarks of Van den Heever J were also not directed against such an assertion. The judge sought to negate the existence of a restraint-of-trade “doctrine.”³⁹ Now, if a court finds that a certain *type* of agreement is subject to particular rules as to enforceability, this characterisation and the concomittant rules surely constitute a precedent. The fact that some of the rules may be open-textured (involving “reasonableness” for instance) cannot mean that rulings now given by the appellate division on how enforceability should be assessed are simply occasional *dicta*.⁴⁰

Moreover, even a finding in a particular case as regards enforceability is not simply a factual finding. The court is called upon to exercise its judgment in the application of a legal norm.⁴¹

33 312H.

34 309B–313G. See n 4 above.

35 See also 313A–C.

36 313D–E.

37 312C, 313D–E.

38 312D.

39 310H, 311E–F.

40 *Shepherd v Mossel Bay Liquor Licensing Board* 1954 3 SA 852 (C) 860H–861B; *Lloyd Public Policy* (1953) 112–117.

41 *Chemsearch* 1102H; *Magna Alloys* 897I; cf *Heydon* 44–47.

4 THE MAGNA ALLOYS JUDGMENT

The judgment merits close attention, not only because it made new law, but also because restraint-of-trade cases seldom reach the appellate division. This is attributable to the time factor: the covenantee almost invariably wishes to enforce the restraint by means of an urgent interdict, and the period of the restraint would normally have elapsed by the time the matter reached the appellate division. By the time *Magna Alloys* was heard by the appellate division, more than five years had elapsed since *the end* of the restraint period. A claim for damages and considerable legal costs kept the matter alive.⁴²

A summary of the court's findings, as given by Rabie CJ,⁴³ will now be set out, followed by a commentary on the more important aspects:

- 1 There is nothing in our common law which states that a restraint-of-trade agreement is invalid or unenforceable.
- 2 The view taken in numerous South African judgments that a restraint of trade is *prima facie* invalid or unenforceable, was taken over from English law.
- 3 In English law restraints of trade are *prima facie* unenforceable and the party seeking to enforce the restraint must prove that it is reasonable *inter partes*. The further rule is that the party alleging the restraint to be against the public interest must prove this.
- 4 It is a principle of our law that agreements which are contrary to the public interest are unenforceable, and it may therefore be said that a restraint of trade is unenforceable if the circumstances of the particular cases are such, in the court's view, that they render enforcement of the restraint prejudicial to the public interest.
- 5 It is in the public interest that agreements entered into freely should be honoured. It is also, generally speaking, in the public interest that everyone should, as far as possible, be able to operate freely in the commercial and professional world. It may be accepted that a restraint of trade which is unreasonable would probably also prejudice the public interest, were the person concerned to be held to it.
- 6 In our law the enforceability of a restraint should be determined by asking whether enforcement would prejudice the public interest.
- 7 Acceptance of the view set out in "6" entails certain consequences, *inter alia* that when someone alleges that he is not bound by a restraint to which he had assented in a contract—
 - a he bears the *onus* of proving that enforcement of the restraint is contrary to the public interest;
 - b the court should have recourse to the circumstances existing at the time enforcement is being sought;
 - c the court is not constrained to hold that the restraint as a whole is enforceable or unenforceable, but is also empowered to rule that a part of the restraint is enforceable or unenforceable.

⁴² Ellis, who lost in the appellate division, had started the litigation with a claim of R35,15 (!) against *Magna Alloys*.

⁴³ 897F-989D.

4 1 The common-law position

The appellate division affirmed the generally held⁴⁴ view that nothing can be found in Roman-Dutch law which indicated that restraints of trade were prohibited or regarded with disfavour.⁴⁵ Reliance was placed on the fact that our old authorities did not deal with agreements in restraint-of-trade, and upon two decisions of the *Hooge Raad*, given in 1717 and 1763 respectively. In the earlier case the court enforced payment of a sum which the parties had agreed would be payable in event of breach of a restraint, without questioning the validity of the restraint.⁴⁶ In the later case the court accepted that the plaintiff could sue for such a sum, again without questioning the restraint.⁴⁷

In the present context two questions should be distinguished: (i) the common-law position with regard to restraints of trade; (ii) whether the common law influenced our courts in this regard.

The answer to the second question is clear. The early South African judgments in which restraints were invalidated, relied upon English law. The rules of English law were subsumed under the broad rubric of (South African) public policy or public interest. Authorities like Voet were invoked only in support of the general principle that agreements contrary to public policy were void or unenforceable.⁴⁸

As regards the first question, it does not appear correct to accept that Roman-Dutch law simply saw nothing wrong with restraints of trade. Any such conclusion would seem to ignore two important phenomena operative during the formative years of Roman-Dutch law, namely the legal control of monopolies and the power of the guilds.

4 1 1 *The control of monopolies*

A restraint-of-trade agreement between two parties does not necessarily (or even normally) create a true monopoly, but at common law "monopoly" was a very wide concept and a strong case can be made out that restraint agreements were subject to judicial control under the very broad rubric dealing with, to quote the Perpetual Edict, agreements "smaeckende monopole ofte prejudiciale der ghemeene welvaert."⁴⁹ A restraint would certainly not have been enforced where it acutally prejudiced the public, for example in that it resulted in a scarcity of useful skills or services. It appears, moreover, that freedom of competition and freedom of trade were recognised as part of the set of principles underlying the control of monopolies.

Monopolies and "other prejudicial agreements" were combated by imposing severe criminal sanctions upon the perpetrators and by stamping the agreements in question as null and void.⁵⁰ Here two sources were of prime importance,

44 See e.g. Wessels *The Law of Contract in SA* (1 ed 1937, 2 ed 1951) par 539; Kahn 398; Visser 653-654.

45 890B-891C.

46 Van Bynkershoek *Observationes Tumultuariæ II* 1359.

47 Pauw *Observationes Tumultuariæ Novæ II* 876.

48 See Voet 2 14 16, and cf Kahn 396.

49 See *GPB I* 311 at 316-317 for a 7 of this famous enactment by Emperor Charles V dated 4 October 1540, and Wessels *History of Roman-Dutch Law* (1908) 219.

50 Nullity in a private law context is spelt out in no uncertain terms in the Perpetual Edict *ibid.*

namely *Codex* 4 59⁵¹ and the enactments of Emperor Charles V dealing with monopolies.⁵² (Classical Roman law seems not to have influenced later developments.⁵³) The treatment given to these sources suggests that they were incorporated into the fabric of our common law⁵⁴ and the wider Western European *ius commune*,⁵⁵ as will be illustrated below.

Voet's discussion of *privilegia* granted by the authorities may be used as a starting point. Voet stresses that such *privilegia* should be interpreted restrictively, especially when the exclusive rights granted by them impinge upon the freedom of trade of others, and are therefore contrary to the spirit of the common law.⁵⁶ In his commentary on Voet, Van der Linde emphasises this point,⁵⁷ referring to Leyser. The latter's discussion of *privilegia* and monopolies is particularly illuminating. He makes the point that *privilegia* impinging upon the freedom of trade of others, as well as monopolies, are "odiosa maxime atque propterea restringenda esse" (extremely pernicious and should therefore be restricted).⁵⁸ In his section on Monopolies⁵⁹ he then discusses a decision of 1743 which dealt with a typical exclusive supply (*solus*) agreement: A, a tobacco importer, contracted with B, a foreigner, that B would sell all his tobacco only to him; the contract called this a "monopoly." The court upheld this *solus* agreement, on the basis that no real monopoly as regards tobacco had been

51 As regards the mixed fortunes of C 4 59 during the reign of Justinian, see Mickwitz *Die Kartelfunktionen der Zünfte* (1936, republished 1968) 198–204. One of the agreements specifically prohibited in C 4 59 1 approximates a modern restraint of trade: an agreement by craftsmen etc that no one would complete work commenced by another.

52 The provision in the Perpetual Edict (n 49 above) was obviously an important codifying measure. Other specific enactments are cited by Damhouder *Rerum Criminalibus Praxis* C 132 (hereinafter Damhouder), and Leyser *Meditationes ad Pandectas* Vol XI Sp DCLXXIX Med X (hereinafter Leyser).

53 Considerations of space permit only the briefest reference to restraints of trade in classical Roman law. (See, in general, Schiller "Restraint of Trade in Classical Roman Law" in *Mnemosyna Pappulias* (1934) 233 (hereinafter Schiller); Wacke "Wettbewerbsfreiheit und Konkurrenzverbotsklauseln im antiken und modernen Recht" 1982 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Rom Ab)* 188 (hereinafter Wacke). The economic system during the classical period has been described as a *laissez-faire* liberalism (Wacke 189), and commercial and professional freedom was the dominating principle. A number of texts deal with the question whether a *patronus* could restrain his former slave from competing with him upon becoming a freed man. The answer is generally no, although the *patronus* could insist that the *libertus* render services (*operae*) to him, which would cut down the latter's time for his own activities. (D 38 1 26.) On the other hand, according to D 8 4 13 pr, Ulpian advised that a negative servitude which prevented tunny fishing from the servient tenement, was valid. (Cf Christie 353 n 104.) Modern developments did not draw on these texts in the *Digest* (Wacke 198–199). When we move to the time of Justinian, we find a changed economic climate. State control of commerce was emerging and choice of professional and commercial activities restricted. C 4 59 was an attempt to strike down *privately* imposed restrictions and monopolies, but later in his reign Justinian allowed, or participated in, monopolies for revenue purposes (Mickwitz *loc cit*).

54 De Groot *Florum Sparsio* ad C 4 59 and *De Jure Belli ac pacis* 1 2 tit 12 n 16; Groenewegen *De Legibus Abrogatis* ad C 4 59 (De monopoliiis . . .) Huber *Heedendaegse Rechtsgeleertheit* 4 18; Damhouder *loc cit*.

55 See the German jurist Leyser *loc cit* and the French jurist Rebuffus *In Constitutiones Regias Commentarius* Tom 2, de Magistr art & Monopol prohibit art 4 gloss 2 (hereinafter Rebuffus). The latter is referred to by Groenewegen *loc cit*.

56 1 4 17.

57 as cited in Gane *The Selective Voet* (1955) Vol I p 87 n (a).

58 Vol I Sp X Med IX.

59 See 52 above.

created. The agreement may have resulted in the public's having difficulty in obtaining B's tobacco, but such prejudice was insufficient to vitiate the agreement.⁶⁰ Leyser criticises the decision. He states that monopolies are as a matter of general principle (*omni jure*) prohibited, and then postulates the following general principle:

“Mens et intentio sine dubio haec est, ut *libertas commerciorum* plenissima sit, nullis pactis constringatur et inhibeatur. Quidquid in contrarium promittitur, pactio illicita in rubrica tituli Codicis de Monopoliis appellatur”.⁶¹

If we now again turn to our common law, as applied by the *Hooge Raad*, we also find that freedom of trade was a recognised principle. In 1724 the *Hooge Raad* was requested to sanction an agreement in terms of which a number of porcelain merchants of Delft had agreed not to sell certain wares below a fixed price. This was refused, firstly because the arrangement amounted to a “monopoly” as envisaged in C 4 59 and secondly because the matter was a “political” one, which the authorities of Delft had to regulate by means of *keure*.⁶² The two decisions cited by the appellate division should also be seen in proper perspective.⁶³ In the one reported by Pauw the plaintiff, who was suing for the agreed sum of damages and an interdict, failed in his bid to appeal against the refusal of the interdict. It was held that payment of the sum would absolve the defendant of his obligations. It was specifically mentioned that the interdict was aimed “ut omni negatione in perpetuum ipsi interdiceretur” (at interdicting the defendant forever from all trading), which suggests that the results of an actual enforcement of the restraint weighed with the court. It should also be mentioned that in both these decisions the focus had been on the payment of damages, and that the restraints in question were not *ex facie* unreasonable.

4 1 2 *The Guild System*

Nowadays restraints of trade in employment contracts are a major concern of our courts. But during the formative years of Roman-Dutch law, such restraints operated almost invariably within the guild system, where they were backed by local statutory measures (*keure*). Schiller makes the point that the guild system “did not permit of private contracts in restraint-of-trade; the guild itself regulated who could or could not practice a particular trade.”⁶⁴ Even outside the guild

60 Rebuffus (*loc cit*, example 11) also suggests that there must be actual prejudice to the public, and that a restraint agreement by a single clothes merchant is therefore not illegal, because the public can still buy elsewhere. *Aliter*, apparently, when the single merchant is equivalent to many others (“aequipoleret pluribus”). The same point is made in *Holl Cons* Part 4 C 242: A number of “tappers” (apparently drawers of beer) at the harbour of Delft had agreed to a restraint of trade, and were charged with a “monopoly.” It was advised that they were not guilty. One of the grounds was that there were enough remaining “tappers” to do the work, with a result that the public could not be prejudiced.

61 “The spirit and intention is undoubtedly the following, namely that *freedom of commercial activities* should be maximised, and not be restrained or inhibited by any agreement. Should anything to the contrary be agreed, it amounts to an unlawful agreement in terms of the Codex title dealing with monopolies.” (My emphasis.)

62 Van Bynkershoek *op cit* 2075, *keure* being local enactments.

63 See n 46–47 above.

64 234 n 10. Mobility within the guild was severally restricted, and guild members were prohibited from filching one another's employees. Wacke 196; Brouwer Ancher *De Gilden* (1895) 165.

system, professions and occupations were regulated to a considerable degree.⁶⁵ The year 1798 saw the onset of the guild system's sharp and rapid decline in the Netherlands.⁶⁶ At the same time, freedom of economic activity came to the fore under French influence. The stage was now set for the real emergence of agreements in restraint of trade. At the same time, however, Roman-Dutch law saw the end of its development in the Netherlands with codification.⁶⁷

4 1 3 Summary

There is sufficient evidence to conclude that our common law recognised freedom of trade as a strong enough principle to invalidate unreasonable restraints of trade prejudicial to the public.⁶⁸ In the light of this, it is fortunate that the appellate division at least reasserted this principle and the courts' control function *vis-à-vis* restraints.

4 2 The earlier South African cases

There has been considerable debate about whether the traditional restraint-of-trade doctrine had received the approval of the appellate division in cases such as *Van der Pol v Silbermann*.⁶⁹ In *Magna Alloys* it was held that *Van der Pol* did not constitute a binding precedent, as the appellate division had in that case assumed that our law corresponds to English law on the basis of the parties' submissions. This appears, with respect, to be correct.⁷⁰ In overruling the numerous provincial decisions which applied the traditional doctrine, it was said in *Magna Alloys* that they were still of importance because they indicated that our courts had for many decades held the view that it was in the public interest that everyone should, as far as possible, be able to operate freely in the commercial and professional world, and that an unreasonable restraint upon this freedom, or a restraint prejudicial to the public interest, should not be allowed.⁷¹ Although the importance of the criterion of reasonableness was thus acknowledged, it is unfortunate that the appellate division did not go further and analyse and rule upon the way in which our courts have over the years applied the test of reasonableness and have given it a definite content by coupling it with the protectable interests of the covenantee.

4 3 Policy considerations and judicial function

The judicial control of agreements in restraint of trade inevitably involves so-called "policy considerations," and it is often doubted whether the courts are either entitled or equipped to decide cases on the basis of such considerations.

65 Van der Linden *Rechtsgeleerd Practicaal en Koopmanshandboek* IV I X I; Van Eeghen *De Gilden* (1965) 18.

66 Wiskerke *De Afskaffing der Gilden in Nederland* (1938) 119 *et seq.*

67 Even in England there "was little eighteenth century litigation on restraint of trade, but a flood began in the early nineteenth century" Heydon 17.

68 It would appear that in South African law the common-law criminal sanctions attaching to "monopolies" have been abrogated by disuse. I could find no trace of these and in the index of Gane Huber's *Jurisprudence of my Time* (1939) there is *s v Monopolies* the cryptic remark "Not a crime in SA."

69 1952 2 SA 561 (A). See e.g. Christie 356 n 114-115.

70 See Hahlo & Kahn *The SA Legal System and its Background* (1968) 270.

71 891D.

The *Hooge Raad* had said, for instance, that the ultimate evaluation of the price maintenance agreement by the Delft porcelain merchants “ad res omnino politicas pertinet” (was entirely a political question).⁷²

In *Magna Alloys* it was held that it would be wrong to accept that agreements in restraint of trade should not be regulated by the courts⁷³ and, otherwise than in *Drewtons*, freedom of trade was recognised as a substantive consideration. It is submitted that this approach is sound. It is very difficult to postulate a general theory about the kinds of argument a court of law may legitimately invoke in deciding a “hard case,”⁷⁴ but in the present context one can rely on the fact that courts traditionally test agreements against “public policy” or the “public interest,” and both sanctity of contract and freedom of trade have at least enough “institutional support” (through common law and case law) to qualify in our law as legitimate considerations in this balancing process.⁷⁵ They can be characterised as principles or policies,⁷⁶ and as pointed out above, both have ethical and non-ethical dimensions.⁷⁷ They turn partly upon consequentialist arguments, but again these are part and parcel of adjudication.⁷⁸

The reasoning of the appellate division in preferring sanctity of contract over freedom of trade is, however, not particularly convincing or illuminating. The judgment merely contains a general discussion on why sanctity of contract should be preferred, and no attention is paid to the role played by specific economic interests (like the traditional protectable interests of the covenantee) in justifying restraints, which interests surely lie at the heart of the problem.⁷⁹ Nor is there any discussion of the possible inequality in bargaining power between covenantor and covenantee. Reliance is mainly placed on the *traditional* reverence paid to *pacta sunt servanda*,⁸⁰ and on the rule that defences in contract like *metus* or undue influence have to be proved by the party resisting enforcement of the agreement. But restraint-of-trade agreements really raise different problems to, say, an agreement allegedly vitiated by *metus*, because the troubling aspect of the former concerns its impact and not only the circumstances surrounding its conclusion.⁸¹ One gains the impression that the appellate division was keen to change certain specific rules relating to restraints, especially the rule governing *onus*, and elevated *pacta sunt servanda* to a position of dominance, to be able

72 See *supra* at n 62.

73 891F.

74 as attempted by Dworkin in *TRS*.

75 Even if one rejects a test of “institutional support” for the recognition of legal principles, as Dworkin does (*TRS* 64 *et seq*), both sanctity of contract and freedom of trade would qualify in terms of his normative test of a “sense of appropriateness developed in the profession and the public over time.” See below at n 95–96.

76 See Bell 22–23 and MacCormick *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978) 262–264 (hereinafter MacCormick). And on the “collapsible” distinction between principles and policies, see MacCormick 259–264.

77 See at n 6–13 above.

78 MacCormick Ch 6.

79 For an admirable discussion, see Wacke 196 and Heydon 259 *et seq*.

80 893E.

81 Visser 655 has suggested that the *rebus sic stantibus* doctrine has a role to play in the judicial control of restraints of trade – presumably only in relation to the problem of changing circumstances, which is only one of the problems to be addressed by a restraint-of-trade doctrine. How *rebus sic stantibus* is, for instance, to fit in with partial enforcement is not at all clear. This somewhat nebulous doctrine appears unable to make any unique or significant contribution to solving the problems associated with restraints of trade.

to justify the desired new rules as a matter of "logical" deduction. But this contributed to the failure to give proper considerations to the fundamental question, namely the role of economic interests under a workable theory. The traditional doctrine at least addressed this issue by requiring restraints to go no further than to protect defined proprietary and commercial interests of the covenantee. This may well have been too narrow an approach, but then the answer would be to reconsider the definition of interests, not to ignore their role. Before this aspect is dealt with further in the next section, something should be said on inequality of bargaining power. As has been mentioned, presumed inequality of bargaining power between employer and employee helped to shape the traditional rules relating to reasonableness and *onus*. In changing these rules, the appellate division paid no attention to this component of the traditional doctrine.

4 4 Reasonableness and protectable interests

A perplexing aspect of the *Magna Alloys* judgment is its treatment of the criterion of reasonableness, which gives rise to two questions, namely (i) how unreasonableness is now to be established, and (ii) what the effect of unreasonableness is upon enforceability.

As to the first question, the treatment of the evidence in *Magna Alloys* suggests (it is difficult to put it higher than that) that reasonableness is still to be determined as between the parties, and with reference to the protectable interests of the covenantee. We shall return to this aspect later in the present paragraph, and under 4 8 below.

Under the traditional doctrine the answer to the second question was straightforward: a restraint unreasonable *inter partes* was void or unenforceable. Now the appellate division has said that reasonableness is still "relevant,"⁸² but that the one and only test for enforceability is prejudice to the public interest.⁸³ The traditional two-phase test for unenforceability, namely (i) unreasonableness *inter partes*, OR (ii) prejudice to the public, has thus been replaced by a single test. The role of reasonableness has now been confined in terms of the statement that enforcement of an unreasonable term would "probably" ("waarskynlik") prejudice the public interest.⁸⁴

This approach does not make good sense and is going to cause problems in practice. One is tempted to suggest that the twice-repeated assertion that unreasonableness only makes a restraint *probably* unenforceable, was made *per incuriam*, because it is not at all clear what circumstances would "save" an unreasonable restraint from being against the public interest, and none is suggested by the appellate division. *Magna Alloys*, taken as a whole, does not, however, substantiate the *per incuriam* argument. It would therefore seem that reasonableness is no longer the *factum probandum vis-à-vis* enforceability, but only a *factum probans*.

What would now supply the "X" in the equation:

UNREASONABLENESS = UNENFORCEABILITY, UNLESS X ?

The following (possibly overlapping) possibilities suggest themselves:

82 893H, 897A.

83 893C-D.

84 894D, 898A-B.

a Circumstances pertaining to the covenantee that do not traditionally qualify as protectable interests. *Magna Alloys* does indeed contain such a suggestion. It was stressed that Ellis was “a very valuable asset” to Magna Alloys, which had invested considerable time and money in his training.⁸⁵ To sanction the covenantee’s view of the covenantor as a business and investment asset in this way goes against the grain of the traditional doctrine.

b Circumstances pertaining to the covenantor, for example that he will not be prejudiced by enforcement of the unreasonable restraint because he has alternative employment available.⁸⁶ Although the traditional doctrine speaks of reasonableness *inter partes*, it does not test reasonableness against any interests of the covenantor.⁸⁷

c Circumstances which do not traditionally qualify as protectable interests, but which influence the impact of the restraint on the parties (for example that a huge sum had been paid to obtain the restraint) or its social utility (for example that it advances stability or rational control within the particular branch of industry or commerce).⁸⁸

d The circumstance that enforcement of the restraint does not actually prejudice the public. In *Magna Alloys* the respondent had argued that the restraint was against the public interest because the public would be deprived of his services as a salesman. In rejecting this contention the court held that the public was not prejudiced in such a way as to render enforceability against the public interest, because it would only temporarily be deprived from obtaining apparatus which was otherwise freely available, from a particular salesman.⁸⁹

It is suggested that “a”, “b” and “c” may sensibly be applied to give content to “X”. On the positive side, the appellate division’s open-ended formulation has created the possibility of widening the category of protectable interests. This widening process is also occurring in Anglo-American law.⁹⁰ The process may also be seen in terms of an expansion of the criterion of reasonableness – determining it by means of an overall balancing of interests against the background of the public interest, rather than simply in terms of traditional doctrinal rules.

In this context Lord Pearce observed in a leading English case:

“there is not, as some cases seem to suggest, a separation between what is reasonable on grounds of public policy and what is reasonable as between the parties. There is one broad question: is it in the interests of the community that this restraint should, as between the parties, be held to be reasonable.”⁹¹

This more open approach should, however, be subject to two qualifications. In the first instance, the interests to be balanced should still be identifiable “proprietary and commercial interests.”⁹² The “public interest” is a very wide concept

85 899A, 899F, 900E–F, 904I–905A.

86 Cf *Drewtons* 313F (n 34 above) and *Chemsearch* 1117F–G (n 29 above).

87 Heydon 265–266 and the *Ackermann* case 73H.

88 Heydon 268 and Heydon *McGill* 339.

89 904G.

90 See Heydon n 87 and 88 above.

91 *Esso Petroleum Co Ltd v Harper’s Garage (Stourport) Ltd* 1968 AC 269 (HL) 324.

92 See Heydon *McGill* 341.

which requires specification and delimitation in the field of restraints-of-trade.⁹³ In this sphere the economic rather than the ethical facet of the public interest should be emphasised. It is interesting to note that in the field of employment the German courts which traditionally exercised control over restraints in terms of article 138 of the *Bürgerliches Gesetzbuch* (the *boni mores* provision), now tend to give general application to specific provisions of the *Handelsgesetzbuch* which deal with restraints of trade in particular employment contexts. This entails a balancing of the conflicting interests of the parties to the restraint.⁹⁴

A difficult issue is whether inequality in bargaining power between covenantor and covenantee should influence evaluation of the restraint. Although such presumed inequality probably helped to load the traditional rules against the covenantee-employer, our courts have attacked this presumed inequality and had developed a converse "rule" under the traditional doctrine, namely that *equality* of bargaining power is "weighty evidence" pointing to the conclusion that the restraint is reasonable.⁹⁵ The exact role of this "rule" is somewhat obscure, as the enquiry about reasonableness is an objective one⁹⁶ and as there is no necessary correlation between the equality of the parties and the content of the restraint.⁹⁷

It is probably meant to operate like the cautionary rules of evidence – equality of bargaining power, or its absence, is a *factor* to be taken into account in assessing the evidence relating to reasonableness. Under *Magna Alloys* enforceability is now judged according to the circumstances existing at the date of enforcement, and this should at least reduce the weight of this dubious rule. (Somewhat curiously the appellate division attached weight to the fact that Ellis had in the restraint acknowledged the necessity for the restraint.)⁹⁸

Secondly, not every conceivable "interest" should qualify. For instance, the "investment in human material" which the appellate division apparently regarded as a protectable interest on the part of the covenantee, should not qualify. The traditional rule that the employer cannot lay claim to the knowledge and skills acquired by an employee in the course of his employment, is a sound one.⁹⁹ The motive of tying an employee to a particular employer which underlies this purported "interest" is a pernicious, feudalistic one.¹⁰⁰ Another point concerns prejudice to the public. While the extent to which the public is prejudiced by a restraint should be a factor in evaluating the restraint, lack of proven actual prejudice should not supply the "X" in our equation, in order to make an unreasonable restraint enforceable. To hold otherwise would negate the existence of the individual dimension to the freedom to trade and pursue one's occupation.

93 The importance of giving general concepts practical meaning through rules is made by Mr Justice Toon van Den Heever, writing as Aquilius "Immorality and Illegality in Contract" 1941 *SALJ* 337 (hereinafter Aquilius). He does argue for considerable flexibility in deciding whether a contract is immoral (346).

94 Wacke 197-198.

95 *Van der Pol v Silbermann* 1952 2 SA 561 (A) 571-572; *Ackermann* 73C-D.

96 *Roffey* 500E.

97 *Du Plessis & Davis* 94-95.

98 905A-B. Contrast the pertinent observations in *David Wuhl (Pty) Ltd v Badler* 1984 3 SA 402 (W) 434H (hereinafter *Wuhl*). It is difficult to see what such acknowledgment adds to the picture, or how it can render the restraint more reasonable or less injurious to the public.

99 See e.g. *Allied Electric (Pty) Ltd v Meyer* 1979 4 SA 325 (W) 335.

100 Wacke 196.

One can also say that the public has an interest in seeing that each individual should not be fettered in this regard without proper justification. An inquiry into actual prejudice would also bring into play numerous imponderable factors.

By way of summary it may be said that the enquiry relating to enforceability should start with the traditional protectable interests. If the restraint is wider than is necessary to protect these, it is unenforceable, unless it can be justified in terms of other legitimate¹⁰¹ proprietary or commercial interests.

4 5 Onus

4 5 1 *Enforcement of entire restraint*

The importance of the issue of who should bear the *onus* relating to the facts substantiating or negating enforceability has probably been exaggerated. If one leaves procedural issues aside, *onus* really comes into play only when the facts before the court are insufficient to warrant a conclusion one way or the other. To say that the covenantor bears the *onus* with respect to unenforceability therefore means, not that he must “prove unenforceability,” but that he must prove circumstances from which unenforceability can, as a *matter of law*, be inferred by the judge.¹⁰² Of course, a court should not dodge making difficult findings on matters of law by saying that they “have not been proved”! (One gains the impression that the party bearing the *onus* sometimes has to discharge a further phantom *onus* – persuading the court by argument to make a favourable finding on a matter of law!)

Magna Alloys has saddled the party resisting enforcement with the *onus*. The new rule was justified mainly on the basis that the covenantor had originally agreed to the restraint, which entailed an acknowledgement of its enforceability¹⁰³ – in other words *pacta sunt servanda* in a slightly dressed-up form. This argument fits in ill, however, with the new test for enforceability, namely whether enforcement will prejudice the public interest. Why would the covenantor’s agreeing to a restraint render it likely that enforcement would *not prejudice the public*? In the final analysis the rules governing the incidence of the burden of proof depend, in Wigmore’s oft-quoted words, “for their ultimate basis upon broad and undefined reasons of experience and fairness.”¹⁰⁴ In defence of the appellate division’s ruling, it may be said that it ties in with the position in the case of similar contractual defences based on public policy,¹⁰⁵ and also that restraints of trade have to a large extent become part of normal commercial life.

A major argument against this approach has been that the covenantor must then prove facts relating to the protectable interests of the covenantee which lie peculiarly within the knowledge of the latter. This objection would, of course,

101 “Legitimate” does, of course, beg the question. In deciding whether a purporting interest is legitimate, the court would have recourse to the wide range of source material available for deciding a “hard case.” In the text some interests have been disqualified from being legitimate, and it has also been argued that the focus of the enquiry should be on *economic* interests. See text at n 89–90 above.

102 See n 41 above.

103 839A–E.

104 See *Pillay v Krishna* 1946 AD 946 954; Hoffmann & Zeffert *SA Law of Evidence* (1981) 397–398 (hereinafter Hoffmann & Zeffert).

105 e.g. in the case of a conventional penalty – *Magna Alloys* 906.

apply only in relation to contracts of employment where the covenantor has little or no knowledge of the business of the covenantee. In the case of a sale of a business, the covenantor-seller usually has more knowledge of the nature and extent of the goodwill than the covenantee-buyer. Upon the dissolution of a partnership and promotion of a senior employee on condition that he submits to a restraint, the parties usually have roughly the same knowledge. There is also the theoretical consideration that a party's peculiar knowledge *vis-à-vis* a *factum probandum* does not in itself saddle that party with the *onus*.¹⁰⁶ The dilemma of the party bearing the *onus* in respect of facts within the other party's knowledge is somewhat relieved by the rule of practice that "less evidence will suffice to establish a *prima facie* case where the matter is peculiarly within the knowledge of the opposing party than would under other circumstances be required."¹⁰⁷

In 4 4 above, reference was made to the appellate division's ruling that unreasonableness only renders the restraint "probably" unenforceable. Who must now prove or disprove the facts relating to the "X" in the equation: "UNREASONABLENESS = UNENFORCEABILITY UNLESS X"? It is submitted that in terms of the appellate division's approach to *onus*, the party resisting enforcement bears the *onus probandi* throughout. If he proves that the term is unreasonable, he should be deemed to have made out a *prima facie* case against enforcement. The other party should then bear an evidentiary burden (*onus allegandi*) *vis-à-vis* any element (the "X" above) which may "save" the restraint. Proof of unreasonableness therefore gives rise to a "presumption" of unenforceability.¹⁰⁸

4 5 2 *Onus and partial enforcement*

This issue was not raised in *Magna Alloys* and remains unresolved. Under the traditional doctrine the party seeking to enforce the restraint in its entirety had to prove its enforceability. If he failed in this, and wished to enforce part of the restraint, it would follow that he also bore the *onus* in this respect. *Chemsearch* appears to have confirmed this.¹⁰⁹ *Magna Alloys* has now reversed the ground rule. The new rule was justified mainly on the basis that the covenantor had originally agreed to the restraint, which entailed an acknowledgement of its enforceability.¹¹⁰ When partial enforcement arises, this consideration does not apply without qualification. The reformulated restraint may deviate in important respects from the original. In order to determine which party should bear the *onus* in respect of partial enforcement, the following situations may be examined:

1 The covenantor proves, or it is conceded, that the restraint is not enforceable in its entirety. The covenantee seeking enforcement would then have to suggest a curtailed restraint¹¹¹ and should bear the burden of proof in terms of the principle that he who alleges must prove.¹¹² Quite often the facts indicating that

106 Schmidt *Bewysreg* 397-398 51-52 (hereinafter Schmidt); Hoffmann & Zeffert 398.

107 *Union Government v Sykes* 1931 AD 156, 173-174.

108 Cf *Smith v Bester* 1977 4 SA 937 (A) 942D-E.

109 1116G-H.

110 893A-E and see above at n 103.

111 See *Chemsearch* 1116G-H and n 26 above.

112 See Schmidt 35 *et seq.*

the whole is unenforceable would also indicate what part of the restraint should be enforceable, and then the *onus* will not come into play. But this would not necessarily be the case. The covenantor may prove that the area of the restraint is too wide, without its being apparent what a reasonable area would be. This would then be for the covenantee to prove. It is obviously impossible for a court always to order partial enforcement of the restraint in terms of some purported inquisitorial function, no matter what the actual state of the evidence is. There may be no evidence indicating what a reasonable partial restraint would be. The ordinary test of a balance of probability should apply. In discharging the *onus*, the covenantee will probably be aided by a “presumption” to the effect that the partial restraint is enforceable – this aspect will be discussed under “3” below.

2 The position is the same as in “1”, but the restraint agreement consists of separate restraints (say in the shape of sub-clauses a, b and c). If it is established that only c is unenforceable, a and b would remain unaffected. The covenantee may then rely on a and b without having to prove their enforceability. In respect of a and b the basic argument that the covenantor had originally agreed to them would still apply. It may be said that the greater (a, b and c) includes the lesser (a and b). It may, of course, be difficult to decide whether one is dealing with separate restraints within the wider restraint agreement, and here the conventional “blue pencil” test¹¹³ will probably have to be applied. This may seem strange – did *Chemsearch*, *Drewtons* and *Magna Alloys* not bury this test once and for all? These cases can, however, be explained on the basis that they decided that a covenantee *need not* rely *only* on the “blue pencil” test (he can ask for more liberal reformulation) without excluding the possibility that he may still fall back on the “blue pencil” test – in the present context to avoid attracting the burden of proof.

3 The covenantee comes to court asking for partial enforcement, stating, however, that this entails no admission that the restraint would not be unenforceable in its entirety. If the partial enforcement entails reliance upon restraints which are severable from the unenforced part, the same considerations would apply as in “2,” and the party resisting enforcement still bears the burden of proof. Suppose, however, the covenantee narrows the area of the restraint (for example to certain magistrates’ court districts, rather than the whole of the Transvaal), or adds limitations (for instance that the covenantor be prohibited not from having dealings with clients of the covenantor, as the restraint provides, but from dealing with those “with whom he had dealings while in the employ” of the covenantor),¹¹⁴ or curtails the time period (say from 5 to 2 years). In terms of “1” above, the covenantee should bear the burden of proof in respect of enforceability, and the concomitant duty to adduce evidence. Here the following objection can be anticipated: does it make sense to say that where the whole restraint is being enforced, the covenantor bears the burden of proof, but that any adjustment of the restraint lands the covenantee with the burden of proof? Should the argument: “the greater includes the lesser,” not also apply here? Underlying this objection is a valid consideration.

113 In the sense of grammatical and notional severability, as explained above at n 19. In the present context it would not appear correct to apply any further limitation that severance is allowed only where the unenforceability affects only a minor part of the restraint.

114 Cf *Wuhl* case 438I-439A.

In *Magna Alloys* the appellate division argued that the covenantor should bear the *onus* because he originally acknowledged its enforceability by agreeing to it, and this argument does apply to a certain extent at least to partial enforcement, particularly when the curtailment of the restraint is a minor one. It is submitted that this consideration should be accommodated by saddling the covenantor not with the burden of proof in respect of partial enforcement, but at most with an evidentiary burden ("weerleggingslas"). The source of this evidentiary burden would then be an inference (or "presumption") of "continued enforceability" arising from the covenantor's originally agreeing to the restraint as a whole.¹¹⁵ As regards the weight of this presumption (and thus the extent of the covenantor's evidentiary burden) two observations should be made. First, the smaller the extent of the curtailment, the greater the weight of the "presumption." (Where, for instance, only the time period is reduced, it would be weighty.)¹¹⁶ Secondly, and more generally, it is submitted that this "presumption" should carry very little weight, if any, when all the evidence is before the court and it has to make a final decision on partial enforceability.¹¹⁷ This is so because the probabilities underlying the "presumption" (and the appellate division's basic argument) are not particularly strong.¹¹⁸ There is a relatively weak connection between the covenantor's agreeing to the restraint and its reasonableness and enforceability as a matter of law.

4 6 The time factor and the circumstances determining enforceability

In terms of *Magna Alloys* the focus is on the circumstances existing at the time when enforceability is to be determined.¹¹⁹ The court may also take into consideration earlier and later circumstances such as the course of dealings between the parties or the probable effect of a prohibitory interdict.¹²⁰ Traditionally, the court had to rule upon the restraint agreement in the light of the circumstances which existed at the time when the agreement was concluded, although circumstances which were then foreseeable could probably also be considered.¹²¹

The present rule on the circumstances determining enforceability is tied to the general view subscribed to by the appellate division that only the enforceability (and not the validity) of restraints can be in dispute and that the focus is consequently on the *remedy* to be granted by the court in enforcing (or partially enforcing) the restraint. This may be termed the "enforceability thesis," and the

115 This would be a presumption of fact ("feitlike vermoede") – see Schmidt 48 162 *et seq.*

116 "Weighty" in the sense that it loads the tactical (evidentiary) burden of the covenantor to adduce evidence to rebut the common-sense inference that one who had agreed to, say, a five-year restraint, should *a fortiori* be bound by a two-year one. (This is subject to the reservation expressed at the end of the present paragraph, namely that enforceability is ultimately to be determined objectively.)

117 Our courts are disinclined to evaluate evidence in a piecemeal fashion, i.e. first to ask whether a *prima facie* case has been made out, and then whether this has been rebutted. They decide on the totality of the evidence whether the ultimate issue has been proved. Cf Schmidt 179 n 15, Hoffmann & Zeffert 416–417.

118 Where a presumption casts an evidentiary burden upon a party, and evidence is led in rebuttal, the question arises whether the presumption has any further role, i.e. does it also count as evidence of the presumed fact? This depends on the underlying probability of the presumed fact. See Schmidt 145, 147.

119 894F–G, 895H–896A, 898B.

120 895H–I.

121 See Christie 358–359.

dominant motive behind it would seem to be a desire for flexibility, for “discretion” rather than rules. (The equitable jurisdiction of the Roman Praetor and English Chancellor also hinged upon the flexible use of remedies.)

The enforceability thesis was adopted partially in *Chemsearch* and fully in *Drewtons*,¹²² and the appellate division has now fallen in with the latter: thus the only question is whether the court will *enforce* the restraint at a given point in time; its original or continued *validity* is not in issue.¹²³ The emphasis is now on the factual *nexus* between covenantor, covenantee and the public at the time of enforcement, rather than the contractual *nexus* between covenantor and covenantee, as was the case under the traditional doctrine. In the next paragraph we shall take a critical look at the enforceability thesis. Here the general point may be made that the circumstances to be taken into account in evaluating a restraint of trade are in the final analysis a matter of judicial policy, and one would have expected discussion by the appellate division of the advantages and disadvantages of the various possible approaches. Instead, *Magna Alloys* has seen the adoption of the questionable enforceability thesis, and the new rule on the circumstances to be taken into account is then justified as an inevitable consequence of this thesis.¹²⁴ Heydon has suggested a modification of the traditional doctrine which would entail still focusing on the circumstances existing at the time the contract was concluded, but also taking into consideration particular subsequent events which affect the impact of the restraint.¹²⁵ This appears to be sound. The court is, after all, seized of the matter only because of the original restraint. It is not arbitrating *de novo* on what a reasonable restraint should be.

The enforceability thesis and the new rule on the circumstances determining enforceability raises a further question relating to the *res judicata* doctrine. Say A obtains an interdict against B based on a restraint. B breaches the interdict a year later and A brings enforcement proceedings. Can B now re-open the whole enforceability issue, arguing that the circumstances existing at the time of actual enforcement predominate, and that consequently the *res judicata* doctrine does not apply? Or, say A had in the first instance lost the case. Can he sue again six months later, arguing that *res judicata* does not apply? Cases such as *Le Roux v Le Roux*¹²⁶ may seem to lend some support to this argument, but it is submitted that the qualification suggested by Schmidt must be sound: the party wishing to re-open the matter must be able to point to material facts which have arisen subsequent to the previous ruling on enforcement.¹²⁷

4 7 Partial enforcement of restraints

The restraint in *Magna Alloys* was held to be enforceable in its entirety, and the remarks on partial enforcement are therefore *obiter*.¹²⁸ These remarks¹²⁹ are, however, closely associated with the *ratio* of the decision, and would consequently carry considerable weight. The appellate division referred to the issue

122 See above at n 15 and below at n 131.

123 895D. Thus even the widest possible restraint can never be invalid (?).

124 895, 898C.

125 Heydon 136, cited in *Magna Alloys* 894I–895A.

126 1967 1 SA 446 (A) 462–463. See also Spencer Bower & Turner *The Doctrine of Res Judicata* (1969) par 172–173 (hereinafter Spencer Bower).

127 577 n 11; cf Spencer Bower par 172 n 3.

128 *Pretoria City Council v Levinson* 1949 3 SA 305 (A) 317.

129 896A–E.

of partial enforcement in very general terms only, and there was no explicit rejection of the traditional "blue pencil" test, but it may be accepted that this test was rejected, as *Chemsearch* and *Drewtons* were cited with approval on the issue of partial enforcement. It has been shown that these decisions differ considerably.¹³⁰ On the basis of the argument set out below, it is suggested that the less far-reaching approach of *Chemsearch* should be followed.

The issue of partial enforcement highlights the problems associated with what has been termed the "enforceability thesis." We have seen that in *Drewtons* Van den Heever J suggested on the basis of this thesis that the courts could freely fashion an appropriate restraint in the remedy granted, without hinting at any limitations. *Magna Alloys* also contains no hint of limitations or qualifications in this regard. It is conceded in that case that partial enforcement may now mean that the court is "in a certain sense" amending the original agreement between the parties. This result is justified by appealing to the enforceability thesis and the fact that considerations of public interest are at stake.¹³¹

This reasoning of the appellate division is, it is submitted, unconvincing and question-begging. "Enforceability" and "public interest" are essentially labels rather than substantive legal concepts from which particular legal rules can be determined by a process of deduction. In the present context the supposed distinction between *invalidity* and *unenforceability* is neither well-developed nor obvious.¹³² There has been a tendency to latch onto the following statement by Aquilius:

"A contract against public policy is one stipulating a performance which is not *per se* illegal or immoral but which the Courts, on grounds of expedience, will not enforce, because performance will detrimentally affect the interests of the community."¹³³

This should, however, be read in context.¹³⁴ Aquilius certainly did not postulate a general theory based on a distinction between contracts which were *invalid* on the ground of being against the public interest, and those merely *unenforceable* for the same reason. He, moreover, offers no support for a flexible rule as to partial enforcement.

It is submitted that the appellate division has in reality taken an (inarticulated) policy decision that restraints of trade require a flexible, supervisory jurisdiction on the part of the courts, particularly in respect of partial enforcement. Exactly how flexible the approach should be, involves, it is submitted, difficult matters of degree and varied considerations.¹³⁵ According to Heydon:

"Ultimately the question of which doctrine of severability is desirable depends on balancing drawbacks, in terms of time and effort, of having the courts redraft covenants, against the advantages of not striking down *bona fide* bargains tainted by accidental illegality."¹³⁶

130 On *Chemsearch* see above at n 25-29; on the *obiter dicta* in *Drewtons* on partial enforcement see above at n 36-38.

131 At 896B-D.

132 Cf *Allied Electric (Pty) Ltd v Meyer* 1979 4 SA 325 (W) 330C-H. In certain contexts significance has been attached to the distinction between *illegality* and *unenforceability*, e.g. in relation to the payment of a gambling debt by cheque - *Yannakou v Appollo Club* 1974 1 SA 614 (A).

133 1941 SALJ 346, second paragraph. See *Chemsearch* 1107F-G, *Drewtons* 311C-D.

134 Compare for instance Aquilius 344, first paragraph.

135 It is significant that in certain jurisdictions it has been thought necessary to modify the "blue pencil" test by legislation. Heydon *McGill* 357-358.

136 Heydon 290.

One would also expect the rules relating to severance in respect of restraints to be broadly consistent with the rules of severance in respect of other types of agreements,¹³⁷ and consistent with the general theory on the extent to which the courts will “make contracts” for parties. There is, for instance, no general theory in South African law that contractual *rights* and *duties* can be modified by the flexible grant or refusal of *remedies*, and it is doubtful whether even the recent revival of the *exceptio doli generalis* can be seen as a move in such a direction.

It is submitted that the well-founded dissatisfaction with the traditional “blue pencil” test can best be implemented if severance rules along the lines of those suggested in *Chemsearch* are adopted, even though that decision can possibly be criticised for not being dogmatically pure (“dogmaties suiwer”) as it adopted a position somewhere between the traditional validity thesis and an all-out enforceability thesis.¹³⁸ In attaching qualifications and limitations to partial enforcement, the court at least paid close attention to the actual wording of the restraint.¹³⁹ A claim based on a restraint is, after all, a contractual one, and the court seized of the matter is not arbitrating on restrictive practices. It is of interest to note that on the issue of partial enforcement *Chemsearch* has been applied rather conservatively in the Transvaal.¹⁴⁰

4 8 The treatment of the evidence in *Magna Alloys*

We have already touched upon this aspect of *Magna Alloys*. The following points require further brief comment.

The respondent (covenantor) had raised the point that the restraint was against the public interest because the public was deprived of his services as a salesman. In rejecting this argument, the appellate division held that there was no indication of actual prejudice to the public.¹⁴¹ This finding must thus be seen in context – the appellate division did not lay down a requirement of actual prejudice,¹⁴² and potential prejudice to the public should suffice to make a restraint unenforceable.

In determining whether enforcement of the restraint would be reasonable, the appellate division focused on the position of the covenantee and its protectable interests – the traditionally recognised interest of “customer connection” was mentioned,¹⁴³ as well as the fact that *Magna Alloys* had invested money and

137 See *Christie 379 et seq; Baines Motors v Piek* 1955 1 SA 534 (A).

138 *Chemsearch* did stress that the court was concerned with enforceability and the effect of its order (1107E–F, 1114B, cited at n 25 above), but did not go so far as to say that restraints were never invalid (1099A–F, 1100H, 1101H). In imposing restrictions and qualifications upon partial enforcement, close attention was paid to the actual wording of the original restraint, and the suggestion is certainly that a very wide, *in terrorem* restraint would be invalid (and thus, of course, unenforceable) – see at n 27–28 above.

139 See at n 27–28 above. In my view the suggestion in *Chemsearch* (1117F–G) that, in deciding whether to enforce the restraint partially, the court should take into consideration the mental attitude of the covenantor who breached the restraint, is not sound, because the grant of contractual remedies does not normally depend on fault on the part of the party in breach, and this is *a fortiori* the case when an interdict is sought.

140 See *Allied Electric (Pty) Ltd v Meyer* 1979 4 SA 325 (W) 333; *Freight Bureau (Pty) Ltd v Kruger* 1979 4 SA 337 (W) 339; *Admark (Recruitment) (Pty) Ltd v Botes* 1981 1 SA 860 (W) 862F–H; cf *Wuhl* case 4381–439A.

141 904D–G.

142 See above at n 89 and the text following on n 100.

143 894E, 905D–E.

time in training salesmen like Ellis, who were valuable assets to the company.¹⁴⁴ This novel "investment in human material" interest has already been criticised,¹⁴⁵ and so has the court's view that weight should be attached to the covenantor's acknowledgment of the necessity of the restraint in the agreement.¹⁴⁶ The court also seems to have been influenced to some extent by the absence of positive (opinion) evidence to the effect that the restraint was unreasonable.¹⁴⁷ While evidence, including expert opinion evidence, on matters such as the existence of protectable interests (such as trade secrets) or on the question whether the restraint is an "unusual" one, could be important, reasonableness would seem to be a matter for the court to decide,¹⁴⁸ like negligence in delict and not in itself a matter for evidence.

5 SOME FURTHER IMPLICATIONS OF MAGNA ALLOYS

5 1 Range of restraint-of-trade doctrine

It is obviously important to establish to which types of agreement the restraint-of-trade doctrine applies. Contractual terms are not usually subject to a test of reasonableness, while even after *Magna Alloys*, unreasonable restraints are "probably" unenforceable. There is considerable uncertainty in our law about the frontiers of the doctrine and what test(s) should determine its application.¹⁴⁹ Exclusive supply (*solus*) agreements, for instance, do not fall within the doctrine in our law,¹⁵⁰ but do in English law.¹⁵¹ *Magna Alloys* has emphasised the public interest as the sole test ("toetssteen") in respect of restraint-of-trade agreements. This has created the possibility for a re-examination of the frontiers of the doctrine, particularly with regard to *solus* agreements.

5 2 Procedural and evidentiary implications

5 2 1 Content of founding papers

Magna Alloys has made it easier to enforce restraints. Enforcement is usually sought by means of an urgent interdict and if the covenantee succeeds in obtaining a temporary interdict *pendente lite*, this more often than not proves to be decisive, because determination of the matter may take a considerable time, especially if evidence is led.¹⁵² Even such a temporary interdict is then usually quite effective in countering the efforts of the covenantor to break the restraint, for example by opening a rival business or going to work for a rival firm. As the *onus* relating to enforceability is now on the covenantor, the covenantee seeking enforcement need no longer in his founding papers adduce evidence on reasonableness and protectable interests. Should he seek partial enforcement, it would seem that some evidence would be required in this regard in his founding papers, in terms of the argument set out under (3) in paragraph 4 5 2 above.

144 899A, 899F, 900E-F, 904I-905A.

145 above at n 99-100.

146 See at n 98.

147 902A, 905, 905E.

148 Heydon 44-47 and n 41 above.

149 Christie 353-355; cf *Tamarillo (Pty) Ltd v BN Aitken (Pty) Ltd* 1982 1 SA 398 (A) 439A-440F.

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

151 See e.g. *Shell UK Ltd v Lostock Garage Ltd* 1977 1 All ER 481 (CA) 488f.

152 See *Wuhl* 438E.

The extent of the evidence required to establish a *prima facie* case will be determined by the nature and extent of the modification of the original restraint. At this stage the covenantee should be able to place some reliance on the "presumption" of enforceability discussed above.¹⁵³

5 2 2 *Discovery*

The covenantor would often be able to resist enforcement effectively only if he can obtain details of the covenantee's current business set-up. To this end he should consider seeking an order for discovery in terms of Supreme Court rule 35(13) at an early stage.¹⁵⁴

5 2 3 *Evidence of prejudice to the public interest*

The emphasis placed on the public interest in *Magna Alloys* raises questions in regard to how it should be proved what is in or contrary to the public interest. Evidentiary problems in this regard led to the situation under the traditional doctrine that restraints reasonable *inter partes* were very seldom invalidated under the second part of the traditional doctrine, namely because they were contrary to the public interest.¹⁵⁵ The "public interest" raises very broad issues, and a court of law can hardly rule on rival economic theories. At most a court can try and advance a competitive market system and suppress negative tendencies where a fair degree of consensus exists in regard to their negative character. To be able to do so, the court may have to rely on market surveys and reports by governmental and quasi-governmental bodies which would require a relaxation of some of the traditional rules of evidence, particularly the hearsay rule. In the *Esso* case¹⁵⁶ the House of Lords relied extensively on a report by the Monopolies Commission on the petroleum industry.

6 CONCLUSION

The foregoing discussion shows that *Magna Alloys* has settled some of the controversy surrounding restraints of trade, but has also left important questions unanswered. The courts will be called upon to fashion rules to give practical content to the new guidelines of the appellate division and solutions to the unanswered questions. It is predicted, albeit tentatively, that the pull of the now discarded traditional doctrine will still be felt in this area of law for some time to come.

153 paragraph 4 5 2 under "3".

154 in *Moulded Components v Concourakis* 1979 2 SA 457 (W) 470D-E Botha J observed that discovery in motion proceedings was a "very, very rare and unusual procedure." This would, with respect, be putting the test too high for a matter which is within the court's discretion, and should in any event not be used against a *respondent* who finds himself in motion proceedings where a dispute of fact is likely to arise.

155 Heydon 275-277; Bell Ch 6, especially 175-176.

156 *Esso Petroleum Co Ltd v Harper's Garage (Stourport) Ltd* 1968 AC 269 (HL). See also Bell Ch 6, particularly 160-162, 171-173.

Inherent executive power: prerogative or *puissance publique*?

CE Hoexter

BA LLB

Researcher in the Institute of Foreign and Comparative Law, University of South Africa

OPSOMMING

Inherente uitvoerende gesag-prerogatief of "*puissance publique*"?

Tot dusver het Suid-Afrikaanse regsgeleerdes die begrip *puissance publique* van die Franse reg aangesien vir die inherente regsrag of bevoegdheid waaroor die staat beskik en wat vir sy voortbestaan onontbeerlik is. Hierdie kenmerkende eienskap sou dan ook die staat van ander instansies onderskei. Aldus beskou, toon die begrip 'n klaarblyklike ooreenkoms met die prerogatief: die inherente regsrag van die kroon (in Engeland) of die staat se uitvoerende mag.

Aan die hand van hulle eie geskiedkundige ewolusies in Frankryk en Engeland moet egter tussen dié twee begrippe 'n onderskeid gemaak word. Na die *Glorious Revolution* is die koninklike mag in Engeland streng aan bande gelê en verskraal. Hierdeur is die koninklike prerogatief vervang met 'n bevoegdheid wat regtens beperk is en het die kroon bygevolg min van sy tradisionele bevoegdhede behou. Wat betref die soewereine mag het die rewolusie van 1789 in Frankryk 'n volkome verplasing van die koning na die volk tot gevolg gehad. Die Engelse prerogative wat oorbly (en wat deur Westminster-georiënteerde stelsels aanvaar is) is beperk maar onaantasbaar of slegs deur gewoonte gewysig. Daarenteen is die *prérogatives* van die Franse *puissance publique* met verloop van tyd deur *sujétions* of beperkings aan bande gelê.

Met bostaande oorwegings voor oë word uit hoofde van twee redes betoog dat die *puissance publique* van die Franse reg tot die Franse reg beperk moet word; en dat dit in Engeland of Suid-Afrika geen bestaansreg het nie. Eerstens is die nasionale soewereiniteit van die Franse reg vir Westminster-stelsels 'n vreemde begrip. Ten tweede bestaan daar die gevaar dat die *puissance publique*-gedagte in Suid-Afrika buite verband en sonder inagneming van die gepaardgaande *sujétions* wat die administratiewe mag betoel, aangewend mag word. Dit kan meebring dat die begrip ingespan word as regverdiging vir eensydige staatsoptrede sonder beroep op die beveiligende teëvoeters wat die Franse publieke reg daargestel het.

1 INTRODUCTION

The concept of *puissance publique*, although obscure, is not unknown to South African writers. While it is essentially a feature of French public law, the term has been used by some writers in a wider sense to describe the characteristics of "the state"¹ in general: D'Oliveira² has used the term *puissance publique* to

1 While it is with inherent power in the executive arm that we are primarily concerned, "the state" is taken to include the executive and, like "the government," is often used to refer to the executive function. For further discussion, see Baxter "The State" and other Basic Terms in Public Law" 1982 SALJ 212.

2 *State Liability for the Wrongful Exercise of Discretionary Powers* unpublished LLD thesis University of South Africa (1976) 478.

indicate those “inherent characteristics” of the state which the private individual does not possess, while Wiechers³ has contended that *puissance publique* (*ow-erheidsgesag*) is an essential element of any state. The former offers the existence of *puissance publique* as a justification for the institution of state liability; the latter uses the term to explain the authority of the state over its subjects – the *volonté unilaterale* of the state which enables it, inter alia, to impose its will on lesser entities.

Although these writers approach the idea of *puissance publique* from slightly differing angles, it is evident that *puissance publique* is regarded as consisting in that inherent power or authority which the state possesses by its very definition, a power which is fundamental to the existence of the state, and which sets it apart from any other institution or individual.

Used in this sense, *puissance publique* bears a striking resemblance to the concept of prerogative: those inherent powers of the crown in England, and of the executive in Westminster-based systems. The similarity between the two concepts lies in the use of these terms to refer to inherent powers of the executive arm of government; powers described as “inherent” because they are traditionally ascribed rather than conferred by a specific source. Thus we use the idea of prerogative to explain why the crown may declare war without consulting parliament, may pardon convicted offenders, and may create peers and confer decorations; why it is that the crown traditionally summons and dissolves parliament, and why the crown is commander-in-chief of all the armed forces. *Puissance publique* is used similarly to justify executive rights such as the rights to expropriate, to requisition, to maintain a police force.

The danger of confusing the two concepts is exacerbated by the use of the French word *prérogatives* to describe such rights. An English-speaking reader of a French work on public law might be forgiven for assuming that *puissance publique* and prerogative mean exactly the same thing. It is not, however, suggested that South African writers have confused the two concepts. Rather, it is submitted that while inherent power in the executive can be described in terms of prerogative in certain cases, the term *puissance publique* has no application outside the sphere of French law. An examination of the constitutional history of executive power in both France and England will illustrate why *puissance publique* must be regarded as a peculiarly French feature which has no place in a Westminster-based system such as our own.

2 THE ENGLISH CONCEPT OF CROWN PREROGATIVE

The word “prerogative” is derived from the Latin *prae* and *rogare*, meaning to ask or to demand before, or in preference to.⁴ The earliest writers agree that the prerogative comprises those powers inherent in the king alone. Hence Blackstone⁵ defines the prerogative as the

“special pre-eminence which the King hath, over and above all other persons, and out of the ordinary course of the common law, in right of his regal dignity.”

3 *Die Sistematiek van die Administratiefreg* unpublished LLD thesis University of Pretoria (1964) 33 (hereafter referred to as Wiechers (1964)).

4 James Stroud's *Judicial Dictionary* Vol 4 4 ed London (1974) 2093.

5 Anson *The Law and Custom of the Constitution Part II* 2 ed Oxford (1896) 2–3.

Coke⁶ speaks of the *praerogativa* as extending "to all powers, pre-eminences, and privileges, which the law giveth to the Crowne." Although some of the powers exercised by the crown are conferred by statute, these cannot be regarded as inherent in the crown, and so the term is limited to customary powers.

Although it is not proposed to examine the intricacies of the various manifestations of the prerogative, a more detailed definition and a brief discussion of its history are essential to an understanding of the concept, particularly because history has shaped the concept as it is understood today.

Anson⁷ proposes three sources of the crown's prerogative power. First, there is the residue of executive powers which the king possessed in the early stages of English history, when "he led his people in war, administered their affairs in peace, was their judge in the last resort." This power, although limited by statute and practice, still exists today in the form of discretionary authority; hence Dicey's definition of the prerogative as "the discretionary or arbitrary authority . . . of the Crown."⁸

Secondly, there are those prerogative rights which originate in the king's position as feudal lord of the country, when the king was to the kingdom what the lord was to the manor. This prerogative is illustrated by the thirteenth-century statute, *Praerogativa Regis*, which was concerned with the king's rights by virtue of his feudal chieftainship; he was accorded special property rights, and, like other feudal lords, certain advantages in litigation.⁹ Since a feudal lord could not be sued in his own court, the king could not be made defendant to any action in law – all the courts being his. Later, when this immunity no longer bore any relation to feudalism, it came to be regarded as a prerogative of the crown.

Thirdly, Anson recognises those attributes with which the crown has been invested by legal theory, and which have expression in such maxims as "the king never dies" (the attribute of perpetuity) and "the king can do no wrong" (the attribute of perfection of judgment). It is interesting to note that this last maxim was not absolute until the time of the Tudors, since medieval lawyers did not regard the king as being above the law.¹⁰ So that although the king could do no wrong, his effective power extended only as far as doing what was right; and because certain things had to be done in certain ways, even the king was subject to the universal law which ruled the world. While the king, as the fountain of justice, was competent to decide cases where the courts of common law were inadequate,¹¹ this power was vested in him "not that he might arbitrarily exert his own personal will, but that he might provide for cases where the positive law was either insufficient or worked injustice."¹²

Before 1689, the scope of the crown prerogative was largely undefined, thanks to the Tudors, who had made full use of their prerogative and had added to it to such an extent that the king's discretionary powers were virtually unlimited

6 Stroud *op cit* 2094.

7 Anson *op cit* 3.

8 Dicey *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* 8 ed London (1920) 420.

9 Keir and Lawson *Cases in Constitutional Law* 6 ed Oxford (1979) 70.

10 Bradley *Wade and Phillips' Constitutional and Administrative Law* 9 ed London (1977) 87.

11 *idem* 232.

12 Keir and Lawson *op cit* 71.

in his own activities, while he had encroached appreciably on the territory of parliament and the common-law courts; Keir and Lawson point out that the courts had no effective jurisdiction over matters of state. While the *Case of Proclamations* (1611)¹³ had established that “the King hath no prerogative but what the law of the land allows him,”¹⁴ there was still debate as to what the law of the land allowed; and while the prerogative had been somewhat defined by the *Prohibitions del Roy* of 1607,¹⁵ the court in both *Bate’s Case* (1606)¹⁶ and *R v Hampden* (1637)¹⁷ found for the crown in relation to claims of the king to levy taxation without the assent of parliament, especially on customs duties. The crown prerogative still lacked definition, and argument raged in seventeenth-century England on the question of the so-called “absolute” prerogative (as opposed to the ordinary powers which the king exercised through parliament and the courts), which was brought to a head by James I’s claim that the prerogative was, in effect, the sovereign power.

In order to secure for James the position he claimed, royalist lawyers had evolved a theory which proposed that the king had an “overriding, absolute prerogative to deal with matters of state,” and that in this sphere his prerogative could not be questioned in parliament or by the courts.¹⁸ Although it was not directly claimed that the king had sovereign power (since he could not legislate and his powers of taxation were limited) and the phrase “matters of state” was sufficiently vague to allow for expansion; and the crown lawyers intended to invest the king with a number of prerogatives which, if slightly extended, would have the same effect as sovereign power. Thus Holdsworth¹⁹ points out that the king’s power to issue proclamations could be used to give him legislative power, while his power to control trade could give the king extra-parliamentary revenue; which last prerogative was in question in *R v Hampden*, or “the Case of Ship-Money.”

The rival theory of the parliamentary lawyers was based on a division of the powers of the crown, illustrated by James Whitelocke’s assertion that “in the King is a two fold power; the one in Parliament, as he is assisted with the consent of the whole State; the other out of Parliament, as he is sole and singular, guided merely by his own will.”²⁰ The use of the word “merely” cleverly conveyed the idea that the former power was greater than the latter, and that the true sovereign must therefore be the king-in-parliament. But as Holdsworth demonstrates, this theory did not say whose will would prevail in the event of a disagreement between king and parliament – thus effectively leaving the state with no sovereign at all!²¹

The problem of the absolute prerogative was not entirely solved by the “Great and Glorious” revolution which culminated in the Act of Settlement of 1701.

13 (1611) 12 Co Rep 74, 77 ER 1352.

14 Keir and Lawson *op cit* 110.

15 (1607) 12 Co Rep 63, 77 ER 1342.

16 (1606) 2 St Tr 371.

17 “The Case of Ship-Money”, (1637) 3 St Tr 825. The above cases are discussed by Keir and Lawson.

18 Holdsworth *The Influence of the Legal Profession on the Growth of the English Constitution* Oxford (1977) 27.

19 Holdsworth *op cit* 28.

20 *ibid.*

21 *idem* 29.

The growth of the constitutional monarchy and of responsible government,²² which established that much of what was considered to be royal prerogative, can be exercised only through ministers who are responsible to parliament, has also played crucial roles in the shaping of the modern idea of prerogative. But for our purposes, it is enough to consider the revolution and its results, since it is here that parliamentary sovereignty triumphs and the royal prerogative emerges in a much chastened form.

The struggle between parliament and prerogative began in earnest in 1685,²³ when James II acceded to the throne.²⁴ The first session of parliament went well for him, but during the second his unashamedly Catholic policy met with such opposition that he prorogued the Houses and did not call them again. Instead, he intended to use the prerogative to achieve the strength he desired. His Court of Ecclesiastical Commission, which enforced clerical conformity with Catholicism, was entirely a creation of prerogative; and the first declaration of indulgence was issued by (prerogative) proclamation in 1687. This declaration, issued with a view to placating Protestant nonconformists, had the effect of suspending the operation of all religious penal laws.²⁵ The second, more important, declaration of indulgence was issued on 7 May 1688, along with an order that the clergy of the Church of England should read it out on a particular Sunday; its effect has been succinctly stated as follows: "Obedience would mean that the Church might cease to be Protestant; disobedience was counter to its teachings."²⁶ James then made what now appears to be a fatal mistake in refusing to reply to a petition headed by the Archbishop of Canterbury, asking the king to withdraw the order to read the declaration out; he might otherwise have met with less opposition. Be that as it may; the surprising outcome was that the vast majority of clergymen chose not to read the declaration in their parishes.²⁷

James's second mistake was to order that the petitioners be tried for seditious libel – a mistake, because the right to petition the king was regarded as an important one. The verdict of "not guilty" sounded the death knell for James, who had no option but to flee. Whig and Tory leaders, united in their distaste for James's policies; put into action their plan to invite William of Orange – the husband of James's heir and a champion of Protestants – to summon a convention parliament.²⁸ The crown was then offered to both William and Mary, but with specific conditions attached to the offer in the form of a declaration

22 On which see Bradley *op cit* 97–98, 233.

23 GN Barrie 1982 *TSAR* 40–41 notes that constitutional lawyers tend to limit themselves to the events of the first half of the seventeenth century when studying the rise of parliamentary sovereignty: "Die redes hiervoor is blykbaar die feit dat die Petition of Right as 'n oorwinning vir die parlement beskou is; dat dit aanvaar word dat die Long Parliament, wat nege jaar gesit het, die basis vir konstitusionele regering gelê het; dat die ses regters wat die meerderheidsbeslissing in Case Shipmoney gegee het 'impeach' is . . ." But the weakening of the power of the crown and its royal bureaucracy in 1640–1641, when Charles I tried to rule without parliament, did not deter the Stuarts from combining ill-considered religious policy with prerogative; hence the emphasis placed here on the revolution of 1688–1689.

24 On this period, see Lovell *English Constitutional and Legal History* New York (1962) 389 *et seq.*

25 Holdsworth *A History of English law* Vol VI 2 ed London 1966 198; Lovell *op cit* 391.

26 *ibid.*

27 *ibid.*

28 *idem* 392.

of rights.²⁹ In terms of the declaration, the Court of Ecclesiastical Commission was declared illegal; enforced payment to the crown without parliamentary consent was prohibited; the maintenance of standing armies in peace-time was illegal without the consent of parliament; the prosecution of petitioners to the king was declared illegal; and a new coronation oath bound the "sovereign" to govern according to acts of parliament. The revolution had been accomplished.

The declaration was re-enacted by parliament as the Bill of Rights, and this was later supplemented by the Act of Settlement in 1701, as the final ratification of the 1688 Revolution.³⁰

The most remarkable feature of the settlement was that it was based on a bill of rights which had no legal force at all. The convention parliament was completely illegal, having been summoned by an alien, and had, therefore, no power to frame a bill of rights. Lovell³¹ proposes that it was this feature which led the leaders of the revolution to attribute to parliament an existence apart from the sovereign, and the capacity to do certain things independently of him, in order that the legality of the settlement might never be questioned. At the same time parliament had succeeded in destroying the theory of divine right, and henceforth a limited monarchy would reign.

With regard to inherent power, the revolution had the effect of severely restricting the crown prerogative, and not only via the Bill of Rights and the Act of Settlement; for much of what was left of the prerogative fell into the hands of parliament indirectly, as a result of the determination that the king should never again have the opportunity to abuse his prerogative on the scale of Charles I and James II. Thus parliament gained effective control of the army by way of the Mutiny Act³² (later the Army Act), although the crown would remain titular head of the armed forces. Similarly, the Triennial Act of 1694³³ was framed to preclude the possibility of royal interference in parliamentary sessions, and set the maximum term of parliament at three years, thus gaining control of another aspect of prerogative, although the king would continue to summon and dissolve parliament.

On the other hand, the prerogatives which remained were incontestably absolute. The pre-revolution distinction between ordinary and absolute prerogatives is no longer of application; by its very definition, a prerogative must be "absolute," and any power which the English crown may exercise only with the consent of parliament is not a prerogative. The crown need not consult parliament in advance in order to exercise its prerogative:

"Although Parliament may abolish or curtail the prerogative by statute, the prior authority of Parliament is not required for the exercise of a prerogative power . . . Parliament may criticise ministers for their action and for the consequences; but Parliament has no right to be consulted in advance, except to the extent that a conventional practice has developed of assuring the opportunity for such consultation."³⁴

While there has been some debate as to the extent to which the English concept of prerogative exists in South Africa, and as to how much of it is regulated by

29 discussed by Wiechers *Verloren van Themaat Staatsreg* 3 ed Durban (1981) (hereafter referred to as Wiechers (1981)) 92-93. See also Lovell *op cit* 393.

30 Holdsworth (1966) *op cit* 194.

31 Lovell *op cit* 394-395.

32 *idem* 394 *et seq.*

33 *ibid.*

34 Bradley *op cit* 234.

Roman-Dutch principles,³⁵ it is clear that some form of prerogative was inherited by virtue of the British occupation of the Cape and the 1806 Articles of Capitulation. It is not proposed here to argue the questions outlined above, nor to comment on the many conflicting opinions on the subject, such as the diverse judgments of the appellate division in *Sachs v Dönges*.³⁶ It is sufficient to recognise that the English concept of prerogative does exist in our law, albeit in a limited fashion; and that, although this heritage comes to us in the watered-down form of the post-revolution period, our law recognises a number of absolute prerogatives. These always vest in the State President,³⁷ and of them may be mentioned the prerogatives of annexation and acts of state. The State President also has the prerogative of setting the dates for parliamentary sessions, and, like the English sovereign, may summon, dissolve and prorogue parliament.

More importantly, South Africa has inherited the post-revolution tradition of regarding the prerogative as absolute, even though the prerogatives themselves might be few and far between.

3 THE FRENCH CONCEPT OF *PUISSANCE PUBLIQUE*

In nineteenth-century France it was recognised that the state had a special characteristic which distinguished it from other entities and individuals: the state could do things that individuals could not do, and its will was superior to that of mere individuals. This was deduced from the "irresponsibility" of the state in certain areas of administrative activity,³⁸ areas in which the state did not have to account for its actions to a judge – both discretionary acts and those activities which were traditionally regarded as the prerogative of the state, such as the maintenance of a police force. The concept of *puissance publique* was used to explain this characteristic of the state, or, strictly speaking, of the executive. Since then, the term *puissance publique* has been used in such a variety of senses that it has lost some of its original force and has been discredited by some authors.³⁹ But authorities like Waline⁴⁰ and Vedel⁴¹ accept the concept as a feature of French public law, and the latter has offered a definition of the administration which places *puissance publique* at the foundation of administrative activity.⁴²

Rousset⁴³ distinguishes two meanings of *puissance publique*: the first is the classical meaning, which has as its base the Roman tradition of *imperium*, which evolved during the absolute monarchy of the seventeenth and eighteenth centuries, and which finally found expression in the democratic absolutism of the French Revolution. In terms of the classical meaning, *puissance publique* encompasses both the state and the power of the state, and refers specifically to the prerogatives of the executive. The second meaning, described by Rousset

35 For a discussion of these points, see Wiechers (1981) 59 *et seq.*

36 1950 2 SA 295 (A).

37 See Wiechers (1981) 64.

38 Vedel *Droit Administratif* 4 ed Paris (1968) 18.

39 Rousset *L'idée de Puissance Publique en Droit Administratif* Paris (1960) 56.

40 *Droit Administratif* 9 ed Paris (1963) 5.

41 *op cit* 21.

42 *ibid.* "On pouvait donc synthétiquement définir l'administration comme l'exercice du pouvoir exécutif sous un régime de puissance publique."

43 *op cit* 25.

as a technical meaning rather than an ideological one,⁴⁴ has evolved from the first. In terms of this second meaning, *puissance publique* has application only within the framework of administrative law.⁴⁵ The classical notion of *imperium* or inherent power is still expressed, but corresponding rules of limitation and constraint are added to the notion of *prérogative*. The result is that *puissance publique* consists not only of *prérogatives* attributed to the administration, but also of corresponding *sujétions* which limit the exercise of its will, and which define the objects of the administration. Hence the insistence of some French writers, notably Jean Rivero,⁴⁶ on the “plus” and “minus” characteristics of *puissance publique*. Hence also the emphasis placed by Wiechers⁴⁷ on the legal limitations in a *regstaat* which prevent the existence of *puissance publique* (*owerheidsgesag*) from resulting in the formation of a *magstaat*.

To sum up, it is useful to adopt Vedel's definition of *puissance publique*, which must inevitably lose some of its perfection in the process of translation: *puissance publique* is a legal régime characterised by both prerogatives and constraints outside the scope of the common law, and bestowed on those who act in the exercise of national sovereignty.⁴⁸ The phrase “in the exercise of national sovereignty” is essential to a definition of *puissance publique*, since it is based on the notion of national sovereignty (*souveraineté nationale*).⁴⁹ In its turn, the idea of national sovereignty is a basic tenet of French constitutional law. It is the sovereignty of the nation which empowers parliament to make binding laws, and which allows the courts to make decisions with legal force; and it is by virtue of national sovereignty that the executive performs the task of administration *au nom du peuple français*.⁵⁰

The notion of national sovereignty, which is the foundation of *puissance publique*, can be described and understood only in historical terms; and so again it is necessary briefly to examine the relevant constitutional history.

From the time that the foundations of the national monarchy were laid in the twelfth century by the Capetians,⁵¹ notably Louis le Gros and his son, Louis VII, the French sovereign has been associated with extraordinary and inherent qualities that have their roots in the *imperium* of the Roman emperors who ruled Gaul from 50 BC to 400 AD. It has been said that the French monarchy “arrived” in the thirteenth century, during the reign of Saint Louis, for it was then that the monarchy began to triumph over feudalism.⁵² But there is no doubt that the monarchy achieved its zenith in the 17th century, from the regency of Marie de Medicis to the reign of Louis XIV. This period was characterised by continuous affirmation and expansion of the royal prerogative, which reached unprecedented heights.

44 *idem* 32.

45 This is supported by Waline *op cit* 5 and by Rivero *Droit Administratif* 5 ed Paris (1971) 35.

46 “Existe-t-il un critère du droit administratif?” *RDP* 1953 294.

47 Wiechers (1964) 33. See above.

48 Vedel *op cit* 19: “Ainsi la puissance publique est un régime caractérisé à la fois par les prérogatives et par les sujétions exorbitantes du droit commun reconnues ou imposées à ceux qui agissent dans l'exercice de la souveraineté nationale.”

49 *ibid.*

50 *ibid.*: “in the name of the French people.”

51 on which, see Moreton Macdonald *A History of France* Vol I London (1915) 112 *et seq.*

52 *idem* 157.

Much of the credit for the growth of the absolute monarchy goes to Cardinals Richelieu and Mazarin, who shared the ideal of making France the decisive power in Europe. Richelieu, first minister under Marie de Medicis, found himself completely established in power after her exile in 1631, and devoted the rest of his career to the greatness of France and to the strengthening of the French crown in Europe. In the process he achieved much of the administrative absolutism with which Louis XIV came to be associated, and which earned Richelieu the title of father of absolute monarchy.⁵³ The tradition was continued by Mazarin, his successor, who was entirely concerned with raising France to a predominant position in Europe. His tendency to ignore internal prosperity and to see his ideal only in terms of external appearances had the desired effect of establishing the French king as an emissary of God on earth, for the death of Mazarin saw the final triumph of the notion of divine right.⁵⁴ For once, theologians and lawyers were in accord: the king undoubtedly represented God on earth, was responsible to no human agency, and had to listen only to his own conscience and to the Lord.

If the French were ready to surround their king with a cult of glory, they were fortunate in having a king who positively revelled in his royalty. Louis XIV not only had an unshakeable belief in the supremacy of the French crown, but was also possessed of enormous faith in his own ability to rule. He embarked on a process of intensifying his glamour by indulging himself with amazing extravagance and the legendary festivities with which Versailles is still associated, and took upon himself as much government as he could. "L'etat, c'est moi"⁵⁵ might sound excessive, but is probably an accurate description of the theoretical power of Louis XIV.

The legacy left by the Sun King enabled Louis XVI to make the following public announcement in the Palais de Justice on March 13, 1776:

"It is in my person alone that the sovereign power resides . . . It is from me alone that my courts derive their authority; and the plenitude of this authority, which they exercise only in my name, remains always in me . . . It is to me alone that the legislative power belongs, without any dependence and without any division . . . The whole public order emanates from me, and the rights and interests of the nation . . . are necessarily joined with mine and rest only in my hands."⁵⁶

In fact, the monarchy was in a state of decline at the time of this statement; but, as Sydenham points out, this was nevertheless an accurate reflection of the authority with which the king was identified:

"[I]n theory every function of government was an operation of the *bon plaisir* of the King, who was at once the embodiment of the executive, the supreme giver of law, and the ultimate arbiter of justice."⁵⁷

The events associated with the revolution of 1789 are sufficiently familiar to obviate the need for a description of them. Suffice it to say that the revolution destroyed the absolute monarchy, and to examine the effects of its destruction.

The revolutionary legislators faced a dilemma: they had learnt that the absolute monarchy of the *ancien régime* was an instrument of oppression, in that

53 *idem* Vol II 176.

54 On which, see Moreton Macdonald Vol II *op cit* 211 *et seq.*

55 These words have always been attributed to Louis XIV, but are probably those of Voltaire.

56 Sydenham *The French Revolution* London (1965) 13.

57 *ibid.*

the sovereign was able to dispose of the interests of the people by mere whim. It was unthinkable that the good of all should depend on the will of one person, the sovereign, and it had become an anachronism.⁵⁸ On the other hand, it was almost impossible to imagine that the state could exist without the essential element of sovereignty. The answer was to maintain the notion of sovereignty which had been so crucial to the *ancien régime*, but to eliminate the danger of oppression by changing the holder of the sovereign power.⁵⁹

This end was achieved by a declaration of October 5 1789,⁶⁰ in terms of which the natural, inalienable rights of man – liberty, equality, propriety, resistance to oppression – were enunciated, thus elevating the individual to unknown heights. Secondly, the declaration created the notion of national sovereignty, which was expressed in the 1791 Constitution as follows: “La Souveraineté est une, indivisible, inalienable, imprescriptible. Elle appartient à la Nation.”⁶¹ In this way, the concept of sovereignty was retained and kept intact. It had, however, a totally new basis, since monarchical absolutism was to be replaced by democratic absolutism: “The State was the King; it will be the Nation.”⁶²

A most significant feature of the revolution from a constitutional point of view, then, is that the attack was not made on power itself, but on those who held it. The logical corollary of this is that the revolution did not destroy the power itself, but merely changed its holder. In theory at least, the nation was now the holder of all the power which had been attributed to the king in the *ancien régime*.⁶³ This new constitutional basis was not affected materially by the doctrine of separation of powers, which merely transformed the king into a representative holder of a part of national sovereignty.⁶⁴

4 CONCLUSIONS

Two fundamental distinctions must be made between the effects of the English and French Revolutions on inherent power in the executive. In the first place, there is a basic difference in their immediate effects on power. In England, as we have seen, the inherent power of the crown was broken by the Act of Settlement and, thanks to post-revolutionary feeling in parliament, by statutes such as the Mutiny Act and the Triennial Act. The prerogative was, to a large extent, replaced by authority limited by law, and the crown emerged with a fraction of its traditional powers left intact – a far cry from the prerogative that was known under the Tudors.

In France, no attack was made on inherent power itself: “[A]bsolute monarchy, far from being replaced by an authority limited by law, was simply to be transferred from the King to the nation . . .”⁶⁵ Absolute monarchy was transformed into national sovereignty, which is the source that empowers the executive to fulfil the task of administration. In theory, then, the administration has, in the

58 Rousset *op cit* 15.

59 *ibid.*

60 The declaration is discussed by Rousset at 17 and by Sydenham at 63 *et seq.*

61 Title II, Article I. Quoted by Rousset at 17: “Sovereignty is one, indivisible, inalienable, eternal. It belongs to the Nation.”

62 *idem* 15.

63 This is supported by Sydenham *op cit* 34.

64 Rousset *op cit* 17.

65 Sydenham *op cit* 34.

form of *puissance publique*, all the inherent powers vested in the king before the revolution.

In the second place, there has been a distinct evolution in the inherent power of both England and France since 1689 and 1789 respectively. In England, the pre-revolution distinction between ordinary and absolute prerogatives was discarded after the revolution. Although diminished in number, the surviving prerogatives are all "absolute" in that their exercise is not subject to the approval of any other authority – even though, in practice, the crown might consult parliament. For example, the crown has the prerogative of declaring war; but would be unlikely to exercise its prerogative without first ascertaining that parliament would be willing to vote the supplies necessary to wage war.

In France, because of the absolute and unlimited nature of the national sovereignty which empowers the administration, it has become necessary to balance the *prérogatives* of *puissance publique* with *sujétions*; hence the second meaning of *puissance publique* as set forth by Rousset.

In view of these distinctions, there are two compelling reasons why the term *puissance publique* should be limited to French law and, in particular, why it has no application in either England or South Africa.

First, as has been illustrated by the constitutional history of England, it is historically inaccurate to import the idea of *puissance publique* into a Westminster-based system which has no concept of national sovereignty as the French understand it. South Africa has inherited the English tradition of inherent power in the form of prerogative, which has a totally different constitutional basis to that of *puissance publique*, notwithstanding the fact that both England and France knew wide crown prerogatives in their pre-revolutionary history.

Secondly, the practice of describing inherent power in terms of *puissance publique* could have dangerous constitutional implications. Wiechers has argued that the existence of *puissance publique* (*owerheidsgesag*) does not necessarily imply the existence of a *magstaat* "want alle state het hierdie owerheidsgesag in sy midde."⁶⁶ The formation of a *magstaat* can occur only where there are insufficient controls and limitations (*regsgrense*) on state power. Whether South Africa is a *regstaat* with the necessary controls on the *owerheidsgesag*, or not, there still remains the danger that the classical notion of *puissance publique* might come to be accepted without reference to the modern meaning, which incorporates *sujétions* which have the effect of limiting administrative power.

In its accepted form, *puissance publique* consists in prerogatives vested in the administration in order that the *intérêt général* might prevail over individual interests when there is a conflict of interests, as in a case of expropriation. In this way, unilateral decisions of the administration are justified by the prerogatives of *puissance publique*. The corresponding *sujétion* is that administrative decisions can only be made "in the public interest," and not, therefore, for motives of self-interest or caprice.⁶⁷

Our inherited tradition of regarding inherent power as a type of prerogative – indeed, there is no other form of inherent power in the executive – militates

66 Wiechers (1964) 33.

67 Vedel *op cit* 19.

against the acceptance of such *sujétions*. This is because a prerogative, by definition, is unfettered and unlimited; it has already been shown that there is no longer a distinction between absolute and ordinary prerogative, and that all post-revolution prerogatives are absolute. Thus one would not expect the prerogative of declaring war to be burdened with a constraint to the effect that war could only be declared on the advice of a military committee. In practice, this might well be the case; but in theory a prerogative is an inherent power subject to no authority.

It has been suggested that the concepts of prerogative and *puissance publique* can easily be confused, all the more because *puissance publique* consists partly of *prérogatives*. It is not inconceivable that if the term *puissance publique* came to be accepted as a valid description of inherent power in the South African executive, this confusion, coupled with our tradition of regarding the prerogative as unlimited and unburdened, could lead to the adoption of *puissance publique* as a justification for unilateral decisions without the accompanying safeguards which are found in French administrative law. This would not only be historically inaccurate, but would also provide the perfect foundation for the *magstaat* described by Wiechers, where

“die staat deur eensydige wilstuiting . . . regsverhoudings kan skep, wysig of vernietig . . . en . . . die staat die regsmiddels het om te verseker dat die andere, mindere party hom by sodanige skepping, wysiging of vernietiging . . . hou.”⁶⁸

For these reasons, it is submitted that the concept of *puissance publique* has no place in our public law, and that it should be confined to its true context: within the limits of national sovereignty in French public law.

68 Wiechers (1964) *op cit* 35.

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.

Inskrywing op die blad moet gerig word aan die uitgewer: Butterworth posbus 792, Durban 4000.

The "Romodutchyafricanderenglander" law of nineteenth-century Natal

PR Spiller

BA LLB MPhil PhD

University of Natal (Durban)

OPSOMMING

Die "Romodutchyafricanderenglander"-reg in negentiende-eeuse Natal

In 1871 skryf 'n korrespondent in die *Times of Natal* oor die regspleging in die Kolonie van Natal en beskryf die regstelsel soos toegepas deur die Natalse Hooggeregshof as eenaardig, ongedefinieer en nouliks verstaanbaar. Hy verwys daarna as die "Romodutchyafricanderenglander"-stelsel.

Hierdie artikel ondersoek die redes vir die vele fasette van die Natalse regstelsel en kyk in besonder na die belangrike periode (1858–1874) met Walter Harding as hoofregter. Daar word getoon dat die reg amptelik Romeins-Hollands was en dat hierdie stelsel vanaf 1868 met kundigheid deur regter Connor toegepas is. Deur die toedoen van ander regters is dit egter swak gedefinieer, verwater en het dit ontaard. Verder word gewys hoe Engelse reg deur plaaslike wetgewing, beslissings van die Geheime Raad en beslissings van Natalse regters wat hul opleiding in Engeland ontvang het, ingevoer is. Laastens word getoon hoe plaaslike opvattinge toegang tot die reg verkry het deur onder andere wetgewing oor plaaslike sake, subjektiewe sienings en vooroordele van regters en judisiële presedent aan die Kaap en in Natal.

Uit hierdie elemente is die hibriede Natalse reg geskep en het dit deel van die breër ontwikkeling van 'n unieke Suid-Afrikaanse reg gevorm.

1 INTRODUCTION

In January 1871 a correspondent wrote to the *Times of Natal* complaining of the state of the law in the Colony of Natal. He said that, in the Natal Supreme Court, a peculiar, undefined and scarcely understandable legal system was applied, and he referred to this as the "Romodutchyafricanderenglander" system.¹

There were clear reasons why Natal had a multi-faceted and perhaps confused system of law. After 1844, when Natal was annexed by the British Crown as a separate district of the Cape Colony, Roman-Dutch law, as administered by the courts at the Cape, was affirmed as the law of the district.² This was in deference to the wishes of the Dutch settlers of Natal who, in the 1840's comprised the vast majority of white settlers in the district.³ Under Natal's first judge ("recorder"), Hendrik Cloete, Roman-Dutch law maintained a vigorous and healthy

1 *Times of Natal* 1871-01-18: letter by "Row de dow."

2 Ord 12 of 1845 (Cape) s 1.

3 Executive Council 3 30 November 1848 (Natal Archives).

existence.⁴ But, during the 1850's, changes came about. The influx of British (mainly English) settlers from late 1849 created pressures to make Natal a thoroughly English colony.⁵ One result of this was the passing of ordinances which introduced various English laws and institutions.⁶ Then, in 1855, Cloete was transferred to the Cape bench, and his place was taken by Walter Harding.⁷ Harding was a man of no formal legal education: he had secured his advancement by a lengthy career of faithful service to the public, as a legal official and later as public prosecutor.⁸ He confessed that he seldom had time or place to refer to legal authorities, and would "decide according to the best law I can find" (be it Roman-Dutch, English, or other law).⁹

In 1856 Natal became a separate Crown Colony and two years later the one-man district court was transformed into a three-man supreme court.¹⁰ Harding was retained on the bench, now as chief justice, but the other two positions were to "be filled by persons totally unconnected with the Colony."¹¹ In the event Henry Connor was chosen as first puisne judge: he held the degrees of BA and LLB from Trinity College, Dublin, had been called to the bar at Lincoln's Inn and King's Inns Dublin, and had then practised as a barrister in Ireland for thirteen years.¹² Filling the post of second puisne judge was Henry Lushington Phillips, who had been called to the bar at the Middle Temple, and then practised in England for seven years.¹³ During the temporary absences of these judges (on leave or service elsewhere), men such as Henry Meller (an English barrister) and Henry Cope (an English solicitor practising in Natal) were appointed to act.¹⁴ As a result the Natal Supreme Court Bench was heavily weighted in favour of men whose training was in the principles and practice of English law.

This article will trace the manner in which the law of Natal was fashioned during the vital, formative period of the chief justiceship of Walter Harding (1858–1874).¹⁵ It will examine the extent to which the official "Romodutchy" law maintained its existence. Then will follow an analysis of the reception of "Englander" rules and concepts. Finally, attention will be directed towards the local "Africander" elements which inevitably found their way into the law. It was out of these elements that the hybrid law of Natal was formed as part of the broader development of a unique "South African law."¹⁶

4 See Spiller "Hendrik Cloete, Recorder of Natal: as Revealed in his Judgments" 1982 *THRHR* 148–150.

5 Brookes and Webb *A History of Natal* (1865) 65.

6 Ord 7 of 1852 (Natal) introduced trial by jury in civil cases.

7 1855 *Natal Blue Book* 202.

8 See Spiller *The Natal Supreme Court: Its Origins and its Early Development*, unpublished PhD thesis University of Natal (1982) 106–110.

9 *Natal Courier* 1863-12-04 and *Natal Witness* 1866-01-26.

10 Law 10 of 1857 (took effect on 15 April 1858).

11 Government House 1211 Scott to Labouchere 28 July and 4 November 1857 (Natal Archives).

12 Spiller *op cit* 130–131.

13 Spiller *op cit* 155–156.

14 Spiller *op cit* 186 and 192.

15 Spiller *op cit* 106.

16 Zajtay and Hosten "The Permanence of Roman Law concepts in the Continental Legal Systems" 1969 *CILSA* 194.

2 “ROMODUTCHY” LAW

During the period 1858 to August 1868,¹⁷ the task of keeping alive Roman-Dutch law fell to Chief Justice Harding. He repeatedly expressed his commitment to the “law which he was bound to administer,”¹⁸ and he was the only judge able to read the untranslated Dutch texts.¹⁹ Thus, his brother judges would defer to his views on Roman-Dutch law,²⁰ and, in a letter written in 1867, a commentator wrote of the “greater knowledge of Roman-Dutch law – the larger experience in all law – of the Chief Justice,” in comparison with Connor J.²¹ In fact, this “greater knowledge” was uncertain and narrowly circumscribed. Harding CJ’s actual use of Dutch works was very limited, and often amounted to reliance on Van der Linden’s *Judicieele Praktyk*, an elementary work on Dutch practice and procedure.²² Otherwise, he relied mainly on Van der Linden’s *Institutes of the Laws of Holland*.²³ Occasionally he would embellish his judgments with a reference to Voet, but this would be arrived at through a secondary source, for example, in one handwritten judgment, he noted “Voet *vide* Van der Linden [English translation] p 181.”²⁴

In this early period, the commitment of the other judges to Roman-Dutch law was far less reliable than that of the chief justice, and their knowledge was generally more limited. Connor J, at an early stage, reluctantly acknowledged the binding force of the Roman-Dutch authorities, “unsatisfactory as they were on the whole.”²⁵ His knowledge of this law was derived almost entirely from English translations – again, with emphasis on Van der Linden’s *Institutes*²⁶ – and occasionally he referred to the rules of modern civil law systems such as Scottish law.²⁷ Some progress at least was evident in his use of the old authorities: from the statement that “there is something in Grotius in support of such an opinion,”²⁸ to the tracing of a statement in Huber’s *Praelectiones*, cited by an English judge in the *Law Journal*,²⁹ to references to Voet’s *Commentarius* and Brissonius’s *Lexicon* to support Van der Linden’s outline of the law of interdicts.³⁰ But in this early period he did not display sufficient mastery of the Roman-Dutch sources to ensure that his conclusions would generally prevail.³¹

17 *infra*.

18 *Natal Mercury* 1859-01-27 and 1867 *NLR* 54 60.

19 *Natal Witness* 1863-07-31: letter by Phipson.

20 Colonial Office 179/55: judgment of Connor J (*Natal Archives*) and *Natal Mercury* 1864-10-13.

21 *Times of Natal* 1867-05-18.

22 See e.g. *Natal Mercury* 1859-01-27 and *Times of Natal* 1867-01-23. The only other works that he used on a fairly regular basis were Kersteman’s *Woordenboek* and Merula’s *Manier van Procederen*.

23 See e.g. 1868 *NLR* 160 251. In the supreme court requisition for books of 31 December 1862, only eight Roman-Dutch texts were ordered, and of these half were English translations (Grotius’s *Introduction* (Herbert); Van der Keessel’s *Theses* (Lorenz); Van der Linden’s *Institutes* (Henry); and Pothier’s *Law of Contracts* (Evans) (Colonial Office 179/57)).

24 Supreme Court 1/5/66 1025: judgment in *Natal Land Colonisation Company v Good Bowes and Crowley* (*Natal Archives*).

25 1859 Phipson 36.

26 See e.g. *Natal Witness* 1860-02-03.

27 1867 *NLR* 67.

28 *Natal Witness* 1858-10-08.

29 *Natal Courier* 1863-02-20.

30 1867 *NLR* 63.

31 in contrast with his later expositions (*infra*).

Phillips J, in a judgment in 1859, expressed an aversion to relying upon “laws not clearly laid down in decisions, but raked up out of books published one or two hundred years ago.”³² Gradually he was reconciled to accepting that he was bound by Roman-Dutch law.³³ But sometimes he forgot this commitment;³⁴ usually he made very little effort to discover this law for himself, rarely quoting authorities;³⁵ and on one occasion he stated that he would be governed simply by “the Roman-Dutch law which had been laid down by the Chief Justice in this Court.”³⁶ Meller AJ openly expressed,³⁷ and Cope AJ clearly indicated,³⁸ almost total ignorance of the Roman-Dutch law, and often they too would simply concur with the findings of the chief justice.³⁹

The result was that, in the period 1858 to 1868, the presence of Roman-Dutch law in Natal’s legal system tended to be ill-defined and erratic. On many occasions the Court *would* apply (its brand of) Roman-Dutch law to the cases in hand. This occurred where the relevant principles were presented by advocates or drawn by the judges from authorities accessible to them. In *Barr v Cavill*⁴⁰ the plaintiff claimed provisional payment on a judgment with interest, and taxed costs of the judgment with interest. The capital sum and costs in the case were not in dispute, and so the argument was confined to the question of interest. Harding CJ said that “in the authorities there were certain cases where the defendant was in *mora* and when interest was not stipulated, yet interest was by the Roman-Dutch law due.” But he then added, on the basis of Van Leeuwen’s *Roman-Dutch law*⁴¹ and Van der Linden’s *Judicieele Praktyk*, that, in order to make a debtor liable for interest, and especially provisionally liable, there had to be a demand for it (and this had not been done here). Concerning the question of interest on costs, he rejected this on the ground that “he could not find any single instance” of this being allowed, and quoted the section on damages in Pothier’s *Law of Obligations*⁴² as proof of this. Connor J followed by supporting Harding CJ’s decision with extensive reference to Van der Linden’s *Institutes*. He noted that “[t]hough nothing seemed too small for this writer to notice, yet he did not mention interest on the judgment . . .”⁴³

Also in the name of Roman-Dutch law, the court decided on such diverse civil issues as the award of costs, the requirements for an interdict, the recusation of a judge, the capacity of a father to bring an action in his own name for the seduction of an emancipated daughter, the allowance of a child’s legitimate portion, the liability of co-debtors in provisional sentence, and the grant of letters of induction.⁴⁴ In the punishment of criminals, reference was made to the severe rules of Roman-Dutch law. Particular use was made of Van der Linden’s *Institutes*, which prescribes the death penalty for such crimes as theft (on a third

32 1859 Phipson 37.

33 *Natal Mercury* 1865-07-26.

34 *Times of Natal* 1866-08-04.

35 *Natal Courier* 1863-02-25.

36 *Natal Mercury* 1864-10-13.

37 *Natal Witness* 1861-08-02.

38 1868 *NLR* 268.

39 1868 *NLR* 146.

40 1859 Supreme Court 1/13/18 644 (Natal Archives).

41 English translation (anonymous) (1820).

42 Translation by Evans (1802).

43 *Natal Witness* 1859-09-16 and 30.

44 See e.g. 1846 *Finnemore’s Notes and Digest* 11 12 48 49; 1867 *NLR* 98.

conviction), housebreaking and theft, highway robbery, aggravated rape and sodomy.⁴⁵ On certain occasions, judges imposed death sentences for these crimes, while on other occasions they sued the Roman-Dutch law as a basis for lengthy prison sentences and floggings.⁴⁶

In this way, then, Roman-Dutch law remained an established feature of the law of Natal. But because of the tenuous foundation upon which it rested, differences sometimes emerged, especially between Harding CJ and Connor J, and in the absence of a deeply-rooted grasp of the law by any of the judges, the outcome of some disputes became a matter of chance. This was particularly evident on those occasions when the Court ventured to examine Roman-Dutch works untranslated from the original Latin. In *Smith v Lamport, agent of the assignees of Byrne*,⁴⁷ the question at issue was whether or not a servitude had been created over two pieces of land. Byrne had negotiated and agreed with the Government of Natal that one of the areas be set apart for outspan. Later, Byrne's agent laid out a village on part of both pieces of land and, in the plan displayed in his office, the one area was named the outspan, and the other was named "parsonage ground."⁴⁸ The court was directed towards the section on servitudes in Voet's *Commentarius*.⁴⁹ This stated that servitudes were established by "agreements and stipulations,"⁵⁰ but by way of qualification Voet noted that "by our customs such delivery must be made in solemn form *coram legi loci*" for the servient tenement to be burdened.⁵¹ Harding CJ, to whom Voet's work was a forbidding tome in a language he could not understand, was told of Voet's opening statement, and on the basis that the burdens on the two plots had been created "by convention and stipulation," he decided that a servitude existed over both areas. Connor J correctly pointed to Voet's qualification and, as the claims to outspan and parsonage had not been registered, decided that no servitude existed in law. However, he failed to carry the court with him fully: he had not as yet secured his reputation as an authority on Roman-Dutch law, and the only other Roman-Dutch sources he used to support his decision were Grotius's *Introduction* and Van der Linden's *Institutes*. It was left to Phillips J to cast the deciding vote: without any reference to Voet at all, he decided that the outspan was a charge on the land (as there had been a "dedication to the public" of this right), but that the claim to parsonage was not.⁵²

Thus, during the period 1858 to 1868 the Roman-Dutch law that was applied was often diluted and even debased. And, on a number of occasions, its fate was even worse: it was entirely overlooked in favour of English law or the judge's personal preferences. Examples of this will be presented and examined below.⁵³

In August 1868 Connor J returned from a year-long period of service on the Cape supreme court bench with a transformed attitude to Roman-Dutch law. He now appeared as the upholder of the primacy of Roman-Dutch law, referring

45 Van der Linden *Institutes* (translation by Henry) 343–358.

46 *Natal Mercury* 1865-07-01, 1867-01-29, 1869-02-27 and 1870-07-12.

47 1864 Supreme Court 1/5/60 851 (Natal Archives).

48 1864 *Finnemore's Notes and Digest* 50.

49 8 4 1.

50 "iisdemque constituuntur pactionibus atque stipulationibus."

51 "nostris moribus solenni ritu coram lege loci facienda est."

52 *Natal Mercury* 1864-03-08.

53 *infra*.

to it as “our law” or “the law of this country, which this Court had to administer.”⁵⁴ He repeatedly asserted the over-riding claims of Roman-Dutch law in the supreme court. For instance, in *Benningfield and Son v Guardian Assurance and Trust Company*⁵⁵ defence counsel excepted that the plaintiff had no right to sue the company by its trading name, as under English law it was necessary to sue all the members of the company, but Connor J dismissed the exception, saying:

“It was so in the English law, but was it so under the Roman-Dutch law? A firm was recognised as such under the latter law.”⁵⁶

On the firm basis that Roman-Dutch law was the prevailing law of Natal, Connor J now applied it with a range of authorities and a degree of learning not seen in the supreme court since Cloete J’s departure thirteen years before.⁵⁷ In *Button v Trustee Estate Archbell*⁵⁸ the applicant sought relief against her disinheritance in terms of her mother’s will. Connor J outlined the law relating to *querela inofficiosi testamenti*, the right of a mother to appoint a trustee by her will, and related matters. This examination was based, *inter alia*, on the *Digest*, *Institutes* and *Code*, comments by Accursius and Cujacius thereon, Groenewegen’s *De Legibus Abrogatis*, Van Leeuwen’s *Censura Forensis*, Voet’s *Commentarius*, Huber’s *Praelectiones*, Bynkershoek’s *Observationes*, Van der Keesel’s *Theses Selectae* and Pothier’s *Pandectae*.⁵⁹

Connor J was still obliged to use the English translations of Roman-Dutch works in the vernacular, such as Grotius’s *Inleiding* and Van der Linden’s *Koopmans Handboek*, but he now used these only as starting points, checking the validity of their translated words by referring to the opinions of other jurists on the same issues. In *Henwood v Brown*⁶⁰ the court heard an appeal from a decision of the resident magistrate of Durban, concerning the liability of a landlord towards his tenant for damage caused by visible defects in the thing let. Connor J noted that, in the court *a quo*, the tenant had relied upon a passage from Van der Linden’s *Institutes* which stated that a landlord is bound “to indemnify the lessee for all damages occasioned by any material defect in the thing let.” Connor J, in marked contrast to his earlier attitude to Van der Linden,⁶¹ observed that “one’s experience soon teaches one the danger of relying on a general proposition like that, without consulting the authority on which it is based.” He then analysed the authority (*D* 12 2 19 1) cited by Van der Linden, and the commentaries of Grotius, Wesenbeck and Voet on this text, and concluded that the landlord’s liability lay only for secret defects, not visible faults. Connor J held that the defect in question was of the latter kind, and so reversed the magistrate’s decision in favour of the tenant.⁶²

Connor J’s comprehensive analysis and command of the Roman-Dutch authorities enabled him to pinpoint differences amongst the jurists, and to give

54 1872 *NLR* 130 155.

55 1872 Supreme Court 1/5/77 1351 (Natal Archives).

56 1872 *NLR* 61. See also 1871 *NLR* 37; *Times of Natal* 1873-07-30.

57 See *supra*.

58 1868 Supreme Court 1/8/34 3204 (Natal Archives).

59 1868 *NLR* 319-324.

60 1869 Supreme Court 1/13/69 5779 (Natal Archives).

61 *supra* n 43.

62 1869 *NLR* 71-72.

reasoned judgments on the views to be preferred. In *Official Manager of Natal Fire Assurance and Trust Company v Loveday*,⁶³ concerning the liabilities of shareholders of a company, he rejected Voet's view "opposed as it is to what the more recent jurist of authority, Van der Keessel, lays down."⁶⁴ On the other hand, in *Weier v Union Steam Ship Company*,⁶⁵ where the central issue was the liability of the owner of a ship for damage caused by his pilot, Connor J preferred the "very high authority" of Bynkershoek to Van der Keessel's opposing statement.⁶⁶ In *Akerman v Colonial Government*⁶⁷ Connor J rejected an opinion of Voet on suretyship, and in so doing declared, in frank and forthright fashion, his general approach to the old authorities:

"Later writers than *Voet* have differed from several of his *dicta*. I have reckoned that *Van der Keessel*, in his short commentary on *Grotius*, expresses his dissent from *Voet* in upwards of forty instances, showing thereby that subsequent opinion and authority had not confirmed his views. Those who read the works of *Bynkershoek*, a judge of considerable eminence, and of the highest rank, know how little he valued the mere *dicta* of text writers; he says on one occasion *his magistris noli credere*, and on another *his hominibus os obturare esset otio abuti* (*QJ Pr* 1 13 and 15; *ib* 2 4 *med.*), nor does he himself, as a writer, escape criticism by *Van der Keessel*. It is ungracious for one to make these observations in reference to authors to whom we owe so much, but perfection in jurisprudence is the lot of few men – even jurists. This observation some, and not unfairly, would apply in higher legal quarters, but, as I remember observing here several years ago, when refusing to accept another conclusion of *Voet*, these jurists write as irresponsible theorists, and not as adjudicating on the rights of individuals; the mere fact, therefore, that some one jurist advances a proposition of law, does not establish it as such."⁶⁸

All the judgments quoted above to illustrate Connor J's command of Roman-Dutch law were concurred in by the rest of the court. Harding CJ supported Connor J's assertion of the primacy of Roman-Dutch law,⁶⁹ and sometimes he would be heard to quote other Roman-Dutch authorities in support of those presented by Connor J.⁷⁰ But, for the most part, Harding CJ's later statements on Roman-Dutch law were short and devoid of authorities. Especially in major cases, in the face of that Connor J's intimidating display of learning, he would often simply concur in a few sentences.⁷¹ This in turn meant that Phillips J's attitude mattered little, and in many instances he also simply concurred with the majority decision.⁷² The result was that Connor J's masterful expositions of Roman-Dutch law in the years 1868 to 1874 became an established part of the law in Natal, giving a firm, creditable basis to the law as a whole.

3 "ENGLANDER" LAW

The ordinance that had established Roman-Dutch law, as administered at the Cape, as the common law of Natal, had also allowed for this law to be "hereafter added to or altered . . . by any competent authority."⁷³ The statutes that were

63 1869 Supreme Court 1/8/36 3404 (Natal Archives).

64 1869 *NLR* 96.

65 1874 Supreme Court 1/8/54 5075 (Natal Archives).

66 1874 *NLR* 65–66.

67 1869 Supreme Court 1/5/75 1283 (Natal Archives).

68 1869 *NLR* 161.

69 1872 *NLR* 62.

70 1871 *NLR* 173. See also *Times of Natal* 1874-01-31.

71 See e.g. 1870 *NLR* 3 126 159.

72 See e.g. 1868 *NLR* 324.

73 Ord 12 of 1845 (Cape) s 1.

introduced in Natal in subsequent years did bring about considerable “addition” and “alteration,” especially by introducing the principles of English law. In passing the English-based laws, the local legislative council was, no doubt, acting in conformity with the views of the majority of White colonists, as expressed in the following editorial:

“Englishmen are generally found to have a predilection for English Law, hence the great satisfaction which has resulted upon every change made by our law makers in this colony, which brings the Roman-Dutch [law] to the proper standard.”⁷⁴

Ordinance 19 of 1845 which had incorporated English law in certain areas of the law of evidence, remained in force until February 1860.⁷⁵ Law 17 of 1859 then greatly extended the number of evidentiary matters where the English law was to be binding, and this law was later amended to reflect subsequent changes in the English law of evidence.⁷⁶ The English law was made to regulate, for example, the effect of admissions on or extrinsic to the record or pleadings.⁷⁷ Consequently, in *R v Petrie*⁷⁸ the court accepted an admission of the prisoner “on the general rule of law, that statements made by a person are admissible against him, and upon the authority of *Q v Scott* [reported in the *Law Journal*] . . .”⁷⁹

Statute also introduced the English institution of trial by jury in civil cases, and the enabling ordinance provided that “all matters” relating to this mode of trial not “expressly provided for” had to be determined according to “the law and usage of England.”⁸⁰ Thus, in *Lloyd v Colenso*,⁸¹ the court decided to uphold a nonsuit directed against the plaintiff at the jury trial, on the basis of English cases.⁸² And Phillips J justified the form of his addresses to juries on “the course seen adopted by the most eminent Judges at home”.⁸³

Then, the Law for the winding-up of joint stock companies⁸⁴ provided that all questions arising in the implementation of the law, and not specially provided for in the statute, were to be regulated “as near as may be” by the provisions of part of the English Companies Act of 1862.⁸⁵ As a result in *Re Natal Fire Assurance and Trust Company*⁸⁶ the court upheld the power of the official liquidator to make compromises of claims, after the applicant’s counsel had shown that under the English act this power was granted.⁸⁷

The effect of the statutory introduction of English law was confined not only to the specific legal issues mentioned in the enabling laws. English rules had a

74 *Natal Star* 1862-03-29.

75 *Natal Ordinances, Laws and Proclamations* I xiii.

76 Law 5 of 1870.

77 Law 17 of 1859 s 1(f).

78 1864 Supreme Court 1/8/12 1051 (Natal Archives).

79 1864 *Finnemore's Notes and Digest* 14. See also 1869 *NLR* 213.

80 Ord 7 of 1852 (Natal) s 15.

81 1859 Supreme Court 1/8/1 56 (Natal Archives).

82 Colonial Office 179/55: Harding CJ stated specifically that the ordinance bound him to the law of England (Natal Archives).

83 *Natal Mercury* 1864-10-13.

84 19 of 1866.

85 s 46.

86 1867 Supreme Court 1/8/26 2409 (Natal Archives).

87 *Natal Witness* 1867-05-03. See also the Insolvency Ordinance 24 of 1846 (Cape) s 36 and the Municipal Corporation Ordinance 1 of 1854 (Natal) s 89.

ripple effect, and were applied generally to matters relating to issues legislated upon. Significantly, in the law of evidence, Law 17 of 1859 was introduced to formalise the widespread use of English law, even in areas not specifically provided for by the ordinance of 1845. The law stated that it had “been the practice in the Courts of this Colony to follow the English rules of evidence;”⁸⁸ and, earlier in 1859, Connor J had admitted that the English law of evidence, generally as to manner and matter, was his guide as to what he admitted or rejected.⁸⁹ A specific example of this development was the approach of the court to documentary evidence. The ordinance of 1845 directed that questions of written evidence be governed by existing Cape Colonial law.⁹⁰ Yet, in *R v Moreland*,⁹¹ where the issue arose as to evidence by comparison with documents not already put in as evidence for other purposes during the trial, the point was argued and decided entirely within the confines of English rules.⁹² Law 17 of 1859 duly regularised this by declaring that English law of evidence apply to “[e]xtrinsic evidence explanatory of, supplemental to, or at variance with, any document.”⁹³ Again, in relation to the winding-up of companies, the court spread the influence of English law beyond that expressly provided for in the statute. The law restricted the Court’s use of English law to questions not provided for in the statute, and “not repugnant” to the law⁹⁴ yet, in *Official Manager Natal Fire Assurance and Trust Company v Loveday*⁹⁵ the Court refused to construe certain provisions of the statute “strictly literally” (because of the inequity which would result), and said it was “well warranted in making liberal use” of the section allowing for recourse to English law.⁹⁶

An extension of the influence of English law also took place where statutes which were modelled on English counterparts were enacted.⁹⁷ Here the court applied not only the English-based provisions of the acts, but also English decisions on the interpretation of their clauses. The Ordinance for the Regulation of the Sale of Wines and Spirits⁹⁸ was said to have been taken from “the tipping act at home.”⁹⁹ In *Watson v Wilkins*¹⁰⁰ the plaintiff sued for the balance of a hotel account. The defendant alleged that the plaintiff was barred from suing in terms of the ordinance which stated that the price of liquors sold in less than quart quantities was not recoverable. The Court rejected this defence, as decisions “at home” had held that the act did not apply to the case of the lodger supplied with small quantities of spirits.¹⁰¹ In *Clark and Pulleyn v Schenk*,¹⁰² also involving a local statute copied from an English act, Connor J specifically

88 Preamble.

89 *Natal Mercury* 1859-04-15.

90 See Ord 72 of 1830 (Cape) s 39.

91 1859 Supreme Court 1/8/1 23.

92 *Natal Witness* 1858-12-24 and 30.

93 s 1(w).

94 s 46.

95 1869 Supreme Court 1/8/36 3404 (Natal Archives).

96 Connor J said that this was because the statute involved “large questions of a commercial nature”: *NLR* 95.

97 See e.g. Law 3 of 1868 (Treasonable Offences Act).

98 Ord 9 of 1847 (Cape).

99 1868 *NLR* 184.

100 1868 Supreme Court 1/5/72 1219 (Natal Archives).

101 1868 *NLR* 184.

102 1873 Supreme Court 1/8/52 4875 (Natal Archives).

stated that “[w]hen the laws in this colony were similar to any English laws, we must avail ourselves of the doubts that have been raised and settled there in reference to them.”¹⁰³

The supreme court also acknowledged the power of the imperial parliament to issue legislation binding the colony. In *Re Du Toit*¹⁰⁴ the issue was the detention of a person under a local statute¹⁰⁵ on an offence allegedly committed in the Cape Colony. The Court found that the provisions of the local law conflicted with those of a British act¹⁰⁶ which regulated the apprehension of offenders in colonies other than where the offences were committed. The court held that, as the imperial legislature had absolute power of legislation for all the dominions, it was bound by the British act, and that therefore the local law had no effect.¹⁰⁷ Furthermore, the court declared on another occasion that the British crown retained the right to assert certain prerogatives in its colonies. In *Colonial Treasurer v Coetzee*¹⁰⁸ the Natal government sought provisional sentence for quitrent, due from 1860. The question arose as to the applicability of the local Prescription Act, which stated that suits upon liquid documents could not be brought after the expiration of six years.¹⁰⁹ The court held that the Crown was not bound by the terms of this law, by virtue of certain “recognised constitutional principles” of English law.¹¹⁰

Another channel of English legal influence was the Privy Council. This tribunal was the final court of appeal from decisions of the supreme court.¹¹¹ Because of this, the judges of the supreme court usually regarded all decisions of the council as being conclusive and binding on them.¹¹² This applied to judgments in appeals from colonies which had Roman-Dutch law as their legal system – here the Privy Council applied its own version of the “civil law” to the case in hand. In *London and South Africa Bank v Trustees Estate James*¹¹³ the court accepted the Privy Council’s decision that there was no need in the case of the mortgage of movables, for delivery of those movables, to constitute a sufficient security. This ruling was made in a judgment on appeal from Ceylon,¹¹⁴ and was based on the Council’s view of Roman law and on an admiralty court case, “contrary to the acknowledged acceptation of Voet.”¹¹⁵ Furthermore, the supreme court followed Privy Council decisions in appeals from colonies which did not have Roman-Dutch law, where the issues were decided on the basis of English statutes and cases. In *Rutherford v Lupkes*¹¹⁶ the court rejected the claim of the defendant, the master of a ship, for a lien over cargo to secure payment of a bill of lading. Connor J stated that this case was “ruled” by two Privy Council decisions, both

103 *Times of Natal* 1873-07-09.

104 1863 Supreme Court 1/8/9 770 (Natal Archives).

105 Law 17 of 1862.

106 26 and 27 Vict c 35 s 1.

107 *Natal Witness* 1863-09-25.

108 1872 Supreme Court 1/3/74 6050 (Natal Archives).

109 Law 14 of 1861 s 2.

110 1872 *NLR* 42.

111 Law 10 of 1857 s 39.

112 e.g. 1869 *NLR* 157.

113 1869 Supreme Court 1/5/74 1278 (Natal Archives).

114 *Tatham and McMinn v Andree and Christoffelsz* (1863) 1 *Moo PCC NS* 386 (138 *Revised Reports* 552-553).

115 1869 *NLR* 133.

116 1864 Supreme Court 1/5/62 922 (Natal Archives).

of which had followed appeals from New South Wales and been decided on the basis of English cases.¹¹⁷

Besides these factors which motivated recourse to English law, there were many others which English-speaking Natal colonists put forward. A correspondent to the *Natal Courier* urged the wisdom of applying English law in Natal, and remarked:

“The great majority of cases coming before the courts here are suits between Englishmen . . . the members of the bench here will be selected from the British bar and the best men that will ever arrive here will have, properly, to enter on a new study. There is no source in existence from whence lawyers educated in the Roman-Dutch law can be drawn to sit as judges in this colony . . . the law of England is daily going on, reports are published and learned men devote their energies and time to clear up difficulties. [English law] has kept pace with improvement and is adapted to the nineteenth century . . . [Roman-Dutch law] has long since ceased to move, even if not to exist, and thrusts on the people of 1861 the notions and ideas of the fifteenth century.”¹¹⁸

And the judges, in view of their background, training and attitudes, were responsive to the assistance that English law could offer. Harding CJ was heard to affirm his “respect [and] deference to the wisdom and the justice of the laws of England.”¹¹⁹ Connor J remarked that the English law of marriage was preferable to the local law, as “in England there had been such opportunities for defining that law and they had such detailed reports.”¹²⁰ Phillips J’s views were well-known: he viewed Natal as a place for Englishmen, an “English colony”, in which recourse to English law was a natural process.¹²¹ This attitude was reinforced by a disdain for Roman-Dutch law which periodically surfaced: on one occasion he “doubted whether the old authors weighed very carefully the words they used,” and even if they did, “no great weight” could be attached to them as circumstances had altered radically since their time.¹²² Meller and Cope AJJ also revealed a marked predisposition towards English law.¹²³

The result was that the supreme court bench applied English law even in areas where it was, strictly speaking, entirely unauthorised to do so. On occasions it did this to “flesh out” Roman-Dutch principles in a more modern environment. In *Murray and Burrill v Buck and Buck*¹²⁴ the defendants had agreed to act as sureties for one Buck, for the debts owed to the plaintiffs. Subsequently, Buck had assigned all his estate to the plaintiffs, and the question now arose as to whether the defendants had thereby been discharged as sureties. Connor J stated that the assignment constituted a case of novation, and from the Roman and Roman-Dutch authorities deduced the general principle that sureties had to bind themselves further expressly, to continue to be liable in respect of the novated obligation. But, on the question whether the defendant’s specific action was sufficient consent to continue his liability, Connor J turned to English case law

117 1864 *Finnemore’s Notes and Digest* 22. The two Privy Council cases were *How and Walker v Kirchner* (1856–1857) 11 *Moo PCC* 21 34 and *Kirchner Sharp and Waterston v Venus* (1859) 12 *Moo PCC* 361 371.

118 *Natal Courier* 1861-05-01: letter by “Anon”.

119 1867 *NLR* 60.

120 1869 *NLR* 151–152.

121 *Natal Mercury* 1861-04-04.

122 *Times of Natal* 1874-01-31.

123 *Natal Witness* 1861-08-02 and 1867 *Natal Law Reports* 107.

124 1870 Supreme Court 1/5/76 1331 (Natal Archives).

and Theobald's *Principal and Surety*. On the basis of these authorities he concluded that something more than that communicated by the defendant was required to render him liable.¹²⁵

Sometimes, guidance would be sought from English law where the court considered the Roman-Dutch authorities insufficiently conclusive. In *Estate Raw v Natal Bank*¹²⁶ the question arose as to whether title deeds could be pledged by mere delivery. Connor J noted that the Roman-Dutch jurists did not have a reference directly in point, but appeared to hold the opposite view. He then turned to Harrison's *Digest*, where Lord Lyttleton said that title deeds went with the land, and to Blackstone who said that deeds descended to the heir. He therefore concluded that title deeds could be pledged only in the way that immovable property was pledged.¹²⁷

Then, where the Court concluded that the Roman-Dutch law was completely silent on an issue, it would allow the case to be decided entirely according to English law. In *Natal Fire Assurance and Trust Company v Aldridge*,¹²⁸ the issue was whether an order for costs included those between attorney and client or only between party and party. The Attorney-General reported that he could find no Roman-Dutch authority, and so the court allowed the matter to follow the "decisions and practice of English courts in such case."¹²⁹

And, on regular occasions, the court went ahead and applied English law without offering or even indicating any justification for this. This applied especially in the spheres of pleading, procedure, interpretation of statutes, constitutional law, contract, and specifically English issues ranging from horse-jumping to matters affecting the Anglican church.¹³⁰ So noticeable was this tendency prior to Connor J's permanent return in late 1868, that a correspondent was moved to write (with some hyperbole) that, while "Roman Dutch law was supposed to be the law of Natal, judges have been known to rely entirely upon English law and to decide cases invariably upon the principles of that system."¹³¹ Thus, for example, in *Boshof v Lotter*¹³² the majority of the court decided upon the concept of *causa* entirely in the light of the English notion of consideration.¹³³ While this tendency decreased in the latter part of the Harding era, instances of ready recourse to English law continued to surface.¹³⁴

4 "AFRICANDER" LAW

The system of Roman-Dutch law which Ordinance 12 of 1845 had introduced into Natal was that "accepted and administered by the legal tribunals of the Colony of the Cape of Good Hope."¹³⁵ On a number of occasions the supreme

125 1870 *NLR* 157-158.

126 1866 Supreme Court 1/5/68 1084 (Natal Archives).

127 *Natal Witness* 1866-11-09.

128 Supreme Court 1/8/47 4533 (Natal Archives).

129 1872 *NLR* 70.

130 See e.g. *Natal Witness* 1860-02-03 1861-04-02 1863-12-04 and 1866-01-05; 1870 *NLR* 539.

131 *Natal Witness* 1868-12-15.

132 1858 Supreme Court 1/5/49 571 (Natal Archives).

133 *Natal Witness* 1858-08-20.

134 See 1871 *NLR* 144; 1872 *NLR* 143-144.

135 Ord 12 of 1845 (Cape) s 1.

court indicated its willingness to accept guidance from the decisions of the Cape supreme court, especially those outlined in *Menzies' Reports*. This applied particularly in procedural and provisional matters. Thus, in *Behrens v Ferreira*¹³⁶ the majority of the court accepted the Cape approach that provisional sentence be refused where a promissory note had been signed by an agent *qq* the defendant, and no power of attorney had been produced to render the latter liable.¹³⁷

At the same time the supreme court would depart from the Cape precedents where it saw fit. For instance, in *Ex parte Raw and Wilkinson*¹³⁸ the court granted letters of induction where it was shown that these were sanctioned by Roman-Dutch law, even though they had not been granted in the Cape Colony. Harding CJ rejected the argument that because a law was not applied at the Cape it should not exist in Natal, as "an absurdity."¹³⁹ This independent approach was very much to the fore in the period 1863 to 1867, which was marked by recurrent displays of ill-feeling between Natal colonists and their Cape counterparts.¹⁴⁰

But, especially after the return of Connor J from the Cape in August 1868, there was a more apparent willingness to heed the precedents of the Cape Court. In a judgment given only four months after his return, Connor J quoted his own judgment, concurred in by the majority of the Cape court, in order to explain a proposition on tacit hypothecs stated in the old authorities.¹⁴¹ Indeed, in the ensuing years the court, especially on the direction of Connor J, came to regard Cape cases and precedents in *Menzies' Reports* virtually as an extension of Natal's own line of decisions.¹⁴² And the court showed a preparedness to follow Cape precedent even where it departed from the provisions of Roman-Dutch law. In *London and South Africa Bank v Official Liquidator Natal Investment Company*¹⁴³ Connor J noted that the Roman-Dutch law required similar formalities for cession of mortgages as for transfer of the *dominium* of land. Then he stated simply that "[i]n the Cape Colony, however, . . . these formalities are not required in that case" and duly applied the Cape ruling.¹⁴⁴ The result was that, while some differences between the Cape and Natal legal systems remained (as a carry-over from the period prior to 1861), Cape legal practice played an important role in the law of Natal.

A second source of "Africander" law came from Natal itself. This included the stream of statutes that emanated from the local legislature, which reflected various needs to regulate peculiarly local conditions.¹⁴⁵ In interpreting and implementing these statutes, the usual approach was, as Connor J stated, to apply the "natural and ordinary meaning of the words used."¹⁴⁶ In *Colonial Treasurer v Coetzer*,¹⁴⁷ where the Colonial Government sued for quitrent in terms of Law

136 1858 Supreme Court 1/13/17 571 (Natal Archives).

137 1858 *Phipson* 6.

138 1865 Supreme Court 1/8/15 1319 (Natal Archives).

139 *Natal Mercury and Natal Courier* 1865-04-05.

140 See *Natal Witness* 1863-09-04; *Natal Mercury* 1864-12-27 and 1865-11-16.

141 1868 *NLR* 322.

142 See 1869 *NLR* 94; 1872 *NLR* 59.

143 Supreme Court 1/5/76 1315 (Natal Archives).

144 1871 *NLR* 5 (here he quoted from *Menzies' Reports*).

145 e.g. the Masters and Servants Ordinance 2 of 1850 (Natal) and the Gunpowder Law 12 of 1862.

146 *Times of Natal* 1874-02-04.

147 *supra* 102.

12 of 1869, Harding CJ upheld the claim, noting that “it was not for him to question the wisdom, or otherwise, of a measure of that kind, he had simply to administer the law as he found it.”¹⁴⁸ But, especially in the interpretation of penal statutes, the court would insist on a restrictive approach, “attending scrupulously” to the statutory provisions.¹⁴⁹ In *Gelder v Clerk of the Peace*¹⁵⁰ the court reviewed the decision of a magistrate to convict and sentence an importer of guns for delaying registration of the guns for three days, in terms of Law 9 of 1857. The court found that, owing to certain ambiguities in the act, the charge had (technically speaking) been made in terms of the wrong section of the act. Connor J declared:¹⁵¹

“[T]his law creates new offences, and restrains what without it would be a natural right. On all these grounds it is perfectly well settled, that it is to be construed strictly. It is not to be understood by that that the court is not to give to the enactments the meaning which their language fairly bears, but the rule prevents the Court I apprehend from helping contradictions, ambiguities and omissions, for the purpose of supporting a conviction . . . we are not to extend our charity to the framers of the legislature so far as to help uncertain provisions by certain convictions.”

Another source of “local input” was the amalgam of subjective views and preferences that entered the judgments of the supreme court bench. Many of the disputes which came before the court involved issues of fact, and were resolved by the exercise of “judicial discretion.”¹⁵² This was evident in applications, for example, for rehabilitation, or for the discharge of certain interdicts, where the judges had simply to decide whether or not the applicant personally merited the grant of his plea.¹⁵³ In trial actions, repeatedly references were made to “common sense,” “instincts,” and the “equities” of the case in hand.¹⁵⁴ Again, in reviews, use was made of “feeling” as to whether justice had been done in the lower courts.¹⁵⁵

In issues involving questions of law, the court was heard to speak of its “‘inherent right’ to do justice, when the local law, Roman-Dutch law or Westminster law made no provision.”¹⁵⁶ Thus, in *Re Estate Lean*,¹⁵⁷ where the applicant claimed a tacit hypothec for expenses involved in building a new house, the law was found to be silent on the issue. Connor J, in delivering the judgment of the court, said that the claim did not give rise to a real security, on the common sense basis that “you trust a man personally when you lend him money to build a new house.”¹⁵⁸

The attitudes of the judges were partly dictated by their own private views and assessments. In *Moolman v Clerk of the Peace*,¹⁵⁹ where the court reduced a fine imposed by a magistrate on a white farmer for the assault of his black servant, Harding CJ said that “every one who knew the manners and character

148 1872 NLR 43.

149 *Times of Natal* 1873-10-04.

150 1861 Supreme Court 1/13/21 786 (Natal Archives).

151 *Natal Mercury* 1861-04-11.

152 1872 NLR 74.

153 See e.g. 1867 NLR 133.

154 1870 NLR 44 117; 1872 NLR 17.

155 1870 NLR 2.

156 *Natal Witness* 1866-01-26.

157 1866 Supreme Court 1/8/23 2122 (Natal Archives).

158 *Times of Natal* 1866-09-15.

159 1873 Supreme Court 1/13/76 6152 (Natal Archives).

of Kafir servants must have gleaned from the evidence that this one was a very insolent and disobedient fellow."¹⁶⁰ In *Brown v Tarboton*¹⁶¹ Cope AJ refused an application for a new trial, as he knew that the plaintiff was a poor man, and thought that "any fresh litigation might be as faulty as this appeared to be."¹⁶²

Then, the views which the judges incorporated into their judgments were also shaped by the desires and needs of the society in which they operated. That the judges took cognisance of the views of Natal colonial society was indicated by their desire, evident on occasions, to avoid decisions that would place them in a bad light. In *Meek v Gumbinski*,¹⁶³ where the court refused an application to stay further proceedings on the ground that the defendant was alleged to be a lunatic, Phillips J "thought the court would be laying themselves open to comment, to say the least of it, if they adopted such a course."¹⁶⁴ The result was that court decisions were sometimes dictated by the effect, which the judges perceived, their judgments would have on the local community. In *Re Salomons and Escombe*¹⁶⁵ Connor J said that only a conditional order for rehabilitation would be granted, as otherwise "we should be setting a bad example to the rising community, and acting unfairly towards those young men who are acting fairly and rising steadily."¹⁶⁶ Rather more debateable than this reasoning was the decision of Phillips J to refuse an application for a new trial in *Ballan v Harper*,¹⁶⁷ a steeplechasing dispute, because:

"[I]t was to be deplored that dissension should be sown in the ranks of sporting men. If the work of splitting the community into factious sections were thus continued, the result would inevitably be that we should be converted into so many recluses."¹⁶⁸

On occasions, both private opinions and public policy considerations would enter into the same judgments. In *Townsend v Bond*,¹⁶⁹ a review of the Master's taxation of costs incurred in a provisional case on a cheque, the court disallowed costs of notarial protest. The court's ostensible reason for its decision was that Roman-Dutch law did not expressly require the protesting of cheques and notes.¹⁷⁰ However, the more fundamental reasons had emerged in earlier debates in court on the question of notarial protests of promissory notes. Phillips J then declared his personal aversion to protesting by saying: "I think the protest is a sham. It is no use at all."¹⁷¹ Connor J recalled his personal knowledge of the machinery of the Court of Chancery, which had "[ground] the property of the country into costs."¹⁷² And all the judges were apparently influenced by the campaign amongst colonists against the alleged exploitation of the public through lawyers' fees.¹⁷³

A final local component of the law applied in the supreme court was its own judicial precedent. Especially in the latter part of the Harding era, the judges

160 *Times of Natal* 1873-07-30.

161 1868 Supreme Court 1/8/31 2899 (Natal Archives).

162 1868 *NLR* 178.

163 1872 Supreme Court 1/8/47 4489 (Natal Archives).

164 1872 *NLR* 39. See also 1869 *NLR* 54.

165 1863 Supreme Court 1/8/10 829 (Natal Archives).

166 *Natal Courier* 1863-12-04.

167 1864 Supreme Court 1/8/11 956 (Natal Archives).

168 *Natal Mercury* 1864-04-08.

169 1863 Supreme Court 1/8/7 573 (Natal Archives).

170 *Natal Witness* 1863-01-30.

171 *Natal Witness* 1863-01-09.

172 *Natal Witness* 1863-01-23.

173 *Natal Mercury* 1862-12-04 and 19.

would frequently quote previous decisions of the court as authority for their judgments.

However, a major problem in this regard was the absence of properly collated and published law reports, during the entire district-court era and much of the supreme court era under Harding. Throughout these periods newspapers, especially the *Natal Witness* and later the *Times of Natal*, regularly published proceedings of the court and sometimes produced *verbatim* reports of judgments. Overall, there appeared little reason to doubt the accuracy of these publications. When Phillips J was asked, in 1859, to certify a newspaper report of his remarks from the bench, he freely accepted it as a faithful record of what he had said.¹⁷⁴ On occasions, judges would release copies of their judgments to the press,¹⁷⁵ and comparison of press reports of judgments with handwritten judgments preserved in the supreme court records indicates little difference.¹⁷⁶ But, the newspaper reports were not collected together and officially published as reports for general reference, and so their use by lawyers and judges of the time was limited.

The judges themselves preserved record of cases that were heard by them: these included notes of the arguments of counsel, and the judgments of the court, including *ratio decidendi*.¹⁷⁷ Cloete J, when he left Natal, took his notebooks with him, and they were never officially published.¹⁷⁸ But, in 1858, shortly after the establishment of the supreme court, Harding CJ and Phillips J commenced a programme to publish their notes of cases. They suggested to the sheriff, Thomas Phipson, that he prepare reports, based on their notes, subject to the revision of Phillips J. The expense of printing was to be defrayed by the judges and the attorney-general, with the promise from members of the bar that they would subscribe each year towards the reports. However, contributions were not forthcoming, and, after reports covering only the months May 1858 to July 1859, the scheme was abandoned.¹⁷⁹

During the period January 1860 to January 1867 – excluding the intervals when he was absent from Natal – Connor J condensed the important cases heard before the court and produced manuscript copies of significant decisions for use by the judges. Free access was offered to outsiders for perusal, and copies were sometimes circulated.¹⁸⁰ But these reports were not printed and published until 1880, when they were released with Connor CJ's permission and under direction of the Natal Law Society.¹⁸¹

It was only from August 1867 that Natal received the benefit of fullsome, sustained, published law reports. From July 1867, Keith and Company, the

174 He said that both newspaper reports of his address were substantially correct, and that the one he had endorsed "may as against myself be taken *verbum pro verbo*" (Colonial Secretary's Office 15 of 3 December 1859 – Natal Archives).

175 *Natal Mercury* 1858-05-20: reproducing Harding CJ's judgment in *Hodgson v Palmer* 1858 Supreme Court 1/5/51 596 (Natal Archives).

176 e.g. compare Cloete J's judgment in *Van Staaden v Green* 1853 Supreme Court 1/5/33 327 (Natal Archives) with the report in *Natal Witness* 1853-03-11.

177 *Natal Mercury* 1863-07-14.

178 *Natal Witness* 1863-07-10.

179 *Natal Witness* 1863-07-31: letters of Phipson. See also Kahn "The Finding of Phipson's Reports" 1972 *SALJ* 246–248.

180 *Natal Mercury* 1863-07-14.

181 *Finnemore's Notes and Digest*: Preface.

proprietors of the *Times of Natal*, employed the services of William Morcom¹⁸² to record the bulk of civil business in term time, and to publish his reports in the month following.¹⁸³ These reports were repeatedly lauded by judges, lawyers and the public.¹⁸⁴ But by April 1871 they had become prey to a falling subscriptions, and they finally ceased in November 1872.¹⁸⁵ The proceedings and judgments of the rest of the Harding era were to be published, in severally limited form, only in 1881.¹⁸⁶

The result was that, during the Harding era, the judges (and advocates) had a rather patchy impression of the course of judicial decisions in Natal from 1846. But the court regarded precedent as "strong" authority and, where it could, it generally adhered to a policy of following previous decisions. The court usually adopted Connor J's maxim that "[a] decision of the court precisely in point, must be followed."¹⁸⁷ In the early years, the court sometimes acted on the word of Harding CJ, as to established practices.¹⁸⁸ By the early 1860's, the court relied mainly on the notes compiled by Connor J, and decisions were regularly given "on the authority of" specific cases in his manuscripts.¹⁸⁹ After the appearance of Morcom's law reports, advocates and judges frequently based their arguments on these readily accessible authorities.¹⁹⁰ Previously decisions were accepted as binding, even by judges who had not been party to the earlier judgments. In *Natal Fire Assurance and Trust Company v Pinsent*¹⁹¹ the applicant prayed for the respondent to stay execution in the matter, pending an appeal to the Privy Council. Connor J noted that the majority of the court (himself dissenting) had laid down *ex cathedra* that there was to be no execution unless there were indications that the party would lose the benefit of his judgment. He therefore held that the same course had to be followed in the present case.¹⁹² And the court sometimes followed precedents even where these were out of line with Cape, English and Roman-Dutch law.¹⁹³ In *Westley Richards and Company v Stuart*,¹⁹⁴ the plaintiff's counsel excepted to the defendant's claim in reconvention. He quoted Van Leeuwen as saying that the claim in reconvention ought to be of the same right, whereas here the plaintiff's claim was a matter of debt and the defendant's was a matter of damage arising from breach of contract. Connor J pronounced the decision of the Court as follows:¹⁹⁵

182 Morcom (1846–1910) worked for the press in Natal during the period 1866–1872. He later became an advocate and attorney, Attorney-General and Minister of Justice in Natal (*Dictionary of South African Biography* vol 2 494).

183 *Natal Mercury*, 1867-08-24.

184 *ibid.* See also *Natal Mercury* 1870-05-05 and 1871-05-04.

185 *Natal Colonist* 1871-04-21; *Times of Natal* 1873-03-29.

186 1873 *NLR*: Preface. Only eleven judgments were published for the period January 1873 to April 1874.

187 1863 *Finnemore's Notes and Digest* 43.

188 1860 *Finnemore's Notes and Digest* 1.

189 1864 *Finnemore's Notes and Digest* 41 45.

190 1869 *NLR* 96 219. In April 1871 Phillips J was moved to remark, after a day's session, on "the repeated references which had been made to the Law Reports" *Natal Mercury* 1871-05-04).

191 1870 Supreme Court 1/8/40 3771 (Natal Archives).

192 1870 *NLR* 29.

193 1869 *NLR* 184; 1872 *NLR* 62.

194 1872 Supreme Court 1/5/79 1377 (Natal Archives).

195 1872 *NLR* 37.

“[H]e thought the Roman-Dutch and Roman Law authorities might go to show that conventional claims were carried further now than in the olden days, but it would subvert all the practice of this Court not to allow the claim in reconvention in this matter.”

5 CONCLUSION

It is evident from the above outline that the law applied in the Natal supreme court was drawn from a wide range of sources. On occasions, especially in the early years, this medley of sources did produce considerable confusion, as the correspondent to the *Times of Natal* complained.¹⁹⁶ In 1858–1859 the supreme court heard three cases arising out of the same cause of action, the robbery of the Colony’s treasury chest, and “produced such conflicting results that it was almost impossible to discover what governing principle prevailed in Natal’s Supreme Court.”¹⁹⁷ In *Symons v Foster*,¹⁹⁸ where the majority of the court relied heavily upon English case law, the defendant was condemned to pay fifty pounds’ damages for a slanderous allegation that the plaintiff had committed the robbery. In *R v Moreland*,¹⁹⁹ where the court reluctantly accepted that slander was a crime by Roman-Dutch law (contrary to English law), but where the presiding judge was (pro-English law) Phillips J, the defendant was sentenced to pay a fine of only twenty shillings. Then, in *Allen v Akerman*,²⁰⁰ an action for damages for a libellous publication on the robbery, Connor J used the judicial prerogative supported by Roman-Dutch law, of urging parties to reach a private settlement. As a result, the defendant agreed to apologise, pay his own costs, and contribute thirty pounds towards the plaintiff’s costs.

Another indication of the confusion in the law was the recurrence of split decisions, especially in the early years of the supreme court.²⁰¹ In *Ogle v Buchanan*²⁰² the court had to decide on the validity and consequences of a marriage between an Englishman and black woman, celebrated according to a “Native law” in Natal, prior to the introduction of Roman-Dutch law in 1845. Harding CJ and Connor J each combined their personal views of marriage with their own understanding of Roman-Dutch law and relevant statutes. Both agreed that a lawful marriage had come about, but they differed as to its consequences: Harding CJ stated that it could not be according to Roman-Dutch law of community of property, while Connor J argued that it was. Phillips J, admitting that his judgment was based on his “own individual reasoning” and “unaided by anything approaching to precedent,” held that a valid “marriage” in the accepted sense had not come about. But, he added, as the majority of the court had decided that there was a marriage, he would support Connor J’s conclusion that the marriage was in community.²⁰³ On this basis, judgment was awarded in favour of the plaintiff, the widow – causing one commentator to remark: “Was ever such a rope twisted from such a yarn?”²⁰⁴

196 *supra* n 1.

197 *Natal Witness* 1859-04-08.

198 1858 Supreme Court 1/5/50 591 (Natal Archives).

199 *supra* n 95.

200 1859 Supreme Court 1/5/53 637 (Natal Archives).

201 *Natal Witness* 1859-04-08.

202 1863 Supreme Court 1/5/57 757 (Natal Archives).

203 *Natal Courier* 1863-02-12 20 and 25; *Natal Mercury* 1863-03-20.

204 *Natal Courier* 1863-04-01: editorial of *Grahamstown Journal*.

But by the closing years of the 1860s, the law had come to assume a more settled look. Roman-Dutch law was established on a firm foundation, and English law was increasingly used as an aid rather than a disruptive substitute. Cape precedents were freely looked to for guidance, the law reports of 1867–1871 helped to bring uniformity to the law and, overall, the logical, rational approach of Connor J gradually predominated. By March 1870 a correspondent could write that the multi-faceted law of Natal was

“now advancing towards something like method . . . Mr Keith’s Natal Law Reports are very helpful in this good work. Efforts more or less intelligent, and more or less successful, are being from time to time made to incorporate with the law of the colony some of what are deemed to be the best features of the English system.”²⁰⁵

205 *Natal Witness* 1870-03-08.

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 DJ Joubert
Sameroeper Publikasiefondskomitee
Vereniging Hugo de Groot
Posbus 1263
PRETORIA
0001

Die invloed van die eksistensialisme op die regsfilosofie en regswetenskap

Anton P Trichardt

B lur LLB

Departement van Justisie

SUMMARY

The Effect of Existentialism on Legal Philosophy and Legal Theory

Existentialism is one of today's most well-known and widely used terms. Unfortunately existentialism cannot be easily defined. One tends to place existentialism in the same sphere as other "isms," but, strictly speaking, existentialism is not at all a philosophy in the traditional sense. Existentialism has had a negative influence on legal science and philosophy. It is the arch-enemy of systematization. In the wake of Nietzsche's rejection of Platonic philosophy, existentialism has been left with the rejection of absolute values. The existentialists are left with Aristotelian philosophy with its emphasis on particulars. The result is that all values are relativised. No legal system can exist without absolute values. It has also become apparent that existentialism has lost its momentum.

1 INLEIDING

Eksistensialisme is in die huidige filosofiese denke seker een van die bekendste en mees omstrede begrippe.¹ Die algemene publiek is redelik bekend met sommige van die leidende denkers wat as eksistensialiste geklassifiseer word, onder andere Sartre, Camus en Kierkegaard. Die basiese begrippe van die eksistensialisme het in ons gedisorïenteerde eeu tot clichés gedegeneer.² Die groot romanskrywers van die laat negentiende eeu en vroeë twintigste eeu wat met die eksistensialistiese tradisie vereenselwig word, te wete Dostojefsky, Tolstoy en Kafka, word wêreldwyd gelees.³ Verskeie film regisseurs, te wete Bergman, Antonioni en Resnais, om 'n paar te noem, het met nuwe tegnieke 'n eksistensialistiese tema in hulle films geprojekteer.⁴ Tog,

"despite this accessibility and familiarity, anyone who attempts to acquire a comprehensive and unified view of existentialism soon discovers that there is no royal road to follow, only a labyrinthine path disconcertingly strewn with paradoxes."⁵

1 De Vos *Inleiding tot die Wijsbegeerte* (1975) 227.

2 Gill & Sherman *The Fabric of Existentialism* (1973) 3.

3 Cook *Blind Alley Beliefs* (1979) 98.

4 Gill & Sherman 4.

5 Gill & Sherman 4.

2 DIE AARD VAN EKSISTENSIALISME

Dit is paradoksaal dat eksistensialisme, wat ten nouste verband hou met die onmiddellike werklikheid van menslike ervaring, "should have such an abstract and highly forbidding label."⁶ Die begrip is moeilik om te omskryf. Mens voel geneig om dit te plaas in dieselfde kader as vele ander "ismes" in die filosofie, te wete Thomisme, Marxisme, positivisme, ensovoorts – almal bepaalde sisteme met basiese begrippe, leerstellings en tegnieke wat geredelik omskryf en bepaal kan word. Eksistensialisme is nóg 'n sisteem nóg 'n credo en ten spyte van voor-aanstaande individue soos Sartre, "no single thinker functions as its canonical spokesman in the way, for example, Aquinas, Kant and Hegel do for their adherents."⁷ Hoewel die begrip eksistensialisme eers bekendheid verwerf het toe Jean-Paul Sartre en Albert Camus in hulle romans en dramas gewys het op "modern man's metaphysical predicament and moral anguish,"⁸ word dit algemeen aanvaar dat Søren Kierkegaard die vader van eksistensialisme is, welke begrip uitgebou is deur Karl Jaspers en Martin Heidegger.⁹ Alhoewel Heidegger, Sartre en Camus die onmiskenbare navolgers van Friedrich Nietzsche is, toon hierdie beeldstomer 'n merkwaardige affiniteit met Kierkegaard.¹⁰

Die stamboom van eksistensialisme toon 'n verdere paradoks: al die denkers wat alreeds genoem is en as eksistensialiste geklassifiseer is, verskil radikaal met mekaar oor belangrike vrae. Die belangrikste vraag waaroor daar 'n radikale verskil van mening is, is die vraag oor die bestaan en wese van God. Kierkegaard was 'n toegewyde Christen, terwyl Heidegger, Nietzsche en Sartre ateïste was.¹¹ Die hooffigure het in die twintigste eeu so skerp verskil oor die kwessie van godsdiens en ongeloof dat die toepassing van dieselfde begrip eksistensialisme op verskillende denkers soos Heidegger, Sartre, Buber en Tillich ietwat van 'n goëltoertjie verg. Sartre het homself aanvanklik as 'n fenomenoloog beskou en dit was eers nadat Gabriel Marcel na hom as 'n eksistensialis verwys het, dat hy die benaming aanvaar het.¹² Toe Sartre, die militante ateïst, hierdie benaming aanvaar het, het Marcel en Heidegger dit op hulle beurt gerepudieer. In die jare voor sy dood het Sartre die waarde van eksistensialisme bevraagteken en hom na Marxisme gewend.¹³

3 DIE INHOUD VAN EKSISTENSIALISME

Die vraag ontstaan of eksistensialisme, gesien sy paradoksale aard, van enige waarde is. Gill en Sherman,^{13a} verwysende na die onderlinge verskille tussen die eksponente van eksistensialisme, meen egter dat hulle

"clearly constitute a family of minds, related by an abiding and even obsessive concern with certain philosophic themes and issues that can never, they maintain, be comfortably resolved within the framework of a closed rational system. The quarrel they have with one another remains a family quarrel."

6 Gill & Sherman 4.

7 Gill & Sherman 4.

8 Gill & Sherman 4.

9 Solomon *From Rationalism to Existentialism* (1970) 1.

10 Gill & Sherman 5.

11 Solomon 1.

12 Gill & Sherman 5.

13 Solomon 320.

13a 6.

Om enigsins by 'n omskrywing van eksistensialisme uit te kom, sal dit nodig wees om te wys op sekere temas wat die inhoud van eksistensialisme bepaal. Daardie temas is kortliks –

3 1 Die voortrefflikheid van die indiwidu

In navoring van Kierkegaard het eksistensialisme sonder uitsondering die indiwidu as uitgangspunt geneem en die onmiddellike subjektiewe ervaring van die indiwidu die bron van filosofiese kennis gemaak. In sy boek, *The Tragic Sense of Life*, het Miguel de Unamuno op die heel eerste bladsy verklaar dat “the subject and supreme object of all philosophy is really *el hombre de carne y hueso*, ‘the man of flesh and bone.’”¹⁴ Die rede vir hierdie beklemtoning van die indiwidu is basies dieselfde by alle eksistensialiste. Die stelsels van tradisionele filosofie en moderne wetenskap het, volgens hulle, die mens gereduseer tot 'n blote abstrakte begrip.¹⁵ Die basiese begrippe en metodes van Westerse denke, klassieke sowel as moderne, word verwerp.¹⁶ Eksistensiële waarheid is nie iets wat ontdek en besit moet word nie, maar dit moet in die persoonlikheid van die filosoof beliggaam word.¹⁷

“In sum, it must be said that his insistence on the primacy of the individual is undoubtedly the most powerful and germinal aspect of the whole movement.”¹⁸

3 2 Kritiek op die rede

In hulle geskifte ondermyn eksistensialiste die Westerse beeld van die mens as 'n rasionele dier. Die gevolg is dat hulle heel dikwels aangesien word as voorstanders van irrasionalisme.¹⁹ Die ware teken van die eksistensialiste se kritiek is egter nie die rede as sodanig nie,

“but what is deemed the failure of the proponents of rationalism, whether of classical or modern varieties, to do justice to the disturbing complexities of man's nature and their reluctance to consider the demonstrable incapacities of reason when faced with the inescapable contradictions and often tragic paradoxes of human existence.”²⁰

Rasionaliteit is nie die enigste eienskap van die mens nie. Pascal, 'n erkende voorloper van die moderne eksistensialiste, het hom verset teen die omskrywing van die mens met verwysing na 'n enkele vermoë. Sy uitgangspunt was: “The nature of man is his whole nature, *omne animal*.”²¹ Die verheerliking van die menslike rede ten koste van sy ander eienskappe veroorsaak 'n tweespalt met 'n gevolglike spanning in die mens. Indien die rede slegs 'n onderdeel van die

14 Gill & Sherman 14 “The man of flesh and bone; the man who is born, suffers and dies – above all, who dies; the man who eats and drinks and plays and sleeps and thinks and wills; the man who is seen and heard; the brother, the real brother.”

15 Gill & Sherman 14: “Thus he becomes the ‘rational animal’ of Aristotle, the *homo economicus* of Adam Smith, a Marxian specimen of class – consciousness and so on.”

16 Solomon 1; Gill & Sherman 15.

17 Sartre *Existentialism and Humanism* (1980) 45. “But the subjectivity which we thus postulate as the standard of truth is no narrowly individual subjectivism, for as we have demonstrated, it is not only one's own self that one discovers in the *cogito* but those of others too . . . Thus the man who discovers himself directly in the *cogito* also discovers all the others, and discovers them as the condition of his own existence.”

18 Gill & Sherman 16.

19 Van Zyl & Van der Vyver *Inleiding tot die Regswetenskap* (1982) 89.

20 Gill & Sherman 16.

21 Gill & Sherman 17.

mens se totale natuur is, dan is die rasonale vervulling van die mens, volgens die eksistensialiste, nie genoegsaam vir 'n volwaardige en outentieke lewe nie.²²

3 3 Die outentieke en nie-outentieke lewe

Die begrippe "outentieke" en "nie-outentieke" is deur Heidegger gebruik om twee heeltemal teenoorgestelde lewenswyses te beskryf. 'n Nie-outentieke bestaan is een waarin die mens nie waarlik homself is nie. Hierdeur verloor hy sy individuele identiteit. Hy verval in 'n sielododende gewoonte, terwyl sy verhouding met ander onpersoonlik word.²³ Daarenteen,

"the authentic mode of existence is one in which the individual consistently strives to obtain self-awareness and, rather than keeping safe and customary paths inherently alien to him, chooses to realize his own true self."²⁴

3 4 Die grenssituasie

Die mens wat nie-outentiek bestaan, leef voort in salige onkunde van die werklikhede wat om hom plaasvind. Daar kom egter tye wanneer hy met die werklikheid gekonfronteer word. Hierdie omstandighede waarin die mens met die werklikheid gekonfronteer word, word deur Jaspers "Grenzsituationen" genoem.²⁵ Die tipiese grens-situasies is toevalligheid, keuse, skuld en veral die dood.²⁶

3 5 Vervreemding

Die tekortkoming van suiwer rasionalisme, die futiliteit van die nie-outentieke bestaan en die leegheid van die grenssituasie word vergesel van 'n gevoel van volslae vervreemding van enige sosiale, morele of metafisiese werklikheid. Die mens voel homself volslae vreemdeling in die wêreld. Hy is vervreem van die samelewing, die natuur en van God.²⁷ Anders as Marx wat die mens as vervreem van sy materiële omstandighede gesien het, het Kierkegaard daarop gewys dat materiële vervreemding slegs 'n simptoom van iets veel dieper is. Dit is die vervreemding van medemens – die gemeenskap. Die verlies aan sosiale gemeenskap word vererger deur die mens se vervreemding van die natuur.²⁸

22 Gill & Sherman 17.

23 Gill & Sherman 20: "[T]he inauthentic man makes no attempt to establish true communion with the 'I' of his own self and the 'Thou' of another's but instead preserves his detachment by exploiting the other as an 'It' as an object or thing."

24 Gill & Sherman 20

25 Gill & Sherman 22.

26 Gill & Sherman 24: "Paradoxically, as the last challenge to pursue true selfhood, death may itself become a call to life. For this reason, rather than any compulsive morbidity or sensationalism, the existensialists have made death one of their constant themes."

27 Gill & Sherman 25.

28 Gill & Sherman 26.

Die mens se vervreemding van God is vir die eksistensialiste die mees fundamentele vorm van vervreemding.²⁹

3 6 Die ontmoeting met nietigheid

Die mens se vervreemding het 'n volslae gevoel van nietigheid of "niksheid" tot gevolg.

3 7 Angs

Die ontmoeting met "niks-heid" wat geopenbaar word deur ang, vererger ang. Hierdie ang is nie die gewone nie, dis vrees vir die onbekende. Dit is al omskryf as "the state in which man is aware of his own possible non-being."³⁰ Die ergste vorm van ang vir die eksistensialis is wanhoop.

3 8 Vryheid van keuse, verpligting

Daar is by die mens die gevoel van ang en 'n geweldige verantwoordelikeheidsin wat by die ontmoeting met die "niks-heid" ontstaan – wanneer hy 'n keuse moet maak. Dit is op so 'n tydstop dat die mens gedwing word om te besef dat hy vry is, of soos Sartre dit nog sterker stel, dat hy gedoem is tot vryheid.³¹

4 OMSKRYWING VAN EKSISTENSIALISME

Eksistensialisme is nie maklik omskryfbaar nie. Enkele van die bestaande definisies lui soos volg:

4 1 "A philosophical movement which stresses that existence is prior to essence; the concrete and individual is over the abstract and universal."³²

29 Die mens se idee van die afwesigheid van God word treffend uitgebeeld in die volgende "doodsberg" wat in 1966 in die skoolblad van die *Gerhard-Rohlf's-Gymnasium* in Bremen verskyn het en in *Der Spiegel* van 18 Julie 1966 herdruk is:

"Deceased After a Long Illness
God the Lord

As we hear, the war in Vietnam continues with unabated harshness, napalm bombs drop on the civilian population.

Hitler – follower General Ky is further supported by America, more soldiers die daily.

As we read, men are starving continually in India, China, and Algeria, wheat is rotting in western grain-silos, church congregations take collections for a new section of their cemetery-fence.

As we see, in the Kingdom of God even more people are tortured, murdered, victimized by violence, stabbed, burned, or allowed to starve.

In our opinion, one conclusion is forced on everyone who thinks honestly: The God who once 'over all things so wondrously reigned, whom my soul praised, who led me in green pastures', is absent, sick, on a journey, dead. A God who orders all for the best in Auschwitz, the Warsaw ghetto, Vietnam, and the Negro section of New York no longer exists. He has not finished his work.

His position is open. He must be replaced.

The future is open.

In silent mourning,

Ingbert Lindemann, student of theology

Hermann Rademann, 13th grade

Wilfred Kuhlmann, student."

30 Gill & Sherman 29. .

31 Van der Westhuizen *Noodtoestand as Regverdigingsgrond in die Strafreg* (Proefskrif, UP 1979) 220: "Hy is sonder sy toedoen in 'n feitelike situasie, waarbinne hy moet poog om sy moontlikheid te vervul. Keusevryheid is kardinaal in hierdie situasie."

32 Geisler & Feinberg *Introduction to Philosophy* (1980) 431.

4 2 “Existentialism has been defined as an attempt to philosophize from the standpoint of the actor rather than as was traditional, from that of the detached spectator. Or again: A proposition or truth is said to be existential when I cannot apprehend or assent to it from the standpoint of a mere spectator but only on the ground of my total existence.”³³

4 3 “In ’n sekere sin kan die Eksistensialisme egter tog omskryf word as daardie filosofiese benaderingswyse, wat die individuele mens in sy konkreetheid en totaliteit bestudeer en die selfverwerkliking van die mens as einddoel propageer.”³⁴

4 4 “Hierteenoor postuleer sekere eksistensiële filosofe (onder andere Heidegger, Jaspers, Marcel en Sartre) ’n bestaan voor essensie. Hulle glo dat die mens aanvanklik niks is nie, hy word altyd; daar is geen voorafgaande plan nie, hy is dit wat hy van homself maak; die dood is sy einde. Hulle filosofie ontken dus teleologie, dit wil sê die neiging om op sekere wyses te ontwikkel omdat so ’n neiging van nature in die wese ingebore is.”³⁵

Die probleme wat ondervind word om ’n kort, omvattende omskrywing van eksistensialisme te gee, vloei voort uit die feit dat eksistensialisme afgelei is van die Duitse “Existenzphilosophie.” Die woord “bestaan” (*existence*) het ’n tegniese betekenis verwerf – dit gaan nie om die feit of ’n bepaalde persoon of saak daar is nie, maar om die feit dat ons as menslike wesens lewens het om uit te leef.³⁶

“First existentialism purports to be an unusually radical *ontology*, a philosophical inquiry into the nature of ‘Being’. Second, it purports to be an equally radical *humanism*, a philosophical inquiry into the nature of human personality. Third, its philosophical method consists of variants of Edmund Husserl’s *phenomenology*. Fourth, it is a *linguistic* philosophy, in the sense that its working is intimately dependent on certain unique conceptions of language. Fifth, it works always in a basic framework which distinguishes *two levels* of human existence: the ‘inauthentic’ level of mere physical presence or ‘thingness’, and the ‘authentic’ level which transcends this. Sixth, ‘authenticity’ is hereby set up as a value concept, indeed as *the* existentialist value.”³⁷

In die lig van die voorafgaande is dit belangrik om daarop te wys dat daar ook onderskei kan word tussen “eksistensiefilosofie”, wat teoreties georiënteerd is en “eksistensialisme”, wat praktyksgerig is.³⁸ Die eksistensialistiese denker beklemtoon die vryheid. Die eksistensiële denker beklemtoon die belangrikheid van ’n betekenisvolle lewe.

“The existentialist thinker *absolutizes* the idea of existence and maintains that existence precedes essence, which necessitates subjectivity as the point of departure in philosophical thinking. The existing human being, determines himself and creates the essence of being human, which (according to Sartre) is *freedom*: man is condemned to be free . . . The point of departure for the existentialist is human subjectivity whereas the point of departure for the existential thinker is a continuous dialectical relation which exists meaningfully between the human subject and his world.”³⁹

33 Brown *Philosophy and the Christian Faith* (1978) 181–182.

34 Van der Westhuizen 220.

35 Hosten ea *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Reg en Regswetenskap* (1977) 48.

36 Brown 182.

37 Blackshield “The Importance of Being: Some Reflections on Existentialism in Relation to Law” 1965 *Natural Law Forum* 76–77.

38 Van der Westhuizen 219.

39 Du Toit *Reflections on Marxism* (1982) 247.

5 EKSISTENSIALISME AS PROTES-DENKE

Daar is reeds gewys op die feit dat die eksistensialisme 'n begrip is wat moeilik te omskryf is. Tog is dit "een belangrijke wijsgerige stroming uit onze eeuw."⁴⁰ Die aard daarvan sal miskien beter begryp word as dit gesien word as 'n protesfilosofie.⁴¹ De Vos^{41a} sien die eksistensialisme as "een *reactie* tegen *idealisme* en het *Humanisme* . . ." Ander sien die eksistensialisme as 'n "teenreaksie op die Rasionalisme (van byvoorbeeld Kant) en die Idealisme (van Hegel en andere)."⁴² Professor William Barrett het dit soos volg uitgedruk: "Existentialism is the counter-Enlightenment come at last to philosophic expression."⁴³

6 DIE INVLOED VAN DIE EKSISTENSIALISME OP DIE REGSWETENSKAP

Vervolgens kan gekyk word na die invloed van die eksistensialisme op die regswetenskap.

"Wanneer die regswetenskap behandel word, is dit die poging om 'n teorie van die reg daar te stel, om die reg makliker hanteerbaar en begrypliker te maak. Die bedoeling is om 'n wetenskap op te bou, dit wil sê om 'n skema of sistematiek op te bou van daardie gebied van menslike kennis wat as reg bestempel word. Aangesien die reg 'n gebied is wat baie omvat en ook baie onsekerhede bevat, spreek dit vanself dat dit wat die regsleer toon, en ook filosofiese beskouings oor die reg, 'n sterk invloed op die regswetenskap uitoefen."⁴⁴

By die bestudering van die eksistensialisme word dit gou duidelik dat "the rationalizing, systematizing, conceptualizing way of thought which Kierkegaard so passionately opposed in philosophy and theology has thrust itself in recurring manifestations into legal thinking."⁴⁵ 'n Sistematiek is nodig om vir ons 'n aanduiding van die oogmerke van die reg te gee, hoe die reg daar uit sou sien indien dit werklik 'n stelsel was, die opsigte waarin die werklike reg, gemeet aan hierdie stelsel, te kort skiet; en die wyse waarop die tekortkominge tot die minimum beperk of uitgeskakel kan word. Maar wanneer

"we are told that law is a rigorously, ordered system, that all acts of legal cognition must make use of this system, that we need no 'impure' descriptive or normative orientation to the real-life problems of law, but only the epistemological orientation that is given by the system, that the system is not only nor even primarily a picture of the logical relations of legal norms in a state of rest, but rather of the dynamics of their creation; and that although the system rests on a hypothesis, the system itself is self-sufficient and complete – then we are in the presence of an arch-systematizer in whose hands 'the system' assumes proportions and pretensions comparable to those which led Kierkegaard to his violent indictment of Hegel. It is, therefore, perhaps not surprising that much of this 120-year-old indictment might almost be reprinted verbatim, under the new heading: 'Kierkegaard v Kelsen.'"⁴⁶

40 De Vos 277.

41 Gill & Sherman 4: "Strictly speaking, existentialism is not at all a philosophy in a traditional sense, but a revolt, or a series of revolts, against supposed attempt of classical metaphysics to reduce human reality to abstract propositional terms and to embrace the individual in an absolute universal system."

41a 278.

42 Van der Westhuizen 220.

43 Schaeffer & Koop: *Whatever Happened to the Human Race?* (1980) 119.

44 Van Warmelo: *Regsleer, Regswetenskap, Regsfilosofie* (1973) 83; sien ook Blackshield 1965 *Natural Law Forum* 100.

45 Blackshield 1965 *Natural Law Forum* 100.

46 Blackshield 1965 *Natural Law Forum* 101: "The point is that although a logical system is possible, an existential system is impossible . . ."

Uit die voorafgaande is dit duidelik dat die eksistensialisme 'n negatiewe invloed op die sistemativering van die reg het.

7 DIE INVLOED VAN DIE EKSISTENSIALISME OP DIE REGS-FILOSOFIE

“Die mens is 'n wese wat kan nadink en op 'n gegewe moment begin hy te besin oor sy eie posisie in die heelal. Dit lei hom tot 'n menigte vrae soos: Wat is ek? Wat is bestaan? Waar gaan ek heen? Wat is my doel en, trouens, die doel van alles? Op 'n gegewe moment, wanneer hy bewus word van die reg, dan gaan hy ook vrae daaromtrent vra en in hoofsaak kom die vrae hierop neer: Wat is die reg? Waar kom dit vandaan? Wat is die gesag daarvan? Die antwoorde vloei voort uit konklusies wat bereik word as gevolg van bepeinsing van die feite.”⁴⁷

By 'n ontleding van die invloed van die eksistensialisme op die regsfilosofie, is daar twee weë wat gevolg kan word:⁴⁸

- i mens kan van 'n eksistensiële visie op die mens uitgaan om vandaar die reg, sy aard en sy plek in die menslike samelewing na te spoor; of
- ii mens kan by die regsverskynsels begin en poog om dit in verband met die menslike eksistensie te bring.

Daar sal eerstens gepoog word om die weg in (i) hierbo genoem, te volg.

8 DIE KLOOF TUSSEN EKSISTENSIËLE DENKE EN DIE REG

Daar is reeds gewys op die belangrikheid daarvan om tussen eksistensialistiese denke en eksistensiële denke te onderskei.⁴⁹ Om die diepte van die kloof tussen eksistensialistiese denke en die reg te peil, sal die klem meer op Sartre as die ander eksistensialistiese denkers gelê word.

Gesien die subjektiewe uitgangspunt van die eksistensialisme moet 'n mens jou nie steur aan wat ander sê of beveel of dink en wat mettertyd in gewoontes, norme, reëls, wette, voorskrifte of tradisies neerslag vind nie. Volgens Heidegger is dit in stryd met die eksistensie om te probeer handel en optree soos ander, soos die gewone mens.⁵⁰ Die eksistensialistiese denker duld geen objektiewe mag van bo af in die vorm van voorskrifte en dwang nie. Die reg dwing die mens in 'n “man-skema” in en maak van hom die vertolker van 'n regsrol wat vooruit bepaal is.⁵¹ Soos hierbo gesien, verabsoluteer Sartre die vryheid en in die vryheid wat hy verkondig, is daar geen plek vir die reg nie. Gesien vanuit die gesigspunt van die eksistensialistiese denker soos Sartre, moet daar tot die volgende slotsom geraak word: “Het recht is aldus niet minder dan anti-existentieel.”⁵²

Die negatiewe invloed van die eksistensialistiese denke op die reg blyk uit die poging wat Georg Cohn⁵³ aangewend het om die kloof tussen eksistensiële denke en die reg te oorbrug. Sy gedagtes is, baie kortliks gestel soos volg:⁵⁴ In alle

47 Van Warmelo 108.

48 Van der Ven *Existentie en Recht* (1966) 55.

49 *supra* 6.

50 Van der Ven 12.

51 Van der Ven 13.

52 Van der Ven 13.

53 Georg Cohn is 'n oud-lid van die Permanente Hof van Arbitrage. Sy boek *Existentialismus und Rechtswissenschaft* het in 1955 verskyn.

54 Van der Ven 23-25.

menslike sake, ook op regsgebied, gaan dit allereers om eksistensie en daarna om essensie. Dit gaan eers om die *konkrete* situasie en daarna om die *abstrakte* regsreël. Die konkrete situasie verwerk die reg. Die reg word eers in 'n konkrete situasie gebore. Ons probeer egter om “agteraf” die abstrakte regsreël deur 'n vernuftige interpretasie-speletjie terug te voer na 'n konkrete geval wat aan die regter vir beslissing voorgelê is. Dit aldus Cohn, is boerebedrog wat vir regspleging aangesien word.⁵⁵

Die invloed van Sartre is dus duidelik by Cohn te bespeur. As kritiek teen Cohn se siening moet gekonstateer word dat die abstrakte regsreël onontbeerlik vir 'n geordende samelewing is. As die eksistensialisme ons sou dwing om van algemeen geldende regsnorme af te sien, dan sou ons inderdaad van die reg niks oorhou nie.

9 DIE BRUG OOR DIE KLOOF

By sowel Heidegger as by Jaspers vind mens “een erkenning van menselijke existentie als een met-anderen-zijn.”⁵⁶ Daar is, behalwe die “Umwelt” ook 'n “Mitwelt.” Die “Umwelt” is die omgewing van sake of dinge waarin die individu homself verwesenlik. Die “Mitwelt” is die ander persone op wie die individu staatmaak en met wie hy homself in verband bring in die verwesenliking van sy eie wêreld.⁵⁷ Die reg kan sorg vir die ordening van die “Mitwelt.” Jaspers erken dat maatskaplike beperkings en instellings (byvoorbeeld die gesag van die owerheid, die huwelik en die gesin, privaateiendom, gewoonte en tradisie) nuttig en noodsaaklik is vir die bestaan van die mens.⁵⁸ Al word daar egter toegegee dat die reg 'n ordenende funksie het, is Heidegger en Jaspers nogtans van mening dat dit steeds die mens self is wat tot eksistensie geroepe is.⁵⁹ Regsreëls kan nie die ouentieke mens te voorskyn bring nie. Dit kan nie eksistensie maak nie. Mens verwesenlik nie sy eksistensie deur die klakkelose nakoming van regsreëls nie.

Alleen in die lig van Jaspers se erkenning kan die reg vir die eksistensialisme enige betekenis hê. Jaspers moet dus as 'n eksistensiële denker gesien word. Die onmiddellike betekenis van die reg tree daarin te voorskyn dat dit die mens op sy herhaalde mislukkings wys, dat dit op die eksistensiële behoefte aan regverdigheid wys.⁶⁰ Dit dui daarop dat in die mens se optrede teenoor ander die regmatigheid en onregmatigheid aan 'n regsmaatstaf getoets moet word. Volgens eksistensiële denke moet daar nie aan die reg gedink word as bestaande uit abstrakte reëls nie. Dit moet eerder gesien word as die beoordeling van 'n gegewe situasie.

Omdat die aardse regsbedeling, regsreëls en regspraak onvolmaak is, kan dit 'n eksistensiële vereiste word

55 Sien ook Schaeffer & Koop 12: “The late Alexander M Bickel of Yale University caustically summed the matter up by saying: ‘In effect, we must now amend the Constitution to make it mean what the Supreme Court says it means.’”

56 Van der Ven 14.

57 Van Eikema Hommes *Major Trends in the History of Legal Philosophy* (1979) 354.

58 Van der Ven 15.

59 Van der Ven 16.

60 Van der Ven 18.

“de rechtseisen te doorbreken om door de buitekant van eisen heen door te stoten naar die eigenlijkheid en het allerlaatse bestaan.”⁶¹

As voorbeelde noem Van der Ven

i Antigone wat 'n koninklike begrafnisverbod verontagsaam. Haar ongehoorsaamheid was eksistensiële bepaal en gehoorsaamheid sou selfverraad ge-wees het;

ii Christen martelare wat uit geloofsoortuigings bereid was om staatswette ten opsigte van aanbidding te verontagsaam; en

iii slagoffers van ondergrondse bewegings wat hulle verset teen 'n tirannieke bewind.

Die eksistensialisme kan, so gesien, op twee wyses bydra tot die regsfilosofie:⁶²

i Die eksistensiefilosofie kan homself verruim tot so 'n wye horison dat ook die reg daarby inbegryp word; en

ii dit kan blootlê wat in 'n idealistiese, 'n natuurregtelike, 'n realistiese, 'n sosiologiese en 'n positivistiese regsfilosofie te kort skiet.

Die betrekking tussen eksistensiefilosofie en regsverskynsel kan, met ander woorde, sowel tot verryking van die filosofie as tot 'n dieper insig in die wese en funksie van regsverskynsels bydra.

10 ENKELE POGINGS OM DIE EKSISTENSIEFILOSOFIE VRUG-BAAR VIR DIE REGSFILOSOFIE TE MAAK

10 1 Carlos Gits

Carlos Gits se boek *Recht, Persoon en Gemeenskap*⁶³ verskyn in 1949. Hy konstateer, onder andere, soos volg: Die regsverskynsel is “werklik een ‘incarnatieproses’ d w z het gaat om de ‘objektivering van morele waarden in sensibele gegevens’.”⁶⁴ Die reg is dus die skakel tussen die morele ideaal en die werklike groepslewe. Daar is slegs een eienskap wat in staat is om die mens tegelyk as individuele en as sosiale mens te verwesenlik en tot selfervaring te bring, en dit is die liefde. Vir hom is daar drie belangrike regswaardes, te wete kontrakteervryheid, privaateiendom en burgerlike verantwoordelikheid.

As kritiek op Gits se sienswyses moet daarop gewys word dat:

10 1 1 Die antinomiese karakter van sy ontleding veral tot uiting kom in die skeiding tussen morele ideaal aan die een kant, en die maatskaplike werklikheid aan die ander kant.

10 1 2 Die maatskaplike werklikheid, as 'n geheel van verhoudings, strewe en kragte, alleen binne die raamwerk van eksistensie ervaar kan word as morele waardes tegelyk erken word.⁶⁵

61 Van der Ven 19.

62 Van der Ven 21.

63 met as sub-titel: *een Sociologische en Existentieel-phenomenologische Ontleding van het Juridische Verschijnsel.*

64 Van der Ven 29.

65 Van der Ven 30: “Als echter waarden en krachten niet tezamen mogen worden genomen, als aan die scherpe scheiding tussen een wereld van behoren (normen) en van gebeuren (feiten) moet worden vastgehouden, dan kan de verplichting tot de waarden ook tot niets anders dan een kategorische imperatief word herleid . . .”

10 2 Werner Maihofer

Werner Maihofer se boek *Recht und Sein* (1954) is gebaseer op Heidegger se boek *Sein und Zeit*. Maihofer onderskei tussen *individuele* en sosiale “in-die-wêreld-wees.”⁶⁶ In die individuele eksistensie bring die mens homself in verhouding tot die “wêreld van die dinge” (Umwelt) en “die wêreld van die ander” (Mitwelt). Die ander persoon is nie slegs die middelaar tot die individu se selfverwesenliking nie, maar “doel op sigself.” Kontak met ’n ander persoon as “doel op sigself” gee aanleiding tot private outonomie wat uitdrukking vind in kontraktuele verhoudings. Om “homself” te wees, impliseer vir die individu absolute vryheid. Die reg wat die individu uitoefen om “homself te wees,” noem Maihofer ’n “eksistensiële natuurlike reg.”⁶⁷

As kritiek moet daarop gewys word dat hierdie sienswyse van Maihofer duidelik aantoon hoe afbrekend die irrasionele konsep van die eksistensie vir die normatiewe aard van die reg is. Alle normatiewe beginsels word ontken. Hierdie sienswyse van “being-one’s-self” lei tot anargie.⁶⁸

Om hierdie gevolge te oorbrug aanvaar Maihofer die “social-mode of being” as ’n tweede vorm van “in-die-wêreld-te-wees” naas dié van die “individual mode of being.”⁶⁹ Die “sosiale-in-die-wêreld-wees” bring mee dat mens funksioneer *as* man en vrou, *as* ouer en kind, *as* eienaar en besitter, *as* koper en huurder, *as* burger en buurman. Maihofer onderskei dan tussen wederkerige rolle, byvoorbeeld koper en verkoper, huurder en verhuurder en gelyke rolle, byvoorbeeld koper en koper, verkoper en verkoper. Die “in-die-rol-van-wees” en wat daarmee gepaard gaan, noem Maihofer “institusionele natuurlike reg.”

Dit is duidelik dat die institusionele natuurlike reg onversoenbaar in teenstelling staan tot die eksistensiële natuurlike reg. Die regsteorie van Maihofer is nie vir die regsleer van enige betekenis nie. Die “reg” van “self-te-wees” is nie ’n reg in regsin nie. Die reg van “in-die-rol-te-wees” impliseer die bestaan van ’n geldende reg. Verhoudings soos dié van verkoper – koper, verhuurder – huurder ensovoorts word deur die positiewe reg omskryf en bepaal en kan slegs in die lig van die geldende reg vasgestel word.

10 3 Ulrich Hommes⁷⁰

Ulrich Hommes se boek *Die Existenzerhellung und das Recht* (1962) is ’n poging om Jaspers se eksistensiefilosofie vir die reg diensbaar te maak. Geldende reg is nodig om die ware eksistensie moontlik te maak. In die lig van die eksistensie word die reg egter gedurig bevraagteken. In die verhouding tussen eksistensie en die reg is daar ’n dialektiek tussen eksistensiële subjektiwiteit en die wêreld as objektiwiteit. Net soos die individu homself slegs binne die staat kan verwesenlik, is die staat ’n lewende werklikheid slegs in die verwesenliking van die individu. Teen hierdie agtergrond gee Hommes dan die volgende omskrywing van die reg:

66 Van Eikema Hommes 354–356.

67 Brown *The Natural Law Reader* (1960) 38.

68 Van Eikema Hommes 355.

69 Van Eikema Hommes 355.

70 Van Eikema Hommes 356–358.

“Law then is the legitimate . . . and valid . . . mode of being-with-the-other of the *Das-ein* . . . in which *Dasein* institutionalizes and organizes itself, and orders and determines the being of the individual with the others and the many in a reliable way.”⁷¹

Volgens Hommes kan geldende reg slegs positiewe reg wees. Hierdie positiwiteit moet egter nie in die lig van regspositivisme gesien word nie. Vanuit die dialektiese verhouding tussen eksistensie en objektiwiteit in die positiewe reg, volg dit, volgens Hommes, dat ’n eksistensiële uitsondering op die geldigheid van die positiewe reg erken moet word, dit wil sê oortreding van die geldende reg as gevolg van eksistensie (byvoorbeeld ’n oortreder by skuldigbevinding) waaraan die geldende reg in sy objektiwiteit ’n straf koppel. Vanuit die spanning tussen eksistensie en die objektiwiteit in die geldende reg, volg daar ’n fundamentele skuldgevoel aan die kant van die mens. Hieruit volg die dialektiese eenheid van “wettig” en “onwettig.” Hierdie dialektiese eenheid vorm die basis vir die noodsaaklikheid om die “onwettigheid” te oorwin.

Die vraag kan gestel word: Wat is die betekenis van Hommes se leerstuk van “Existenzerhellung” vir die regsteorie? Die antwoord is geleë in die klem wat daar gelê word op die feit dat daar op grond van die mens se eksistensie verskillende antwoorde gegee kan word op die vraag: Wat is die positiewe reg? Die klem word ook gelê op die feit dat die mens nie gereduseer mag word tot ’n blote objek van die reg nie.⁷²

10 4 William Ernest Hocking

In sy boek *Problems of World Order* poog Hocking om “an existential theory of law as an aspect of social control” te ontwikkel.⁷³ Die reg word gesien as ’n kreatiewe eksperiment om die goeie lewe te bereik. Die mens word gedryf “not merely to become a fair specimen of the human type, but to achieve a destiny unique to himself.”⁷⁴ Die reg as eksperiment bied dus vir die mens die geleentheid om ’n bepaalde bydrae tot die gemeenskap te lewer. Die reg kan egter nie net ’n kreatiewe funksie hê nie en gevolglik erken Hocking ook die ordenende funksie van die reg. Die ordenende funksie van die reg is noodsaaklik vir die volvoering van die kreatiewe funksie daarvan.

11 SKETS VAN ’N ANTROPOLOGIESE REGSFILOSOFIE

In wat volg, sal daar by regsverskynsels begin word en gepoog word om dit met die menslike eksistensie in verband te bring.⁷⁵

Om die eksistensiële kern van die reg bloot te lê, moet drie aspekte van die reg ondersoek word, te wete normatiwiteit, heteronomie (onderwerping aan wette deur ander opgelê) en geregtigheid.

11 1 Normatiwiteit

Die reg verskyn in norme, reëls (geskrewe en ongeskrewe). Die reg bring ’n verpligting tot gedragpatrone mee. Die norme het betrekking op feitelike gedraginge. Die mens kan sy eksistensie juridies belewe deur die norme te erken

71 Van Eikema Hommes 357.

72 Van Eikema Hommes 358.

73 Pennock & Chapman *The Limits of Law* (1974) 107.

74 Pennock & Chapman 107.

75 Van der Ven 55-67.

of te ontken. By die uitoefening van sy keuse ontdek die individu die behoefte aan 'n objektiverende, dit wil sê aan 'n norm gemete, regverdiging van sy keuse. Waar hy die norm oortree, bring sy eksistensialiteit weer 'n ander aspek na vore, te wete die heteronomie.

11 2 Heteronomie

Dit is nie die normatiewiteit wat strydig met die eksistensie is nie, maar wel die heteronomie. Die norm wat ek vir myself ontwerp, is bestem om my gedrag te regverdig. Ten opsigte van wie? Uiteindelik ten opsigte van ander met wie ek eksisteer. Daardeer word aan ander te kenne gegee dat so gehandel behoort te word.

11 3 Geregtigheid

Regsnorme word inhoudelik bepaal. Die reg moet aan die mens reg laat geskied.

“Als de recht zich daarbij van globale en generaliserende maatstaven en begrippen bedient, dan is het juist om aldus iedere konkrete mens zichzelf te laten zijn. Een eenvoudig voorbeeld: het is heel rechtvaardig moord en doodslag te verbieden, maar dan niet alleen om daardoor in de openbare orde de onrust en het gevoel van levensberoving en wraakgericht *ad infinitum* tegen te gaan, maar om enerzijds de ene menselijke existentie, die anders slachtoffer zou worden, te beveiligen, en anderzijds de eventuele moordenaar te behoeden voor het in een moord gelegen verraad aan zijn eigen existentiële houding tegenover zijn medemens.

Een ander voorbeeld: een kontrakte moet worden nagekomen . . . Een daartoe strekkende rechtsregel heeft een existentiële wortel, doordat die mens herinnerd wordt aan datgene waartoe hij zichzelf reeds in zijn omgang met de medemens had ontwerpen, namelijk tot deze kontraktant, met deze verplichtingen. Hem daaraan te houden is geen poging hem in een schema te dringen, maar veeleer om hem zichzelf te laten zijn, namelijk zoals hij zich reeds aan een ander had laten kennen en zoals hij reeds ervaren had, dat hij door de ander ook gekend werd.”⁷⁶

12 GEVOLGTREKKING

12 1 Die eksistensialisme het 'n negatiewe invloed op die regs wetenskap en die regs filosofie. Die aard van die eksistensialisme word treffend soos volg saamgevat:

“Alle tradisionele Westerse humanistiese en Christelike waardes word oorboord gegooi en gerelativeer. Die pessimistiese grondtoon van hierdie filosowe is 'n simptoem van die geestelike krisis waarin die humaniste beland het.”⁷⁷

Dié samevatting van die aard van eksistensialisme bevat begrippe wat nadere aandag verdien, te wete oorboordgooi en gerelativeer enersyds, en geestelike krisis andersyds.

Daar is reeds daarop gewys dat Sartre die eksistensialistiese denker by uitnemendheid is. Sartre beklemtoon die “absolute relativism” en vir hom bestaan daar geen objektiewe waardes nie.⁷⁸ Daar is geen algemene moraliteit nie en gevolglik kan geen algemene moraliteit aan die individu voorskryf wat gedoen moet word nie.

76 Van der Ven 67.

77 Van der Westhuizen 220.

78 Blackshield 1965 *Natural Law Forum* 134-135.

Nietzsche het onder Platonisme nie primêr die filosofie van die historiese Plato verstaan nie, “maar die denkpatroon van die Westerse metafisika wat sy beslag ontvang het uit die tradisionele Plato-interpretasie.”⁷⁹ Waarop Nietzsche sy “hamerslae” gerig het, is die raamwerk waarbinne “vir ’n paar duisend jaar” die Westerse mens homself en die omringende wêreld verstaan het. Die uiteinde van Nietzsche se filosofie was nie alleen die verwerping van die Platonisme nie, maar die verkondiging van die “dood van God.”⁸⁰ Hierdie opvatting van Nietzsche het hulle weerklank gevind in die eksistensiële-filosofie van Sartre.⁸¹

12 2 Daar is reeds aangedui dat die poging deur Georg Cohn om die kloof tussen eksistensialisme en die reg te oorbrug, misluk het. In die lig van Jaspers se erkenning van die ordenende funksies van die reg, is daar ook gewys op die onsuksesvolle pogings deur Gits, Maihofer en Hommes om die kloof te oorbrug.

12 3 Daar is gewys op die twee wyses wat gevolg kan word om ’n verband tussen die reg en eksistensialisme te soek. Die pogings van Cohn, Gits, Maihofer en Hommes het die eerste van die twee weë gevolg.⁸² Indien die tweede weg gevolg word,⁸³ vorm normatiwiteit, heteronomie en geregtigheid die basiese begrippe.⁸⁴ Dit is begrippe wat nie maklik met die eksistensialisme in verband gebring kan word nie.

12 4 Die eksistensialisme is nie ’n moderne verskynsel nie, want Augustinus was eksistensiële-filosoof tydens die krisis van die verbroekeling van die Romeinse Ryk en Pascal, een van die voorlopers van die moderne Franse eksistensiële-filosofie, het geleef in die tyd van die dertigjarige oorlog.⁸⁵

12 5 Die geestelike krisis waarin die humanisme beland het, blyk uit die verhaal van Sisyphus. Sisyphus is ’n karakter uit die Griekse mitologie wat gedoem was om ’n groot rots teen ’n heuwel op te rol. Elke keer, naby die bo-punt, het die rots egter weer terug begin rol na onder.

“Sisyphus is our contemporary who is beset by the meaninglessness and absurdity of life. He strives for the ideal, but without hope, and alone. His question is not that of finding the highest meaning, but whether life has any meaning at all. He keeps struggling but amid his repeated frustrations, cries out: ‘What is it all for?’”⁸⁶

12 6 *Die eksistensialisme en die natuurreg* Maihofer wys daarop dat die mens alleen buite sy “eie ek” in sy ontmoeting met die “ek” van die ander individu homself verwesenlik. Die ontmoeting met die ander voltrek homself in die liefde waarin die mens sy “ek” aan die “jy” van die ander oorgee en also sy “ek” in die “jy” van die ander vind, en so ’n ontmoeting voltrek homself uiteindelik in

79 Esterhuysen *Friedrich Wilhelm Nietzsche: Filosoof met ’n Hamer* (1975) 4.

80 Esterhuysen 25.

81 Schilling *God in an Age of Atheism* (1969) 65.

82 7 *supra*.

83 7 *supra*.

84 Van der Ven 56.

85 Maihofer *Natuurrecht oder Rechtspositivismus?* (1966) 144.

86 Schilling 14–15.

die reg. Die kern van die reg is die “ek-jy”-verhouding.⁸⁷ Die eksistensiefilosofie stel die kriterium waardeur die wese van die reg begryp kan word. In die middelpunt van die reg staan die mens.⁸⁸ Die vryheid van besluitneming is die voorvereiste vir eksistensie. Wie egter vry is om te besluit, is ook verantwoordelik vir die besluit. Vryheid van besluit en verantwoordelikheid is begrippe wat nie net lei na die eksistensiefilosofie nie, maar ook na die regsfilosofie.⁸⁹ Die reg wil met sy norme die besluitneming beïnvloed. Die reg begrens die gebied van die vryheid en verantwoordelikheid. Die voorafgaande is ’n poging om ’n brug te vind tussen die Christelike eksistensiefilosofie en die regsfilosofie, gesien vanuit die oogpunt van die Christelike eksistensiefilosofie.

Die taak is nou om vanuit die oogpunt van die regsfilosofie die weg na die eksistensialisme te vind. Die krisis in die regsdenke wat ons beleef, is deel van die krisis van die waardebepalings van ons tyd. Word die hoogste waardes bevraagteken, is die reg ook nie meer seker nie.⁹⁰ Dis die grootste strewe van die regsfilosofie van ons tyd om terug te keer na absolute maatstawwe.⁹¹ Die reg vereis van mense dat hulle in al hul verhoudinge erkenning verleen aan die regspersoonlikheid van andere. Die natuurreg staan agter die positiewe reg en deurlig en voltrek dit.⁹²

Dit is duidelik dat Maihofer, op eg Hegeliaanse wyse, poog om ’n sintese te vind tussen die twee weë waarlangs oorbrugging van die kloof tussen die eksistensialisme en die reg gesoek word. Weens die aard van die eksistensialisme moet hierdie poging van Maihofer bevraagteken word.⁹³

12.7 *Eksistensialisme en die ordeningsfunksie van die reg* Dit is al by geleentheid gestel dat “without order, there is no living in public society, because the want thereof is the mother of confusion.”⁹⁴ Die reg, as die ordenende faktor in die samelewing, is onder andere verdeel in die publiekreg en die privaatrek. Twee belangrike afdelings is die strafreg en deliktereg. Die wederregtelikevereiste speel ’n belangrike rol by die beregting van misdade en delikte. Die relativiteit van die eksistensialisme kanselleer hierdie element by die misdaad en die delik.⁹⁵ Die toepassing van die reg is haas ondenkbaar sonder interpretasie of uitleg van wette. Die eksistensialisme, soos aangedui deur Cohn, toon ook hier sy negatiewe invloed.⁹⁶

87 Maihofer 146.

88 Maihofer 147.

89 Maihofer 148.

90 Maihofer 152.

91 Maihofer 153.

92 Maihofer 157.

93 Stone, J: *Human Law and Human Justice* (1968) 204: “When, therefore, existentialists purport to develop natural law conceptions (as does Werner Maihofer . . .) the explanation is likely to lie either in an abandonment of existentialist positions, or in a loose understanding of the term ‘natural law’, or both” en op 207: “Clearly the result is not natural law in the traditional sense, for it reduces natural law finally to a critique of positive law in terms of justice rather than insists that positive law derives from it through natural justice its standing as law.”

94 Kirk *The Roots of American Order* (1978) 6.

95 Van der Westhuizen 224 e.v.

96 Van der Ven 23.

12 8 In die lig van die voorafgaande kan daar gekonkludeer word dat die eksistensialisme tans nie van veel nut vir die regs wetenskap en die regs filosofie is nie.⁹⁷

“Het is duidelijk dat het existentialisme een uitbouw op het gebied van die rechts filosofie al evenmin begunstigt als de analytische filosofie, zij het om die precies omgekeerde reden.”⁹⁸

Eksistensialisme het as beweging reeds momentum verloor.⁹⁹

12 9 Die spook van Plato en Aristoteles loop nog by baie eksistensiële denkers en dit is reeds hierin waar die tekortkominge van die eksistensialisme gesoek moet word. Spengler verwys na die Griekse klassieke kultuur as “the Apollinian.”¹⁰⁰ Hierteenoor noem hy die Westerse kultuur “the Faustian.”¹⁰¹

Die verskil in die algemeen gesproke, tussen die twee kulture, blyk uit die volgende:

“Apollinian man did not want to observe the broad universe, and the philosophical systems are one and all silent about it. They know only problems concerned with tangible and actual things, and have never anything positive or significant to say about what is between ‘things’.”¹⁰²

Vir die Westerse kultuur “for one and all, the beginning of moral is a claim to general and permanent validity.”¹⁰³

Dit is ’n fout om die Griekse wysbegeerte net so op die Westerse kultuur oor te plant.¹⁰⁴ Toe Nietzsche, en in navolging van hom, Sartre, Platonisme verwerp het, het absolute waardes verdwyn. Bewus of onbewus daarvan het vir die eksistensiële denkers net Aristoteles oorgebly. Die effek van die beklemtoning van die individuele dinge vir sover dit die reg betref, blyk uit die volgende:

“Classical law . . . is law of the day and even the moment; it was in its very idea occasional legislation for particular cases, and when the case was settled, it ceased to be law.”¹⁰⁵

Die invloed van die Klassieke reg blyk uit Gits, Maihofer en Hommes se pogings om die kloof tussen die eksistensialisme en die reg te oorbrug.

Die aard van die Klassieke reg bots lynreg met dié van ons Westerse reg:

“All Western law bears the stamp of the future, all Classical the stamp of the moment.”¹⁰⁶

Alhoewel dit gevaarlik is om die Griekse denke netso op die Westerse kultuur oor te plant, kan dit tog nuttig wees. Plato en Aristoteles moet nie in afsondering van mekaar gesien word nie. Val die klem te veel op Plato, dan lei dit tot ’n oortuiging dat die liggaam ’n gevangenis vir die siel is en dat die siel verlang om uit die liggaam bevry te word.¹⁰⁷ Die ander uiterste is dat die liggaam weer ten koste van die siel beklemtoon word. Daar moet ’n gesonde balans wees – die mens is tog immers liggaam en siel.

97 Friedman *Legal Theory* (1967) 199.

98 Langemeijer *Inleiding tot de studie van die wijsbegeerte des rechts* (1973) 174.

99 Charlesworth *The Existentialists and Jean-Paul Sartre* (1976) 1.

100 Spengler *The Decline of the West I* (1980) 183.

101 Spengler I 183.

102 Spengler I 330.

103 Spengler I 331.

104 Spengler I 341.

105 Spengler I 345.

106 Spengler II 63.

107 Dreyer *Die Wysbegeerte van die Grieke* (1976) 103.

AANTEKENINGE

BEHOORT DIERE AS REGSUBJEKTE ERKEN TE WORD?

1 Inleiding

Die interessante pleidooi dat diere in die Suid-Afrikaanse reg as regsobjekte erken behoort te word, word deur Karstaedt in 'n artikel "Vivisection and the Law" (1982 *THRHR* 349 359) gemaak. Sy argument kom kortliks op die volgende neer:

- Die onderskeid wat in die Suid-Afrikaanse reg tussen mense (as regsobjekte) en diere (as regsobjekte) gemaak word, is bloot 'n klasse-onderskeid "unjustifiable by reason and kept in place by the superstition and self-interest of those who . . . [are] on the privileged side of it" (359, met verwysing na 'n standpunt van Brophy).
- Dit is moontlik dat regsobjektiwiteit van regsweë aan enige entiteit wat 'n behoefte daaraan het, toegeken kan word mits die behoefte privaatregtelik beskermingswaardig is (361, met verwysing na 'n standpunt van Van Zyl).
- Regsobjektiwiteit word in ooreenstemming met die gemeenskapsopvatting toegeken. "[W]e will probably not fully appreciate the insufficiency of our legal conceptions concerning animals as long as our non-legal views about them remain unaltered" (364).

Alhoewel daar geen fout te vind is met Karstaedt se argument dat diere nie voldoende deur ons reg beskerm word nie, is die oplossing van die probleem myns insiens in die verbetering van die Dierebeskermingswet 71 van 1962 geleë. Karstaedt (351) noem tereg dat die maatstaf wat tans bestaan die erkenning van die gemeenskap se afkeer van dieremishandeling is. Soos wat natuurbewaring en die beskerming van kultuurskatte die beskerming van regsobjekte in belang van die gemeenskap ten doel stel, so is maatreëls om die eksperimentele gebruik van diere tot die minimum te beperk of (indien moontlik) heeltemal uit te skakel, myns insiens maatreëls wat primêr ten behoeve van die gemeenskap ingestel is. Karstaedt (363) lewer egter 'n pleidooi dat daar geen rede bestaan waarom diere, weens die behoefte wat hulle daartoe het, nie die draers van regte met beskermingswaardige belange ("interests") behoort te wees nie. Dit lei dan tot sy gevolgtrekking dat diere as regsobjekte erken behoort te word.

Gemeenskapsopvatting

Dat die gemeenskapsopvatting van deurslaggewende belang by die toekenning van regsobjektiwiteit is, wil ek Karstaedt gelyk gee. So is regsobjektiwiteit byvoorbeeld aan Romeinse slawe ontsê aangesien slawe volgens die gemeenskapsopvatting geen beskermingswaardige regte gehad het nie. Dit is egter 'n ope vraag of Romeinse slawe inderdaad geen beskermingswaardige regte gehad het nie. Vir my lyk dit waarskynliker dat die Romeine by die ontkenning van hulle slawe se regsobjektiwiteit nie met alle werklikheidsfaktore rekening gehou

het nie. Die Romeine het byvoorbeeld nie vasgestel of die slawe 'n behoefte aan beskermingswaardige regte gehad het nie. Die slawe het (hoewel die Romeine dit ontken het) tog deel van hulle gemeenskap gevorm en sekere erkende regte uitgeoefen. Hoewel alle lede van 'n gemeenskap nie met bestaande regsreëls hoef saam te stem nie, behoort die regsreëls tot ordening van die hele samelewing te dien. Die ontkenning van die regsobjektiwiteit van slawe kon beslis nie vir die slawe samelewingsordenend en regsbeskermend wees nie (vgl Pienaar *Die Gemeenregtelike Regspersoon in die Suid-Afrikaanse Privaatreg* (1982) 139-140).

Kan daar nou na analogie van die bogemelde argument aangevoer word dat diere ook op beskermingswaardige regte (en gevolglik op regsobjektiwiteit) aanspraak kan maak? Die vraag of diere tot 'n bepaalde gemeenskap behoort, kan myns insiens slegs aan die hand van 'n bepaalde prioritiese siening of geloofsuitgangspunt beantwoord word.

3 Geloofsuitgangspunt

Hoewel regsobjektiwiteit 'n juridiese begrip is wat vir die oogmerke van die reg aangewend moet word, kan 'n mens se siening hiervan nooit van sy geloofs-oortuiging losgemaak word nie. Die reg fungeer nou eenmaal nie afsonderlik nie, maar moet steeds met ander werklikheidsbeginsels rekening hou. Dooyeweerd ("Grondproblemen in de Leer der Rechtspersoonlijkheid" 1937 *Themis* 219) beklemtoon hoofsaaklik die belang van die sogenaamde substraatkringe (wetskringe, wat as onderbou vir die juridiese wetskring dien) by die vorming van 'n regsbegrip, terwyl die sogenaamde superstraatkringe (die etiese en pistiese wetskringe) net van belang is by die regsïdee (dit wil sê vir die meer volmaakte, ideële reg). Van der Vyver (*Inleiding tot die Regswetenskap* (1982) 109 142-144) beaam dat dit nie noodsaaklik is om by regsvorming met die superstraatkringe rekening te hou nie. Aangesien die juridiese superstraatkringe egter beslag gee aan die regsïdee, behoort etiese en pistiese norme wel by regsvorming 'n rol te speel (sien ook Hommes *Samengestelde Grondbegrippen* (1976) 113-114 en Stoker *Die Aard en die Rol van die Reg* (1970) 13 16). Die invloed van die betrokke mens se geloofsoortuiging kan ook na my mening nooit buite rekening gelaat word waar dit op begripsvorming oor regsobjektiwiteit aankom nie. Elke mens het 'n bepaalde geloofsoortuiging. Om byvoorbeeld 'n ateïs te wees, is die openbaring van 'n bepaalde geloofsuitgangspunt.

In hierdie verband is dit dan ook opvallend dat Van Zyl (op wie se standpunt Karstaedt (verkeerdelik) steun vir sy aanname dat diere se belange beskermingswaardig is) uitdruklik stel:

"In 'n moderne samelewing is slegs die mens en die gemeenskap [bedoelende mense-groepe] sulke entiteite. Om hierdie rede sou 'n 'wet' wat aan dinge soos Tafelberg en die Vaalrivier sogenaamde regspersoonlikheid verleen, oneffektief wees, omdat dit nie 'n *regsbeginself* (dit is, 'n beginsel van gemeenskapsordening en vergelding) sou bevat nie" (*Inleiding tot die Regswetenskap* (1982) 399.)

Van Zyl se argument is duidelik op sy geloofsuitgangspunt, naamlik dat net mense of mensegroepe tot die gemeenskap behoort (en gevolglik regsobjekte kan wees) gebaseer.

Karstaedt steun in sy strewing na die erkenning van diere as regsobjekte op die uitgangspunt van Brophy:

"[T]he high barrier we have put up between human species and all the rest of the animal species . . . [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" ("The Darwinist's Dilemma" in Paterson and Ryder (reds) *Animals' Rights – a Symposium* (1979) 63).

Dit is eweneens op 'n bepaalde geloofsuitgangspunt gegrond.

4 Humanistiese benadering

Wanneer die vraagstuk na die verlening van regsobjektiwiteit aan diere onder die loep geneem word, is daar ook ander geloofsuitgangspunte in die Suid-Afrikaanse samelewing wat oorweeg moet word. Hoewel ek nie in alle opsigte daarmee saamstem nie, wil ek die aandag op die humanistiese standpunt van navolgers van Kant vestig. Kant (*Die Metaphysik der Sitten* bd1(1797) 10 e v) beklemtoon die feit dat die mens vanselfsprekend (van nature) regsobjek is omdat die mens 'n sedelike wese is. Hierdie eienskap word nie deur die positiewe reg aan die mens verleen nie maar die positiewe reg erken daarmee net 'n natuurlike gegewe. Die mens is gevolglik, op grond van hierdie sedelikheid, die enigste entiteit wat as regsobjek erken kan word.

Die siening van Kant vorm die grondslag van Von Savigny se fiksieteorie, wat inhou dat die mens as sedelike wese alleen in individuele hoedanigheid op regsobjektiwiteit aanspraak kan maak. Von Savigny voer die argument só ver dat die regsobjektiwiteit van 'n regspersoon volgens hom op 'n fiksie berus. Hy verklaar:

"Alles Recht ist vorhanden um der Sittlichen, jedem einzelnen Menschen inwohnenden Freiheit willen. Darum muss der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjekts zusammenfallen mit dem begriff des Menschen, und diese ursprüngliche Identität beider Begriffe lässt sich in folgender Formel ausdrücken: jeder einzelne Mensch, und nur der einzelne Mensch, ist rechtsfähig" (Von Savigny *System des heutigen römischen Rechts* bd 2 (1840) 2).

Ek het probleme met hierdie juriste se standpunt dat slegs die individuele mens *werklik* op regsobjektiwiteit aanspraak kan maak en dat die regsobjektiwiteit van regspersone gevolglik op 'n fiksie berus. Daar skyn van regsweë geen beswaar te wees om ook die regsobjektiwiteit van mensegroepe as 'n werklikheid te erken nie (*Dadoo Ltd v Krugersdorp Municipal Council* 1920 AD 530 550; *Morrison v Standard Building Society* 1932 AD 229; sien ook Pienaar 63–64 126–133). Maar dit beklemtoon weer eens die feit dat slegs *mense* (individueel of in groepsverband) regsobjekte kan wees.

5 Skriftuurlike benadering

Ek wil my by die ontleding van regsobjektiwiteit met 'n skriftuurlike (Bybelse) benadering vereenselwig. In die lig van die standpunt dat enige juris se geloofsuitgangspunt 'n rol by sy vertolking van regsbegrippe speel (sien 3 hierbo), het die Christen-juris die verpligting om regsbegrippe (en die gepositiveerde reg) vanuit 'n Christelike vertrekpunt te benader.

Wanneer die regsobjektiwiteit van die natuurlike persoon ontleed word, kom die vraag eerstens na vore *waarom* die natuurlike persoon as regsobjek optree. Vir 'n Christen kan daar maar een antwoord hierop wees: vanweë die feit dat die *mense* die kroon van die skepping is, na die ewebeeld van God geskape is en, hoewel self 'n skepsel, deur God oor die hele skepping gestel is om dit te bewerk en te bewaak, tree die mens as subjek in die totale geskape werklikheid

op (Génesis 1: 26–28; Génesis 2: 15 en Psalm 8: 6–9). Die feit dat die mens beeldraer van God is, bepaal volgens Stoker (14–15) sy status:

“Dit alles veronderstel en getuig daarvan dat hy [die mens] ’n stand, ’n status in die kosmos beklee wat by stof, plant en dier ontbreek, en wel ’n status met bepaalde funksies, ’n status vir bepaalde doeleindes. Sy mens-wees, sy persoon-wees veronderstel sy stand in die kosmos en vice versa.”

Die mens is deur God as subjek in die skepping geplaas en daarop is die mens ook in die regsverkeer — wat nie van die totale geskape werklikheid losgemaak kan word nie — volgens die skeppingsopdrag (wat ook ’n opdrag tot ordening is) draer van regte en verpligtinge. Die regte en verpligtinge spruit voort uit die feit dat God die mens met ’n besondere amp en opdrag in die skepping geplaas het, naamlik dat die mens as koningskind sekere regte het, maar as dienskneg van God sekere verpligtinge het (Stoker 15; Du Plessis “Menseregte en konflik-situasies” 1979 *Koers* 339). Enige regstelsel wat nie hierdie Godgegewe regs-subjektiviteit van die mens erken nie, ontken ’n skeppingsgegewe. Vir ’n Christen kan die regs-subjektiviteit van die mens derhalwe nie ’n hoedanigheid wees wat deur die positiewe reg verleen word nie want die positiewe reg erken daarmee slegs ’n skeppingsgegewe. Sou ’n regstelsel hierdie Godgegewe regs-subjektiviteit van die mens ontken, is dit egter nie noodwendig skynreg nie (dit kan onder bepaalde omstandighede wel skynreg wees), maar vir ’n Christen is dit onware reg omdat dit nie met sy geloofsuitgangspunt strook nie. Van Zyl (400) verduidelik die onderskeid tussen skynreg en onware reg met die volgende voorbeeld:

“So is afgodediens *egte* godsdiens (dit is nie ekonomie of kuns nie; dit is iets wat tot die geloofswetskring tuishoort), maar dit is *onware* godsdiens (omdat die ware God nie aanbid word nie).”

Uit hoofde van die Godgegewe status van die mens het hy die vermoë om as subjek in die regsverkeer op te tree — hieraan ontleen hy dus sy kompetensies. Alle mense is draers van kompetensies, maar nie in dieselfde mate nie. By sommige mense (soos byvoorbeeld kranksinniges en *infantes*) word hulle kompetensies in ’n mindere of ’n meerdere mate beperk. Die blote feit dat ’n mens draer van kompetensies is, hou nie in dat hy draer van alle bestaande kompetensies hoef te wees nie. Dit staan egter vas dat alle mense draers van kompetensies is weens die status wat die mens (en die mens alleen) in die geskape werklikheid beklee.

Tog is daar verskeie regstelsels wat regs-subjektiviteit aan ander entiteite as mense verleen. In die Ooste is regs-subjektiviteit al aan plante toegeken en volgens Hindoereg word afgode met regs-subjektiviteit beklee. In die Germaanse reg en die reg van verskeie inheemse Swart volke fungeer ’n oorledene as subjek en hieruit het verskeie juriste die afleiding gemaak dat die regsvormer oënskynlik aan enige entiteit regs-subjektiviteit kan verleen.

Die regsvormer *kan* wel aan ander entiteite as die mens regs-subjektiviteit verleen sonder dat dit noodwendig skynreg is, maar dan hou die regsvormer nie met die skeppingsgegewe rekening nie. Hierbo is aangevoer dat regs-subjektiviteit kragtens skriftuurlike beginsels aan alle mense toekom. Kragtens dieselfde skriftuurlike beginsels kan ook niks anders as die mens met subjektiviteit beklee word nie. Die skeppingsopdrag, wat ’n opdrag tot ordening is, het aan die mens die taak om die skepping te bewerk en te bewaak opgelê. Derhalwe is die skepping (stof, plant en dier) kragtens die ordeningsopdrag as objekte aan die mens onderworpe gestel. Ook die regswerklikheid maak deel van die geskape werklikheid

uit. Om enige ander entiteit as die mens tot regsobjek te verhef, is om afbreuk aan die mens as beelddraer van God te doen asook om die skeppingsopdrag te negeer (Van Nispen tot Sevenaer "Het Wezen der Rechtspersoon" 1934 *Themis* 365).

Die mens tree egter nie net in individuele hoedanigheid as regsobjek in die regsverkeer op nie, maar ook in groepverband. Regsobjektiwiteit kom derhalwe alleen die mens (individueel of in groepverband) toe en dit is nie met 'n Christelike standpunt versoenbaar om regsobjektiwiteit aan 'n ander entiteit as die mens (individueel of in groepverband) te verleen nie. Ingevolge die skeppingsopdrag rus daar die verpligting op die mens om stof, plant en dier (as regsobjekte) na behore te beheer(s). Die verlening van regsobjektiwiteit is dus nie 'n voorvereiste vir die beskerming van diere (se "belange") nie. Dit kan eerder deur die verbetering van bestaande wetgewing geskied.

GERRIT PIENAAR

Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys

MR JUSTICE COETZEE AND THE ANTON PILLER ORDER

The life and times of the South African *Anton Piller* order have been short and inglorious. What once appeared to be a star in the ascendant is about to disappear over the horizon with an indistinct plop unless an enterprising judge takes strong action in the near future.

The history of the *Anton Piller* order has been told many times; see for example, *Cerebos Food Corporation Ltd v Diverse Foods SA (Pty) Ltd* (1984 4 SA 149 (T) 159 *et seq.*). The basic idea of the order is to enable the plaintiff to discover evidence in the possession of the defendant and preserve it for trial; it therefore has certain similarities to a search warrant but the English courts have stressed that the consent of the defendant is of the essence of the order and this is what is compelled. (See *Anton Piller KG v Manufacturing Processes Ltd* 1976 Ch 55 (CA) 60C-D.) A large number of these orders were granted in South African courts from 1976 onwards and Erasmus has comprehensively summarised the practice in his article "*Anton Piller* Orders in South African Practice" (1984 *SALJ* 324).

Erasmus's conclusion is essentially that such orders have served a useful purpose, although they should be strictly controlled in order to achieve that aim without injustice. At about the same time, however, Mr Justice Coetzee delivered a scathing attack on the entire *Anton Piller* procedure in South African law in the case of *Economic Data Processing (Pty) Ltd v Pentreath* (1984 2 SA 605 (W)). Although unable to deal fully with this case, Erasmus commented that:

"It would, with respect, be a matter of regret if the effect of this judgment were to be that the baby is thrown out with the bathwater (345)."

If there were any doubt that Coetzee J had intended not only that the baby be thrown out, but hanged, drawn and quartered as well, this was removed by his subsequent decision in *Trade Fairs and Promotions (Pty) Ltd v Thomson* 1984 4 SA 149 (W), but more about that later. It is interesting to note that in spite of this attitude, *Anton Piller* orders did not cease, even in the Witwatersrand

local division, for such an order was assumed to be competent by Conradie AJ in *Petre & Madco (Pty) Ltd t/a T-Chem v Sanderson-Kasner* (1984 3 SA 834 (W)). More importantly, however, the judge highlighted the need for such a remedy:

“Here, then, was a situation which cried out for relief. It seems unlikely, in view of the disputes of fact falsely raised by the first respondent on the papers, that the applicant would have succeeded in putting an end to the first and second respondents’ unlawful conduct had it not been for the order authorising them to enter the second respondent’s premises and inspect documents and goods believed to belong to the applicant” (854D-E).

The *T-Chem* case is an example of the most shocking abuses on the part of both applicant and respondents; the first respondent had left the employ of the applicant and taken with him a good part of the applicant’s business, including the switchboard and telephone lines. On the other hand, the applicant had abused the *Anton Piller* order he had obtained by extending its limits far beyond its intended ambit (856-857); as a measure of disapproval, the judge discharged the *Anton Piller* order (857F). However, the point is this: abuses of an *Anton Piller* order can be controlled by the exercise of caution in granting them and the strict enforcement of safeguards; it is submitted that the court was correct in discharging it because of abuse (although the basic damage had already been done). On the other hand, abuses of position such as that engaged in by the first respondent can, as the judge pointed out, be averted only if a remedy such as the *Anton Piller* order is available. While this is true in the restraint-of-trade cases, it is even more relevant to immaterial property cases where it would be possible for a defendant to evade a plaintiff almost indefinitely if he had notice of an action pending against him.

The decision in *Cerebos Foods*

An *Anton Piller* order was also sought in the *Cerebos Foods* case *supra*, but Stegmann AJ, sitting alone in the Witwatersrand local division, referred the matter to the full bench in order to resolve the conflict between different views which had been propounded. Alas, it seems the matter was fated to remain in a state of flux for the papers, instead of being referred to the full bench of the Witwatersrand local division, were happily dispatched to the Transvaal provincial division. There they received the consideration of the full bench, the result being the lengthy and extensive judgment which has been reported in this case. Van Dijkhorst J, giving the judgment of the court, held unequivocally that no relief equivalent to an *Anton Piller* order existed in South African law (173F); the only remedy available to a plaintiff in such circumstances is the attachment of property in which he has an interest (173E). This interest apparently has to take the form of a real or personal right in the thing attached (164D-F).

It is clear beyond doubt that the rules of the supreme court do not provide for any procedure similar to an *Anton Piller* order and the only basis on which its existence can be justified in South African law is the supreme court’s inherent jurisdiction. This aspect was canvassed in the *Cerebos Foods* case (at 171) and reference was made to the *locus classicus*, *Ex parte Millsite Investment Co (Pty) Ltd* (1965 2 SA 582 (T)). The so-called “reservoir of power” mentioned in that case was interpreted by the court as referring only to the enforcement of rights which already exist at common law (173C-D).

The role of the courts in such situations was stated as follows:

“In South Africa judges do not have the power to create new law where a solution is not provided by the existing law” (163H)

and:

“The Supreme Court is entrusted with the power to enforce the law of the land. This entails doing justice between man and man and the State. Not in the sense of equity which the English Courts of Chancery apply. Not as some vague concept to be interpreted by each according to his background and the political and religious beliefs of the day. But justice administered by protecting and enforcing the substantive rights of the individual and the laws enacted for the common weal.

It follows that the court engaged in its task of enforcing rights must grant a remedy where a right exists. The obverse is also true. Where there is no right the court has no function. Moreover, the court cannot override a right, where no stronger right exists. It cannot usurp the function of Parliament and become law-maker, attractive as that course may be” (171I-172B).

Assuming this to be a correct statement of the position, one must place oneself in the position of the *Anton Piller* plaintiff. He has a right to protect; a right enshrined in a restraint-of-trade agreement or a right to prevent unauthorised distribution or copying of his work, and that is why he comes to court. Furthermore, he states that he will not be able to prove the infringement of his right unless he is able to surprise the defendant in his possession of incriminating evidence, so he approaches the court for an *effective* remedy. The defendant also claims that he has a right; a right to privacy. This is not, however, a case of two equal and opposing rights; the defendant is abusing his right of privacy in order to conceal an infringement of the rights of plaintiff. The question to be asked, therefore, is whether the courts are prepared to sanction this abuse of rights. Or does justice require that the most effective protection possible be given to safeguard the rights of the party who is not infringing the rights of another? If the latter is not the case, the plaintiff, in many cases, would not even bother to approach the courts, who would then evade the issue and allow the defendant to continue his practices.

There is another way of approaching the problem. The defendant is carrying on with his operations, secure in his knowledge that the plaintiff has no remedy; he knows that if action is to be taken against him he will have to be given notice and a considerable time will elapse before he is required to make discovery. Furthermore, he can, as happened in the *T-Chem* case, throw up a smokescreen of disputed facts to prevent any matter being decided by way of application. It is therefore possible for the wily defendant to have disposed of any incriminating evidence long before he will be required to produce it. By allowing this to happen, the court is in fact sanctioning an abuse of its procedures. It is my submission that the inherent jurisdiction of the court certainly extends to a remedy preventing abuse of court procedure (see my article, “The Mareva Injunction and South African Law” 1984 *MBL*) and it seems that the court is obliged to put a stop to this sort of activity by defendants.

The problem arises because the rules of court were not designed to cope with the present commercial situation and, wherever possible, a flexible approach should be adopted to ensure justice. The English courts have done this, and have been confirmed in some respects by the legislature (e.g. in the Supreme Court Act of 1981). If the South African courts are going to wait for the legislature or, as suggested by Coetzee J, the South African Law Commission (*Pentreath* at 617D-E) a great deal of unnecessary injustice will be done in the meantime.

The final outcome of the full bench decision was that the only element of *Anton Piller* orders which was approved by the court was the attachment of property in which a real or personal right was claimed, which remedy has long been available (164D-E). Furthermore, it was held that the applicant's attorney should not be permitted to accompany the deputy sheriff when making the attachment (174D-G) and that such an application should only be made in conjunction with a substantive application for relief. The "noxious weed" thus pruned would therefore, be of little assistance to plaintiffs in the type of action which ordinarily invites an *Anton Piller* order.

The Trade Fairs case

a *Referral to the full bench*

This was not, however, to be the demise of the *Anton Piller* order even in the Transvaal, for it turned out that the case should never have been heard by the Transvaal provincial division at all; according to Coetzee J it should have been referred to the full bench of the Witwatersrand Local Division (in terms of s 13(1)(b) of the Supreme Court Act 59 of 1959). This point was raised *mero motu* by the Court in *Trade Fairs and Promotions (Pty) Ltd v Thomson* 1984 4 SA 177 (W), which had been waiting for the decision in the *Cerebos Foods* case in order to finalise the matter.

It is submitted that the situation is not entirely free from doubt. Although section 13(1)(b) of the Supreme Court Act permits a single judge of a division to refer the matter to the full court of that division, the local divisions are in a somewhat peculiar position. No judges are assigned to local divisions; judges assigned to the provincial division with concurrent jurisdiction in terms of section 3(2) *preside over* the court in the local division (s 3(4)). Furthermore, if a single judge refers the matter to a full court, it must be to a court constituted in terms of section 13(1)(a) by the judge president or, in his absence, the senior available judge. The Witwatersrand local division does not have a judge-president (see *Trade Fairs* 181); it would therefore appear to be arguable at least that Stegmann AJ was a judge of the Transvaal provincial division (who merely happened to be presiding in the WLD) and that it was correct to refer the matter to the full bench of that division. It seems that the problem will be resolved only when the Witwatersrand local division is ultimately elevated to the status of a provincial division, which is clearly the feeling of Coetzee J (*Trade Fairs* 181I).

On the return day the matter happened to come before Coetzee J, who had previously (in *Pentreath's* case) shown himself to be diametrically opposed to the granting of *Anton Piller* orders by South African courts. The *Trade Fairs* case, with respect, appears to be not only an all-out attack on *Anton Piller* orders, but also on academics in general and certain academics in particular, as well as on certain pronouncements by the Transvaal full bench.

b *The precedent question*

It commenced with a discussion on whether or not the judgment in the *Cerebos Foods* case, given as it was *per incuriam*, should constitute a binding precedent. The court held: "Nullity is a relative concept. What is null for one purpose is not necessarily null for another" (185H). Although the judgment was legally a nullity (183D), and not even sufficient to ground a plea of *res judicata*, Coetzee J

held that it was nevertheless a binding precedent. An opinion to the contrary expressed by Professor Ellison Kahn was dismissed by the judge as an "unmotivated observation" to which he had not addressed his mind (186G). I think I would prefer to side with Kahn; while the judgment of the full bench may be cogently persuasive, as it amounts to the expression of the views of the court, any pronouncement actually made would be invalid and would not be subject to appeal. The judgment would in fact not even have to be formally set aside (*Suid-Afrikaanse Sentrale Ko-operatiewe Graanmaatskappy Bpk v Shifren* 1964 1 SA 162 (O)) and to hold that it nevertheless joins the body of binding precedent would appear to be incorrect (subject, of course, to the reservations mentioned above).

The court's approach to this question rested on the different types of *per incuriam* decision. While accepting that decisions made *per incuriam* in the sense of ignoring a statutory provision were not binding although they would constitute *res judicata*, the judge held that the present type of *incuria* was different:

"If it is true that only its value as a precedent is vitiated by [the first] type of *incuria*, there is nothing illogical about the converse also being true, i.e. that only its effectiveness *inter partes* is vitiated by [the second] . . . (185G)."

It is submitted that this is not so. A decision which ignores a statute, however important, is not void; it simply does not bind future courts. Where the judgment is given by a court which lacks jurisdiction, then it is void *ab initio*. To say that nullity is a relative concept not only does not assist one in arriving at a conclusion, but is also, it is submitted, legally inaccurate. If an act is null or void, then it has no juristic existence. Furthermore, the authority relied on by the judge, *Potter v Rand Townships Registrar* 1945 AD 277, is, with respect, no support for the proposition. In that case, the concept "relative nullity" was referred to in contradistinction to "absolute nullity," the former being akin to voidability. In any event, it is clear that the type of nullity involved in the *Cerebos Foods* case was undoubtedly "absolute."

Coetzee J proceeded to make some remarks on the precedent system in general, in the course of which he uttered a *dictum* which will never be forgotten in South African law faculties:

"It is often more important that the law should be certain than that it should be ideally perfect. The strictures of some academics of this attitude and their lament will be borne with all the fortitude at one's command. They can be forgiven for they 'knoweth not.' They have not had judicial experience" (186I-187A).

So much for the objections raised by the Chief Justice concerning undue criticisms of the bench (Rabie "Regbank en Akademie" 1983 *DJ* 21).

Having expounded on the precedent system, the judge proceeded (at 194A) to sound a "cautionary note" to the full bench of the Transvaal provincial division. Van Dijkhorst J had disapproved certain *dicta* by Coetzee J in *Pentreath's* case. Coetzee J responded by pointing out that he was in fact correct the first time (192-193). Nevertheless, despite his criticism of the stress placed by the full bench on the maxim *ubi ius ibi remedium*, which he considered to be either *sub silentio* or not part of the *ratio*, Coetzee J held that the *Cerebos Foods* decision was binding, perhaps even on the dubious basis suggested by Centlivres CJ in *Fellner v Minister of the Interior* 1954 4 SA 523 (A) 533, namely that the decision can be binding even if one cannot ascertain the *ratio* (194I). Even if the *Cerebos Foods* case did not bind him, the judge stood, in the alternative by his reasoning in the *Pentreath* case (194I).

c *The attitude of Mr Justice Coetzee*

It is therefore abundantly clear that Coetzee J was fundamentally opposed to the *Anton Piller* order. This is evident from the judgment in *Pentreath's* case:

"Until it can be demonstrated to me, without the aid of English or other foreign judgments where in our common law the jurisprudential basis exists for a claim for anticipatory discovery and for any kind of right to a search warrant so as to invade another's privacy, I shall not grant such applications when they come before me. Naturally, if I am held to be wrong by a Full Bench of this Division the position will change. And this also goes for intellectual property cases" (616H).

And:

"Mr *Du Toit* has just drawn my attention to something with which I intended to deal but leave out . . . Let me also deal briefly with the allegations in this case, which I fear I also omitted to do, possibly in my zeal to get at *Anton Piller*" (617G).

This attitude is amply borne out by the preamble to the *Trade Fairs* decision:

"*Anton Piller* is a die-hard alright (*sic*). Even more so than I thought in *Economic Data Processing (Pty) Ltd and Others v Pentreath* 1984 (2) SA 605 (W) at 606. He has also the best of British luck on his side. I had believed that this decision had contributed a nail to the coffin in which he was thereafter finally laid to rest by the Full Court of the Transvaal Provincial Division in [the *Cerebos Foods* case]. . . But something happened on the way to the funeral. Apparently he escaped" (179B-C).

It is submitted that there is a very good reason for the tenacity displayed by the *Anton Piller* order, which was recognised by Coetzee J in *Pentreath* (at 617C-D), namely that modern commerce demands such a remedy. If the courts do not do their utmost within their powers to ensure that justice is achieved, even in a modern business situation, then surely they are no better than the cart drawn by the ass which is the law. The court has been quick to spring to the defence of the wily defendant, championing his rights, while at the same time ignoring the dire situation of the plaintiff. It is submitted that the court should with creativity guide the donkey in the way he should go and that the *Anton Piller* order would have been an ideal opportunity to do so.

It is clear that the *Anton Piller* order was much used in practice (Erasmus *op cit* 221-222) and the reaction to this by Coetzee J was characteristic of his attitude to the order in general:

"During April of this year an article appeared in the financial section of the *Rand Daily Mail* in which the author discussed the *Economic Data* judgment. He made the point, on the basis of information given to him by an unnamed attorney, that *Anton Piller* was very much alive and that well-informed attorneys knew before which judges they should place their secret applications. If this were true (I do not believe it) it is difficult to conceive of something more damaging to the Supreme Court as an institution in the structure of the State (*Trade Fairs* at 187C-D).

Given the fact that the only time *Anton Piller* orders were refused in the Witwatersrand local division was when they came before Coetzee J, it appears highly probable that the statement made in the *Mail* was correct; it is perfectly understandable that a plaintiff who wishes to protect his rights with an *Anton Piller* order should take all possible steps to ensure that it is granted. He cannot, however, always choose his judge for the return day and this is presumably what happened in the *Trade Fairs* case. Although this is, perhaps, some reflection on the supreme court, it is nothing new that different judges think differently. Normally, the precedent system irons out many major discrepancies; if, however, one views the *Anton Piller* saga in a historical perspective, the following picture emerges:

Date	Case*	Judge	Return Day From	Anton Piller Order
Nov 1979	<i>Roamer Watch</i>	Cilliers AJ	Gordon J	Approved
Nov 1979	<i>Wilrose Timbers</i>	Philips AJ	Melamet J	Approved
Oct 1981	<i>Continental Wholesalers</i>	Milne J		Approved
Jan 1982	<i>Scaw Metals</i>	Milne DJP	Milne DJP	Approved
Aug 1982	<i>House of Jewels</i>	Coetzee J		Not approved
May 1983	<i>Easyfind International Pentreath</i>	Schutz AJ	Preiss J	Approved
Feb 1984	<i>T-Chem</i>	Coetzee J		Not approved
Mar 1984	<i>Cerebos Foods</i>	Conradie AJ	Unstated	Approved
April 1984		Boshoff JP	Referred by Stegmann AJ	Not approved
		Van Dijkhorst J		
		O'Donovan J		
Jun 1984	<i>Trade Fairs</i>	Coetzee J	Unstated	Not approved

*(*Roamer Watch Co SA Ltd v African Textile Distributors* 1980 2 SA 254 (W); *Wilrose Timbers (Pty) Ltd v CE Westergaard (Pty) Ltd* 1980 2 SA 287 (W), *Continental Wholesalers v Fashions Fantasy (Pty) Ltd* 1983 1 SA 683 (D); *Scaw Metals Ltd v Apex Foundry (Pty) Ltd* 1982 2 SA 377 (D); *House of Jewels & Gems v Gilbert* 1983 4 SA 824 (W); *Easyfind International (SA) (Pty) Ltd v Instaplant Holdings* 1983 3 SA 917 (W); *Economic Data Processing (Pty) Ltd v Pentreath* 1984 2 SA 605 (W); *Petre and Madco (Pty) Ltd t/a T-Chem v Sanderson-Kasner* 1984 3 SA 834 (W); *Cerebos Foods Corporation Ltd v Diverse Foods SA (Pty) Ltd v Thomson* 1984 4 SA 149 (W)).

Apart from the two Natal decisions and more recently one in the Cape (*Network Video (Pty) Ltd v Universal City Studios Inc* 1984 4 SA 379 (C)), all the matters have arisen in the Witwatersrand local division; the full bench of that division has not pronounced on the matter, which means that Coetzee J is the only judge there to have held that an *Anton Piller* order may not be granted. In order to do so, he must have held that the decisions by Cilliers AJ, Gordon J, Philips AJ, Melamet J, Schutz AJ, Preiss J and Conradie AJ were clearly wrong. It is interesting to note that in the *House of Jewels*, the court distinguished the *Roamer Watch* case on the basis that it dealt with intellectual property (835F). However, the learned judge revised his opinion in *Pentreath* (at 617A).

Conclusion

The *Anton Piller* order has been variously described as an "indestructible water hyacinth" (*Pentreath* 606D), a "wild and prickly bramble bush" (*Cerebos Foods* 161H), and a "noxious weed" (*Cerebos Foods* 163C); despite its obvious attractions to the business community, it has been the subject of unrelenting attack by certain courts. While it is not for a moment suggested that inroads should be made into the rights of individuals, it is submitted that this is not what *Anton Piller* orders are designed to do. Their purpose is twofold:

- i to prevent an abuse of right on the part of the defendant and to enforce the rights of the plaintiff; and
- ii to prevent abuse of the procedures of court and to preserve evidence for the purpose of trial.

It is submitted that the court has jurisdiction to grant a remedy under both of these heads; it is furthermore submitted that failure to grant the remedy is a

failure of justice. It is obvious that the procedures are open to abuse, but such abuse can easily be curbed by caution in the granting of the order and strict censure of the attorneys who are involved in the abuse. Besides, the mere fact that a remedy is subject to possible abuse has never been a reason for refusing it altogether.

AC BECK
University of Bophuthatswana

ARTIFICIAL INSEMINATION IN SOUTH AFRICA IN THE LIGHT OF THE HUMAN TISSUE ACT 65 of 1983

1 Introduction

In vitro fertilization (IVF hereafter) was beyond the wildest dreams of the technical expertise in existence at the time when our common law was being formulated. This is one of the reasons why it is so difficult to apply the principles of family law, for example its concept of legitimacy, to the artificial insemination by donor (AID hereafter) or IVF (embryo-donated) child. One is in effect attempting to apply definitions which were formulated during a period when AID and IVF did not exist, to the results of modern technology. A classic case of science outpacing the law.

It was only in 1970 that our legislature officially recognised the fact that AID had arrived and was in fact being practised in South Africa and that some form of regulation was necessary. This was achieved by section 7 of the Anatomical Donations and Post-Mortem Examinations Act 24 of 1970, whose date of commencement was 1970-03-09. The wording of section 7 is such that it covers both AID and IVF.

In 1983 new legislation, namely the Human Tissue Act 65 of 1983, was passed. It was signed by the state president on 1983-05-20 but no commencement date has yet been announced for it. Chapter II of this act purports to regulate AID and IVF but, it is submitted, it is worded in such a way that IVF is in fact not included within its ambit. The position at present is thus that IVF continues to be regulated by The Anatomical Donations and Post-Mortem Examinations Act 24 of 1970 and it is to be hoped that the Human Tissue Act will be suitably amended before it is put into operation.

2 The Anatomical Donations and Post-Mortem Examinations Act No 24 of 1970

2 1 *Gonad and gamete*

My first comment concerns the definition of the word *gonad*. It is defined as "the human tissue or group of germinal cells essential for the reproduction of the species." Black's *Medical Dictionary* (33rd edition) defines gonad as:

"a gland which produces a gamete: an ovary or testis" (*sv* "gonad").

Snyman's *Dictionary of Medical Terminology* defines gonad as:

"'n teelklier, eierstok, embrioniese geslagsklier" (*sv* "gonade").

It is submitted that both these definitions are more accurate than the one given in Act 24 of 1970. It is submitted that the definition employed by the legislature is in fact closer to defining a *gamete* and that this is probably what it had in mind.

In both AID and IVF it is in fact gametes (sperm or ova) which are utilized (in other words, the product of a testicle or ovary) and not these glands *per se*. It is thus submitted that the word "gonad" as used in section 7 should in fact read "gamete."

2 2 *Consent*

The first prerequisite for IVF is that the medical practitioner should procure an ovum. This is done by way of laparoscopy. Because laparoscopy involves minor surgery it requires the consent of the woman upon whom the operation is to be performed which is the usual informed consent necessary for surgery.

Where the IVF procedure involves using the gametes of a man and a woman who are married to each other no further consent is necessary because section 7 requires ministerial permission only when the ovum or embryo is drawn from a donor and implanted into the uterus of another person (embryo transfer). However, in the case of AID, because the gametes utilised by the couple come from "another person," ministerial permission is necessary where the sperm is *removed* from the donor. Sperm produced by masturbation is not deemed to have been "removed" by a medical practitioner and the use of sperm acquired in this way is therefore exempt from ministerial permission.

The practice of embryo transfer is not prohibited by Act 24 of 1970. This is the case where, for example, a married woman is unable to produce ova or she is the carrier of an hereditary disease, and the spouses decide to have recourse to acquiring donated ova which are then fertilized with the husband's sperm and transplanted into the wife's uterus. In a situation like this the consent of the Minister is required because donated ova are being removed from one person for procreation in the body of another person. This situation is analogous to AID. If the Minister consents to AID there is no reason why he should not consent to the donation of ova followed by IVF and embryo transfer as well.

3 **The Human Tissue Act 65 of 1983**

3 1 *Improvements effected by this act and general comment*

3 1 1 *Definitions*

In this act the legislature has, with respect, correctly distinguished between a *gonad* and a *gamete* in section 1, which deals with the definition of terms.

3 1 2 *Guidelines and consent*

Section 19 of the act sets out the guidelines which must be observed by a medical practitioner when obtaining the gametes to inseminate his patient. The section is worded in such a way as to close the loopholes that existed in section 7 of the Anatomical Donations Act which in effect provided that if the gametes (semen) were not actually removed by a medical practitioner, the permission of the minister was not required for its use in an AID situation. In practice the semen used by doctors for AID is produced by the donor himself by way of

masturbation. The result is that there was in practice very limited control over AID.

Section 19 of the Human Tissue Act has tightened up this aspect considerably. It refers to gametes which are either removed or withdrawn and does not prescribe that these acts should be performed only by a medical practitioner. It stipulates that the gametes so acquired shall only be used for medical purposes, and artificial insemination is included in this designation.

3 1 3 *Ministerial consent*

The provisions requiring a practitioner to obtain ministerial consent in order to utilise donated ova in the IVF process (see section 7 Act 34 of 1970) have been replaced by the provisions of section 22 of Act 65 of 1983 which stipulate that a medical practitioner who performs IVF must adhere to a code of practice to be published by the department of health and welfare. If a practitioner acts contrary to the provisions of this code he is liable to a fine not exceeding R2 000 or imprisonment for a period not exceeding a year, or both.

3 1 4 *Eugenics*

The legislature has also adopted a limited eugenic approach regarding the use of donated gametes for artificial insemination, in so far as it is provided that the sperm of mentally ill persons or habitual criminals is to be eschewed. Section 16 of the act also imposes the ultimate rule against perpetuities; it prohibits the transplantation of gonads from the body of a deceased person into the body of a living person if it could result in procreation. The very idea adds a whole new dimension to the concept of placing old wine in new vessels.

3 1 5 *Transplantation of gonads*

In terms of section 21 of the Human Tissue Act a practitioner requires the written permission of the minister in order to remove a gonad, that is a testicle or ovary, from a living person and to transplant it into the body of another person if it can result in procreation. If a child is born to a recipient of such a gonad, the child will be genetically that of the donor of the gonad. Such a transplant will in effect have the same consequences as AID or IVF depending on which gonad is transplanted.

The need to obtain consent for such a transplant seems to conflict with the fact that no such ministerial consent is required for the donation of gametes. The end result of both processes is the same.

Perhaps the explanation lies in the fact that the progeny of donated gametes are, rightly or wrongly, illegitimate. There is at least time and distance between the donor and recipient in an AID or IVF situation, whereas it would be difficult to brand the offspring of person's own (albeit donated) gonads, conceived by natural processes, as being illegitimate.

3 2 *Weaknesses in the new act*

3 2 1 *IVF excluded*

The most significant weakness in the Human Tissue Act is the fact that it does not specifically regulate IVF. Applying the maxim of interpretation of statutes *expresso unius est exclusio alterius* it would mean that doctors would have *carte*

blanche to act in this field in terms of the law as it now reads. It is submitted that this is not a serious omission if IVF is going to be confined to being merely a process of embryo replacement (the equivalent of AIH) and that it will never advance beyond this to encompass embryo transfer (that is use of donated embryos) as well. It is submitted that when one is dealing with embryo transfer (the equivalent of AID) a certain amount of legislative regulation is desirable and that this omission should be corrected.

3 2 1 *Human Tissue Amendment Act 1984*

The defective definition of "artificial insemination" in the 1983 Act (see *supra*) has been corrected by a comprehensive new definition of "artificial insemination" which includes both AID and IVF. This definition formed the substance of the Human Tissue Amendment Act 1984.

3 2 2 *Embryo research*

3 2 2 1 *Desirability*

Section 19 of the act restricts the use of gametes to medical purposes only. Can the term "medical purposes" be interpreted sufficiently widely to include experiments conducted by *bona fide* researchers using donated gametes? I should imagine that a great deal of continuous research needs to be done into IVF to improve the current success rate of implantations which appears to be approximately 13% in Australia and England.

3 2 2 2 *British research guidelines*

The British Medical Research Council (MRC hereafter) issued a six-point guideline regulating IVF research (1982 *British Medical Journal* 1480) which sanctions such research under the following conditions:

First, the MRC approves scientifically sound research on human *in vitro* fertilization provided that there is no intent to transfer to the uterus any embryo used in such experiments and provided also that the research has a clear relevance to clinical problems such as infertility or inherited diseases. Second, it requires the informed consent of all donors of human ova and sperm and prohibits the use of sperm from sperm banks unless it was collected and preserved specifically for research purposes. All experiments must be approved by scientific and ethical review committees.

Third, human ova that have been fertilized for a therapeutic purpose and are no longer required for that purpose may be used for research provided the informed consent of both donors is obtained. Fourth, fertilized human ova should not be cultured *in vitro* beyond the implantation stage and should not be stored for unspecified research purposes. The government-appointed Warnock committee of inquiry into IVF and surrogate parenthood recommended in its report (*Natal Mercury* 1984-07-19) that research on embryos which are more than 14 days old should not be permitted.

The fifth guide-line concerns one of the most controversial aspects of *in vitro* fertilization — the freezing of embryos for research or later implantation. The MRC does not directly bar freezing, but states that "tests of animal embryos in appropriate animal models are necessary before it can be assumed that freezing and storage of the embryo does not cause harm to the conceptus."

The final guide-line takes up the question of interspecies fertilization. It states that some studies are valuable in providing information on the penetration capacity and chromosome complement of sperm from subfertile males and should be supported. Such studies, not mentioned specifically, involve the fertilization of hamster eggs by human sperm for diagnostic purposes. However, the guide-line states that the fertilized ova should not be allowed to develop beyond the early cleavage stages.

3 2 2 3 *Australian research guide-lines*

The Australian guide-lines on IVF Research are set out in *Supplementary Note 4* to the *National Health and Medical Research Council Statement on Human Experimentation* in September 1982. They also sanction IVF research under certain conditions.

Every centre or institution offering an *in vitro* fertilization and embryo transfer programme must have all aspects of the program approved by an institutional ethics committee.

Acknowledging that *in vitro* fertilization and embryo transfer are well established as a treatment of infertility, the guide-lines state that that procedure normally involves the ova and sperm of partners within an "accepted family relationship" (marital status unspecified).

In a case where the ovum is either unavailable or unsuitable, it is acceptable to implant a donated ovum provided that the transfer is part of treatment within an accepted family relationship. The recipient couple must be prepared to accept the duties and obligations of parenthood and consent should be obtained from the donor and the recipient couple. There should be no commercial transaction between them.

However, the guide-lines do not approve the next, technically feasible step — a surrogate mother producing a child for an infertile couple with ova and sperm donated by that couple — because the ethical questions of "determining and defining motherhood in this context" have not yet been resolved.

Like the British guide-lines, the Australian version prohibits the continuation of embryonic development *in vitro* beyond the stage at which implantation would normally occur.

According to the guide-lines the sperm and ova produced for *in vitro* fertilization are considered to belong to the donors; and their wishes regarding the use, storage, and ultimate disposal of the sperm, ova, and resultant embryos should be ascertained and, as far as possible, respected by the institution. If the donors disagree about what should happen to the embryo, the institution should be in a position to decide.

Concerning storage, the Australian guide-lines point out that there may be "biological and social risks," and restrict storage for transfer to early, undifferentiated embryos. Even though it may be technically possible to store such embryos indefinitely, time limits — of the order of not more than ten years — should be set. However, the time limit should not be beyond the time of conventional reproductive need or competence of the female donor. This guide-line is apparently intended to reduce the possibility of intergenerational embryo transfer.

The guide-lines consider cloning (not mentioned at all by the British) as "ethically unacceptable," but they do not mention interspecies fertilization.

Finally, the Australian guide-lines allow for conscientious objection to research or therapeutic projects in this field, and state that those who object should not be obliged to participate in these projects nor should they be put at a disadvantage because of their objections.

It is submitted that the Department of Health and Welfare should consider the British and Australian guide-lines when they draft the South African code of practice.

3 2 3 *Cryopreservation excluded*

Another omission from the Human Tissue Act which, it is to be hoped, will be dealt with in the above-mentioned code of practice is the question of cryopreservation (freezing) of human embryos and semen. If AID is to become a viable fertility therapy it is essential that doctors should have a supply of reliable sperm available to them and this is only possible by way of a sperm bank which is operated under strict control.

The task of doctors treating a patient by IVF is also simplified if they are able to freeze and preserve human oocytes and embryos. The pioneers in this field are the Australians Trounson and Wood. Their research into the cryopreservation of embryos has resulted in the birth of a healthy child from an embryo which had been frozen prior to thawing and reimplantation. They described the desirability of this form of cryopreservation as follows:

"Some patients (5 to 15 per cent) are unsuitable for embryo transfer after oocyte collection and IVF because of uterine bleeding, serious illness, including haemorrhage, highly elevated body temperature (hyperthermia) or distress after laparoscopy, and major obstructions in the cervix which do not allow the passage of a transfer catheter. A method for embryo preservation would allow time to correct these problems, so that ET could be performed during later ovulatory cycles. In addition, the use of clomiphene citrate to induce superovulation can result in the development of more than one or two embryos. The extra embryos could be frozen for later thawing and ET in a subsequent ovulatory cycle. Alternatives considered less desirable by our own medical ethics committees are simple disposal or use for other research, such as into embryo structure or biochemical function." (Trounson and Wood 1981 (8): 39) *Clinics in Obstetrics and Gynaecology* 681 709-710; see also Trounson *et al* "The deep-freezing of human embryos" *Proceedings of the Third World Congress of Human Reproduction, ICC Berlin* (1981) 367)

It is submitted that the wording of section 3 of Act 65 of 1983 should be expanded to include the term gamete to enable persons willing to donate their gametes to an authorised institution to do so.

It is also submitted that the wording of section 24 of the same act which empowers the minister to authorize institutions to acquire and supply bodies and tissue, should be expanded to include gametes. This will pave the way for the establishment, under ministerial control, of semen and embryo banks, which is not possible in terms of the legislation as it reads at present.

It is submitted that the following considerations related to cryopreservation and storage of embryos should be included in the code of practice which the Department of Health and Welfare is drafting:

a The cryopreservation of embryos "bred" especially for research should be prohibited.

b Embryos which are kept in cryostorage should be reserved for the treatment of a particular couple or patient.

c The period of storage should be limited for social rather than medical reasons. It is submitted that this period should not extend beyond the conventional reproductive period of the female concerned. This would align her fertility period as closely as possible to nature.

d The couple should agree when commencing IVF therapy that when the female enters the menopausal period of her life her frozen embryos should be destroyed, donated to another recipient or utilised for research purposes.

e The cryopreservation of fertilised embryos can result in potentially dangerous social and legal consequences which could arise from the failure to observe strict and careful limits on the use of cryostorage namely:

Long-term storage and the subsequent release of embryos could result in jumped or mixed generations. This in turn could result in family traumas, difficulties in regard to succession to property and the administration of estates, and to problems concerning legitimacy and maintenance orders. Unscrupulous administrators of an embryo bank could also embark on black-market dealings or the export of embryos.

It is therefore submitted that cryostorage of embryos and sperm should be strictly controlled. Only licensed institutions which are regularly inspected and which are required to keep proper records should be allowed to engage in these activities. Furthermore, the sanction of the criminal law should be invoked by way of heavy fines or imprisonment for deliberate contraventions of regulations.

3 2 4 *Payment*

It is submitted that section 28 of the act when read in conjunction with sections 3 and 24 contains an anomaly, namely that section 28 empowers an authorised institution to receive payment for the acquisition, import or supply of any tissue or gamete, yet on the other hand sections 3 and 24, which regulate the acquisition by authorised institutions of bodies and tissue, makes no reference to their being allowed to acquire and store gametes.

3 2 5 *Legal status of AID and IVF children*

Perhaps the greatest shortcoming in our legislation dealing not only with IVF but also with AID is related to the issue of the legitimacy of the offspring. In the AID situation the child is, in terms of our current law, the illegitimate child of the semen donor and its mother. In an IVF situation in which the gametes of a husband and wife are used, no legitimacy problem arises. The child is the legitimate child of its natural parents. But, if a wife cannot produce an ovum and the spouses resort to obtaining a donated ovum the resulting child would probably be illegitimate. This would, for example, have been the fate of the child born to an Australian mother who gave birth to a son in November 1983 after receiving a donated ovum which was fertilized by her husband's semen (*Natal Witness* 1984-03-19).

Our common law regarding this situation is clearly inadequate. According to the common law the man and woman whose gametes produce the child must be married at the moment of conception, or birth, or at any interim period, in order that the child may be regarded as legitimate. Yet our legislature very nearly

resolved this problem concerning AID (but not IVF) when it included in clause 39 of the Draft Child Care Bill a provision that:

“Any child conceived within wedlock by means of artificial insemination shall for all purposes whatsoever in law be deemed to be the legitimate child of his mother’s husband if both the mother and her husband requested or consented to the said artificial insemination.”

This section wisely made the consent of the married couple the criterion for determining the legitimacy of the child.

Regrettably, however, at the last moment this section was excised from the bill and was not included in the Child Care Act 74 of 1983.

The legitimacy problem of AID children has remained and cannot be wished away; in fact, it is submitted that it will become more acute as the number of AID children born in South Africa increases. The problem will be further compounded when our newly established IVF clinics resort to the use of donated ova to resolve the fertility problems of women who are capable of carrying a child to term but are unable to produce the required egg. It is hoped that our legislature will reconsider the provisions of section 39 and in addition they should expand this clause to bring IVF using donated ova, within its ambit.

It is also worth noting that the Warnock Committee in the UK has recommended that the law should assign a special status to the human embryo.

3 2 6 *Publication*

The object of section 33 is to limit the publication of information regarding the donors and recipients of blood, tissue and gametes and thus protect their identity and shield them from the glare of unwanted publicity unless they consent to such publication in writing. Section 33(2), which deals with the identity of recipients, refers only to recipients of tissue and not to recipients, of gametes. The protection of this section thus extends only to the donors of gametes or the person who has consented to the removal of gametes from the body of a living person.

3 2 7 *Inspector of anatomy*

Chapter 4 of the act deals with the appointment, duties and powers of an inspector of anatomy. Each inspector will have a specific geographical area in which he will be authorised to operate. I can understand the need for officials who will guard against individuals in hospitals, laboratories and blood banks engaging in unethical practices or research, especially in the field of embryology. I am however, extremely concerned at the far-reaching powers which have been entrusted to an inspector of anatomy, for example:

- a This official may enter any premises on which artificial insemination is performed, blood products are stored or produced or any medical activity is practised without warning or without obtaining any form of consent.
- b Once on the premises the inspector may examine any experiment, tissue or substance. He may also open any packages or containers, presumably even if such tampering destroys an experiment in progress.
- c He may demand to see any person, document or register. He may also make copies or seize any documents or registers.
- d He may, in the course of any investigation, question any person he finds on the premises or whom he suspects to be employed on the premises, or order any such person to appear before him to be questioned.

e He may remove and bury the remains of a human body or tissue which was stored on premises entered by him.

It is no exaggeration to say that an inspector of anatomy has greater powers than a policeman. A policeman must at least have a warrant to enter and search premises and to confiscate material. Nor is a policeman authorised to order a citizen to appear before him on a certain day and date to be questioned. In addition to these extensive powers section 35(1) absolves an inspector of anatomy from any civil or criminal action resulting from any order or instruction which he issued to an institution to hand over a cadaver provided that he acted in good faith.

These formidable powers are backed up with severe penalties namely a fine of R2 000 or one year's imprisonment or both, if a person should refuse to cooperate with an inspector of anatomy (see section 34 1(P)).

It is my submission that by granting such excessive powers to an individual to interfere in the research being done in hospitals and laboratories the legislature has literally licensed a bureaucratic bull to rampage in the scientific china shop with potentially disastrous results for researchers in the medical field.

4 Conclusion

With three IVF units operating or about to start operating in South Africa the country is on the threshold of an exciting new era in human reproduction. We have joined the world of the new biology, by way of the skill of our gynaecologists and the legal charter sanctioning these procedures, namely the Human Tissue Act, which in its amended form is a fairly sound and progressive piece of legislation. It is to be hoped that the code of practice will be equally enlightened.

On the other hand, the child, the product of this great technological breakthrough, will probably still be branded as an illegitimate if his womb mother had to resort to obtaining a donated gamete in order to conceive.

The legal status of IVF in South Africa has to a large extent been clarified by the Human Tissue Act and I would thus appeal to our legislature to round off that task by grasping the final nettle and legislating to ensure that both the AID and IVF child may enjoy the status of a legitimacy. It is submitted that, if this vital step is taken, AID and IVF will be placed on a sound legal basis and that practitioners will be able to proceed with their task with confidence.

M LUPTON
University of Natal

ARTIKEL 20 VAN DIE NUWE WET OP KINDERSORG 74 VAN 1983 — DIE GEVOLGE VAN AANNEMING

1 Algemeen

Aanneming is 'n gebeurtenis (of proses) met sekere regsgevolge. Die regsverhouding tussen die kind wat aangeneem word en sy biologiese ouers en verwante word beëindig en 'n nuwe regsverhouding kom tussen die aangeneeme kind en

sy aanneemouers en hulle verwante tot stand. Artikel 74 van die Kinderwet 33 van 1960 het gehandel oor die gevolge van aanneming. Volgens dié artikel het die kind wat aangeneem word nog steeds in 'n sekere regsverhouding met sy biologiese ouers of hul verwante gestaan en sy nuwe regsverhouding met die aanneefamilie was nie in alle opsigte dieselfde as dié van 'n wettige kind nie. Artikel 20 van die nuwe Wet op Kindersorg 74 van 1983 sal artikel 74 van die Kinderwet vervang en dit sal die regsverhouding tussen die aangeneome kind en sy eie ouers, en tussen hom en sy aanneemouers en hulle verwante, wysig. Die nuwe Wet op Kindersorg sal waarskynlik nog in die loop van hierdie jaar in werking tree. Ten einde 'n vergelyking te tref tussen die 1960-wet en die 1983-wet word die tersaaklike gedeeltes aangehaal.

Die volgende gedeeltes van artikel 74 van die Kinderwet 33 van 1960 is van belang:

“(2) . . . 'n aangeneome kind word vir alle doeleindes hoegenaamd regtens geag die wettige kind van die aannemende ouers te wees: Met dien verstande dat 'n aangeneome kind nie uit hoofde van die aanneming

(a) geregtig word op enige eiendom nie, wat aan 'n kind van sy aannemende ouers toekom kragtens 'n akte wat voor die datum van die order van aanneming verly is (*inter vivos* of *mortis causa*) tensy die akte duidelik die bedoeling uitdruk dat daardie eiendom aan die aangeneome kind toekom.

(b) enige eiendom *ab intestato* van 'n bloedverwant van sy aannemende ouers erf nie.

(3) 'n Order van aanneming hef alle regte en wettige verantwoordelikhede op wat bestaan tussen die kind en sy natuurlike ouers en hul bloedverwante, behalwe die reg van die kind om *ab intestato* van hulle te erf.” (Sien ook artikel 82 van Wet 33 van 1960 wat in wese ooreenstem met artikel 20(4) van die nuwe Wet.)

Artikel 20 van die Wet op Kindersorg van 1983 lui hierteenoor soos volg:

“(1) 'n Aannemingsbevel hef alle regte en verpligtinge op wat bestaan tussen die kind en iemand wat onmiddellik voor bedoelde aanneming sy ouers was (behalwe 'n gade in Artikel 17(c) beoog), en daardie ouers se bloedverwante.

(2) 'n Aangeneome kind word vir alle doeleindes hoegenaamd regtens geag die wettige kind van die aannemende ouers te wees, asof hy gedurende die bestaan van 'n wettige huwelik uit daardie ouers gebore is.

(3) 'n Aannemingsbevel verleen aan die aangeneome kind die familienaam van 'n aannemende ouer, tensy die bevel anders bepaal.

(4) 'n Aannemingsbevel het nie die uitwerking dat 'n huwelik of vleeslike gemeenskap (behalwe 'n huwelik of vleeslike gemeenskap tussen die aannemende ouer en die aangeneome kind) wat by onstentenis van die aanneming verbode of veroorloof sou gewees het, veroorloof of verbode word nie.”

Alhoewel dit blyk dat in artikel 20(2), net soos in artikel 74(2) van die Kinderwet, 'n aangeneome kind vir alle doeleindes hoegenaamd regtens geag word die wettige kind van sy aannemende ouers te wees, en alhoewel artikel 20(1) net soos artikel 74(3) alle regte en verpligtinge ophef wat bestaan het tussen die aangeneome kind en sy eie ouers en hulle bloedverwante, is alle bepalinge ten opsigte van 'n aangeneome kind se vermoë al dan nie om intestaat te kan erf deur die wetgewer geskrap.

Wat wel die belang is, is die bepaling van subartikel 20(2) wat lui:

“asof hy gedurende die bestaan van 'n wettige huwelik uit daardie ouers gebore is.”

2 Die Implikasies van Artikel 20 vir die Intestate Erfreg

Die kenmerkendste eienskap van die gemeenregtelike intestate erfreg was die feit dat dit geheel en al berus het op die bloedverwantskap tussen die erflater en die intestate erfgename. (Sien die Politieke Ordonnansie van 1580, die Interpretasie van 1594 en die Oktrooi van 1661.)

Statutêre bepalinge het die gemeenregtelike intestate erfreg egter gewysig sodat die langsliewende eggenoot of eggenote en aangenome kinders wat geen bloedverwante van die erflater was nie, ook intestaat kon erf. (Sien die Erfopvolgingswet 13 van 1934 en die Aanneming van Kinderen wet 25 van 1923, soos herroep deur die Kinderwet 31 van 1937, soos herroep deur die Kinderwet 33 van 1960, soos (gedeeltelik) vervang te word deur die Wet op Kindersorg 74 van 1983.)

Op die oog af was die intestate erfregtelike posisie van die aangenome kind kragtens die 1960-Kinderwet duidelik. Spiro (1961 *SALJ* 326) stel dit soos volg:

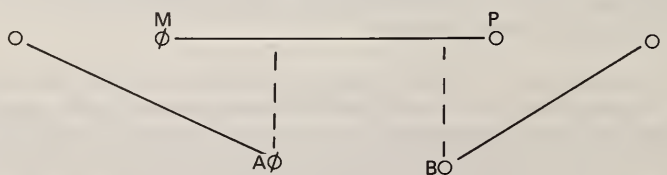
“The principle that an adopted child is for all purposes whatsoever deemed to be the legitimate child of the adoptive parent or parents operates here, therefore, absolutely: there is a reciprocal right to inherit *ab intestato* from one another.”

Die aangenome kind en aannemende ouer kon met ander woorde oor en weer intestaat van mekaar erf (sien ook Joubert 1955 *THRHR* 143). Die aangenome kind kon ook erf van sy ouers en hulle bloedverwante maar hulle kon nie van hom erf nie (sien artikel 74(3) van Wet 33 van 1960). Die aangenome kind kon nie erf van die bloedverwante van die aannemende ouer nie, maar hulle kon wel van hom erf (sien artikel 74(2)(b) van Wet 33 van 1960). Skrywers soos Van der Westhuizen (1949 *THRHR*), Joubert (1955 *THRHR* en 1957 *SALJ*), Spiro (1961 *SALJ*) en Van der Merwe en Rowland (*Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 4de uitgawe) is dit almal eens oor bogenoemde uitleg van artikel 74(2)(b) en 74(3) van die Kinderwet.

Probleme het egter ontstaan oor die vraag wie bloedverwante sou kon wees van die aannemende ouers soos bedoel in artikel 74(2)(b) van die Wet, met ander woorde of 'n aangenome kind van die aannemende ouers ook 'n bloedverwant kon wees met betrekking tot die vraag of een aangenome kind van 'n ander kon erf. Een van twee moontlikhede kon hom voordoen.

a M en P, 'n kinderlose egpaar, neem 'n seun A en 'n dogter B aan. A en B is nie bloedverwante van mekaar nie.

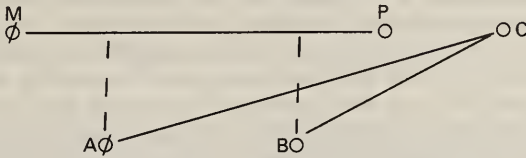
Skematies kan die geval soos volg voorgestel word:



Indien A intestaat sterf, kan B nou van A erf? Is A vir doeleindes van artikel 74(2)(b) 'n bloedverwant van M en P sodat B nie van A kan erf nie, of is A bloot 'n wettige kind sodat B moontlik as gevolg van sy eie wettigheid en die van A van A sou kon erf?

b M en P, 'n kinderlose egpaar, neem 'n seun A en 'n dogter B aan. A en B is bloedverwante van mekaar.

Skematies kan die geval soos volg voorgestel word:



Indien A intestaat sterf, kan B nou van A erf? Is A vir doeleindes van artikel 74(2)(b) 'n bloedverwant van M en P sodat B nie van A kan erf nie en indien wel, wat van B en A se verwantskap deur middel van hulle natuurlike (biotiese) ouer C en die bepaling van artikel 74(3)?

Die skrywers waarna hierbo verwys is (Joubert, Van der Westhuizen, Spiro en Van der Merwe en Rowland), bespreek hierdie probleme volledig maar daar is geen eensgesindheid oor die vraag of die aangenome kind nou wel geag moet word 'n bloedverwant te wees al dan nie. Dit is nie die doel van die aantekening om in debat te tree met bogenoemde skrywers nie. Van belang is die bepaling van artikel 20 van die Wet op Kindersorg wat die verwarring wat kon ontstaan deur die bepaling van Artikel 74 van die Kinderwet opklaar.

Artikel 20 sal die intestate erfregtelike posisie by die inwerkingtreding daarvan soos volg wysig:

- 1 Die aangenome kind sal kan erf van sy aannemende ouer en die bloedverwante van sy aannemende ouer en hulle sal ook van hom kan erf. Hulle vorm dus oor en weer bevoegde komponente aangesien die kind vir alle doeleindes hoegenaamd regtens geag word die wettige kind van sy aannemende ouers te wees — asof hy gedurende die bestaan van 'n wettige huwelik uit daardie ouers gebore is (sien artikel 20(2) van Wet 74 van 1983).
- 2 Die aangenome kind sal nie meer intestaat kan erf van sy biotiese ouers en hulle bloedverwante nie, en hulle ook nie van hom nie, aangesien alle regte en verpligtinge opgehef word tussen sodanige komponente.

Die vraag na bloedverwantskap kom ook ter sprake by die nuwe wet. Moet die bepaling van artikel 20(2), naamlik dat 'n aangenome kind geag moet word 'n kind te wees asof gebore uit 'n wettige huwelik, so geïnterpreteer word dat 'n aangenome kind nou geag word 'n bloedverwant van sy aannemende ouers te wees. Joubert (1983 *De Jure* 334) verklaar:

“Die aanneming werk in op die verhouding tussen die kind en daardie familieledede met wie hy voor aanneming in 'n familieregtelike betrekking gestaan het en skep 'n nuwe regsverhouding tussen die kind en aanneemouers en hulle verwante. Dit raak slegs regsverhoudinge en verander geensins aan biotiese bande nie. Gevolglik bly regsreëls wat op biotiese bande gebaseer is nog van krag en onveranderd na die aanneming behalwe dat daar bande van aanverwantskap tussen die kind en die aanneemouer tot stand kom, wat op dieselfde terrein werksaam is.”

As gekyk word na die betekenis van bloedverwantskap soos gedefinieer in Van Schaik se *Verklarende Afrikaanse Woordeboek* is 'n bloedverwant 'n persoon wat aan die familie deur geboorte verwant (nie aangetroud nie) is. Die definisie

in ag genome, wil dit lyk asof 'n aangename kind ingevolge artikel 20(2) 'n bloedverwant van die aannemende ouers sou kon wees.

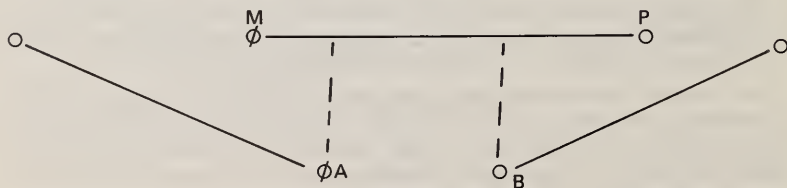
Bloedverwantskap kan myns insiens egter nie statutêr geskep of opgehef word nie. Bloedverwantskap is 'n biotiese feit en bloedverwante is persone wat 'n gemeenskaplike voorouer het. Wanneer 'n kind aangeneem word, kan soos bepaal in artikel 20(1) alle regte en verpligtinge opgehef word tussen die kind en sy biotiese ouers en hulle bloedverwante, en die aangename kind kan (soos bepaal in artikel 20(2)) vir alle doeleindes hoegenaamd geag word die wettige kind van sy aannemende ouers te wees *asof* hy gedurende die bestaan van 'n wettige huwelik uit daardie ouers gebore is. Dit maak nog nie van die aangename kind 'n bloedverwant nie, maar daar word gewerk met 'n fiksie dat die aangename kind 'n bloedverwant is (asof). Die aangename kind kan dus vir doeleindes van die interpretasie van die bepalinge van die Wet op Kindersorg of die Erfopvolgingswet 13 van 1934 (sien later) beskou word asof hy 'n bloedverwant is.

Die beperkinge van artikel 82 van die Kinderwet (soos vervang te word deur artikel 20(4) van die nuwe Wet) wat bepaal wanneer 'n huwelik of vleeslike gemeenskap toelaatbaar sal wees al dan nie, bevestig myns insiens die standpunt dat 'n bloedlyn nie deur wetgewing verbreek kan word nie en dat hoogstens met 'n fiksie van bloedverwantskap gewerk word. Die aangename kind moet beskou word asof hy vir doeleindes van die interpretasie van artikel 20 'n bloedverwant is maar hy bly slegs 'n wettige kind.

Of een aangename kind dus van 'n ander aangename kind sal kan erf, moet soos volg beantwoord word:

a Indien M en P, 'n kinderlose egpaar, twee kinders A en B aanneem, wat nie bloedverwante van mekaar is nie, behoort B intestaat van A te kan erf want A word vir alle doeleindes hoegenaamd geag die wettige kind van M en P te wees en so ook B.

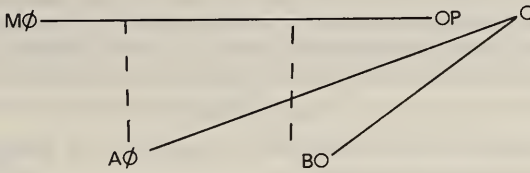
Skematies kan die geval soos volg voorgestel word:



Albei word beskou asof hulle uit 'n wettige huwelik gebore is en kan dus van mekaar erf *asof* hulle bloedverwante is. Aan die ander kant sou A en B met mekaar kon trou wat daarop dui dat hulle nie deur 'n bloedlyn verhinder word nie (artikel 20(4) van Wet 74 van 1983).

b Indien M en P, 'n kinderlose egpaar, twee kinders aanneem wat bloedeie broer en suster is, sal B van A kan erf indien A intestaat sou sterf.

Skematies kan die geval soos volg voorgestel word:



Alhoewel alle bande tussen A en B op grond van hulle bloedverwantskap deur middel van hulle gemeenskaplike ouer C, verbreek word, word hulle ingevolge artikel 20(2) beskou asof hulle gebore is uit 'n wettige huwelik tussen M en P en kan hulle dus oor en weer van mekaar erf. As gevolg van hulle daadwerklike bloedverwantskap bly hulle egter onbevoeg om met mekaar in die huwelik te tree (sien Joubert 1983 *De Jure* 334).

3 Die Wysiging ten opsigte van die Intestate Erfregtelike Posisie van die Aangenome Kind het die volgende Implikasies vir die Erfopvolgingswet 13 van 1934

Die Erfopvolgingswet handel oor die bevoegdheid van die langselewende eggenoot of eggenote om intestaat te erf van die eerssterwende. In artikel 1(2) van die wet word soos volg bepaal:

“(2) Vir die toepassing van hierdie Wet is enige verwantskap by aanneming kragtens die bepalings van die Aanneming van die Kinderen Wet, 1923, gelykwaardig met bloedverwantskap.” (Die Aanneming van Kinderen Wet is, soos reeds aangetoon, herroep en Wet 74 van 1983 sal na die inwerkingtreding daarvan die toepaslike wet wees.)

Artikel 1(2) bepaal nie dat 'n aangenome kind 'n bloedverwant is nie maar dat verwantskap deur aanneming gelykwaardig aan bloedverwantskap is vir doeleindes van die toepassing van die Erfopvolgingswet. Daar word dus weer eens met 'n fiksie gewerk, naamlik dat die aangenome kind vir doeleindes van interpretasie van die Erfopvolgingswet beskou moet word asof hy uit 'n wettige huwelik gebore is. Artikel 1(1) van die Erfopvolgingswet bepaal nie wie die erfname is nie; dit bepaal slegs wat die langselewende eggenoot of eggenote gaan erf indien daar bevoegde erfgename is. So verwys artikel 1(1)(a) en 1(1)(b) na die erflater se afstammeling wat geregtig is om *ab intestato* te erf en artikel 1(1)(c) na 'n ouer of 'n broer of suster (hetsy van die volle of halwe bloed) wat geregtig is om te *ab intestato* te erf.

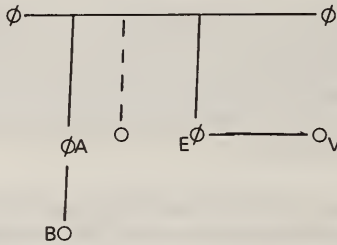
As daar dus vasgestel moet word of 'n afstammeling, ouer, broer of suster bevoeg is om te erf, moet gekyk word na die Politieke Ordonnansie van 1580, Interpretasie van 1594 en Oktrooi van 1661 en ook na die gemeenregtelike en statutêre bepalings ten opsigte van die onbevoegdheid van persone om te erf.

Indien daar vasgestel moet word of 'n aangenome kind bevoeg is om intestaat te erf, sal in die toekoms gekyk moet word na die bepalings van artikel 20 van Wet 74 van 1983. Die vervanging van artikel 74(2)(b) van die Kinderwet bring mee dat kragtens artikel 1(1)(c) van die Erfopvolgingswet die aangenome kind nou 'n bevoegde erfgenaam kan wees aangesien die aangenome kind sal kan erf van sy aannemende ouer se bloedverwante. (Die aangenome kind was ingevolge artikel 74(2) 'n bevoegde erfgenaam vir doeleindes van artikel 1(1)(a) en 1(1)(b) van die Erfopvolgingswet en die posisie — wat oor afstammeling van die erflater handel — is in dié verband onveranderd gelaat.)

Dit blyk met ander woorde dat, indien die erflater intestaat sterf, en oorleef word deur 'n langsewende eggenoot en nie afstammeling nie maar 'n aangename broer of suster wat bevoeg is om te erf, die bepalings van artikel 1(1)(c) in werking tree ten einde die langsewende eggenoot of eggenote se intestate erfdeel te bepaal.

Skematies kan die geval soos volg voorgestel word:

E sterf intestaat en word oorleef deur sy eggenote V, 'n aangename broer A en vooroorlede broer se seun B.



A kan erf van sy aannemende ouers en ook van hulle bloedverwante (vergelyk *supra*). E word wel oorleef deur 'n langsewende eggenote en bevoegde aangename broer en die bepalings van artikel 1(1)(c) tree dus in werking. Volgens die Kinderwet 33 van 1960 was A onbevoeg om as erfgenaam te kwalifiseer ten spyte van die bepalings van artikel 1(2) van die Erfopvolgingswet. Artikel 1(2) stel nie 'n aangename kind gelyk aan 'n bloedverwant nie, maar bepaal slegs in effek dat 'n verwant deur adopsie wat ingevolge die Wet op Kindersorg bevoeg is om te erf, ook vir doeleindes van die Erfopvolgingswet behandel moet word asof hy 'n bloedverwant is.

Die intestate erfregtelike posisie van die aangename kind sal dus na die inwerkingtreding van die Wet op Kindersorg van 1983 aansienlik verskil van die posisie daarvoor. Die bedoeling van die wetgewer is duidelik: die gesinsbande word met die bestaande familie afgekap en nuwe gesinsbande (nie bloedbande nie) word met die nuwe familie geskep.

4 Die Posisie van die Kind wat voor die Nuwe Wet Aangeneem is

Die vraag wat vervolgens ontstaan, is wat sal die regsbevoegdheid wees van 'n kind wat voor 1983 aangeneem is? Het die nuwe reëling terugwerkende krag of nie? As algemene reël het die nuwe wette nie terugwerkende regsrag nie veral waar dit bestaande regte en verpligtinge aangaan, tensy die teenoorgestelde uit die wet blyk.

Artikel 1(i) en 1(ii) definieër "aangename kind" en "aannemende ouer" onderskeidelik om ook persone betrokke by aanneming onder die ou wette in te sluit.

Dit blyk dus dat die bedoeling waarskynlik is dat vir doeleindes van erfopvolging 'n aangename kind wat voor die inwerkingtreding van die nuwe wet aangeneem is, ook nou kragtens artikel 20(2) die reg gegee word om van die aanneemouer se verwante te erf (vgl artikel 74(2) van die Kinderwet).

Aan die ander kant is dit onwaarskynlik dat 'n kind wat reeds aangeneem is, nou deur die nuwe wet die bevoegdheid ontnem sal word om van sy biotiese ouers en hulle bloedverwante te erf. Indien hy egter na die inwerkingtreding van die nuwe wet aangeneem word, sal die bepalings van artikel 20(1) op hom van toepassing wees soos hierbo verduidelik.

5 Testate Erfreg

Wat die testate erfreg betref, behoort daar geen probleme te wees nie aangesien erfopvolging kragtens die wil van die erflater gereël word. Van der Merwe en Rowland (238) skryf dat dit 'n erflater nie alleen vry staan om sy bevoorreedes na willekeur aan te wys nie, maar ook dat daar haas geen perke aan die diversiteit van bepalings is wat 'n testament tot inhoud mag hê nie.

Wat dus van belang is by die interpretasie van 'n testament is om vas te stel of die erflater ook bedoel het om sy aangename kinders te bevoordeel. Spiro (1961 *SALJ* 325) stel dit soos volg:

“South Africa, has subscribed to the principle of liberty of testation. Everything therefore, depends on the contents of a particular will, in other words, on the intention of the testator as expressed in the will.”

In artikel 74(2)(a) van Wet 33 van 1960 was daar egter 'n voorbehoudsbepaling wat vereis het dat 'n aanneemouer se bedoeling dat sy aangename kind 'n voordeel moet ontvang ondubbelsinnig uit die testament of ander akte moet blyk indien die kind aangeneem is nadat die betrokke testament of ander akte verly is (sien die aanhaling hierbo). Dié voorbehoudsbepaling het verval in artikel 20 van die Wet op Kindersorg.

Wat die testate erfreg betref, is dit ook van belang om te weet of die aangename kind as bloedverwant van sy aanneemouer beskou moet word (sien *Cohen v Minister for the Interior* 1942 TPD 151; *Venter v Die Meester* 1971 4 SA 482 (T)). Appèlregter Jansen sê in *Boswell v Van Tonder* 1975 3 SA 29(A) 36 die volgende:

“Wesenlik kom die hoofbepalings daarop neer dat die Wetgewer by wyse van regsifikasie die aangename kind as wettige bloedkind van die aannemende ouer aanmerk . . .”

Dit is van belang om met betrekking tot die tydstip van verlyding van die testament vas te stel wanneer die kind aangeneem is.

Indien 'n testament verly is voor die aanneming en daar is 'n verwysing in die testament na die “kinders” van die erflater, sal geargumenteer kan word dat aangename kinders nie ingeslote is nie (sien artikel 74(2)(a) van die Kinderwet). Die voorbehoudsbepaling in artikel 74(2)(a) word weggelaat in die Wet op Kindersorg en die houe sou testamente wat verly is voor die inwerkingtreding van die nuwe wet moet uitlê om te bepaal of aangename kinders onder die bevoorreedes ingesluit is of nie. Aangesien artikel 20 van die Wet op Kindersorg egter verwys na die aangename kind as 'n wettige kind asof hy gebore is uit 'n geldige huwelik, sal dit, indien die erflater na aanneming van kinders 'n testament verly en verwys na sy kinders of erfgename, aangeneem kan word dat aangename kinders daarby ingesluit sal wees (sien *Boswell v Van Tonder supra* 39B-E; Joubert 1982 *De Jure* 337).

Verdere implikasies van Wet 74 van 1983 is die volgende:

a Tensy die teendeel blyk uit 'n testament sal die aangenome kind as wettige kind dus 'n vooroorlede aanneemvader of -moeder kan representeer.

Artikel 24 van Wet 32 van 1952 bepaal:

“Wanneer volgens die bepalings van die testament van 'n testateur wat na die datum van inwerkingtreding van hierdie Wet sterwe, 'n vooroorlede kind van daardie testateur op 'n bemaking onder daardie testament geregtig sou geword het as hy die testateur oorlewe het, dan is die wettige afstammeling van daardie kind *per stirpes* geregtig op daardie bemaking tensy die bepalings van die testament 'n daarmee strydige bedoeling aantoon”.

Spiro (1961 *SALJ* 326) verklaar:

“Contrary to succession *ab intestato* there is no bar to be a child adopted under the Act taking a benefit under a will of a relative of the adoptive parent or parents.”

b Spiro (325) verklaar ook dat sover dit die *si sine liberis decesserit*-klousule in 'n testament betref “the [*liberi*] include, it is submitted, children adopted under the Act.”

Indien die erflater dus sy seun aanwys as bevoegde erfgenaam en voorsiening maak vir alternatiewe erfgename indien sy seun sonder kinders sterf, sal 'n *fideicommissum tacitum* vermoed word ten gunste van die aangenome kind. Daar is egter onsekerheid oor die vraag of die verandering terugwerkend sal wees maar weer eens sal die testament uitgelê moet word in die lig van die bedoeling van die erflater.

Die wetgewer se bedoeling blyk duidelik uit die nuwe Wet op Kindersorg. Die ou verhouding tussen die aangenome kind en sy natuurlike bloedverwante word beëindig en die aangenome kind vir alle doeleindes geag die wettige kind van die aanneemouer te wees sonder enige uitsonderings of beperkings wat die testate en intestate erfreg betref. Alhoewel in 'n regsins nuwe gesinsbande geskep word, word die bloedbande egter nie verbreek nie.

LINDA SCHOEMAN

Universiteit van Pretoria

Written law is like a forest, if underwood be allowed to grow freely, the forest becomes impenetrable. (per Roby in An Introduction to the Study of Justinian's Digest.)

VONNISSE

HORTY INVESTMENTS v INTERIOR ACOUSTICS (PTY) LTD 1984 3 SA 537 (W)

Wilsooreenstemming – vertroue – estoppel – skuld – nadeel

Die grondslag van kontraktuele aanspreeklikheid het in die onlangse verlede heelwat aandag ontvang (sien bv Reinecke en Van der Merwe 1979 *THRHR* 432; Kritzinger 1983 *SALJ* 47 en 1983 *SALJ* 569; Sharrock 1984 *SALJ* 1; *Saambou Nasionale Bouvereniging v Friedman* 1979 3 SA 978 (A) 993E e v; *Mondorp Eiendomsagentskap v Kemp en De Beer* 1979 4 SA 74 (A) 78C e v; *Spes Bona Bank Ltd v Portals Water Treatment South Africa (Pty) Ltd* 1983 1 SA 978 (A) 984 e v; *Horty Investments (Pty) Ltd v Interior Acoustics (Pty) Ltd* 1984 3 SA 537 (W) 539G e v). Aspekte in dié verband waaroor daar in hierdie stadium min twyfel kan bestaan, is die volgende:

- dat die wilsteorie as uitgangspunt die grondslag van kontraktuele aanspreeklikheid is;
- dat die konsekwente toepassing van die wilsteorie in sommige gevalle tot onbillikheid aanleiding kan gee;
- dat die toepassing van die wilsteorie derhalwe in sommige gevalle getemper word;
- dat kontraktuele aanspreeklikheid gevolglik in sommige gevalle erken word ongeag die feit dat daar geen wilsooreenstemming was nie.

Die posisie is dus dat indien die geldigheid van 'n betrokke "kontrak" bepaal moet word, die vraag na wilsooreenstemming nie die enigste toets is wat ter sprake kom nie (sien bv Kerr *The Principles of the Law of Contract* 3e uitg (1980) 10-13). Die probleem in hierdie verband is wat die ander toets of toetse is wat aangewend moet of kan word in gevalle waar daar 'n gebrek aan wilsooreenstemming is, en tweedens wat die elemente van sodanige toets is.

Reinecke en Van der Merwe (*supra* 432 e v) wys daarop:

- dat die vernaamste verklaring vir aanspreeklikheid in gevalle van *dissensus estoppel* met of sonder skuld as element, of 'n vertrouenteorie in die een of ander vorm is;
- dat dit van belang is om te weet wat die grondslag in hierdie gevalle is omdat daar verskillende vereistes kan geld na gelang van wat as die grondslag aanvaar word;

- dat die vertrouensteorie in direkte of indirekte vorm uitgebreide aanwending in die praktyk gevind het, terwyl estoppel slegs beperk toegepas is (die skrywers oorweeg nie die meriete van die onderskeie gronde nie); en
- dat in *Saambou Nasionale Bouvereniging v Friedman (supra)* die geleentheid hom voorgedoen het vir die appèlhof om duidelikheid oor hierdie aspek van ons reg te bring, maar dat die hof die partye se probleme opgelos het sonder om die probleem, eerstens met betrekking tot die grondslag van kontraktuele aanspreeklikheid in gevalle van *dissensus*, en tweedens met betrekking tot die vereistes wat gestel moet word, op te los.

De Wet (*Dwaling en Bedrog by die Kontraksluiting* (1943) 4; veral ook 17 en 20) het reeds in 1943 'n oplossing vir hierdie gevalle voorgestel, naamlik die vertrouensteorie, met die volgende vereistes: (a) skade, of anders bestaan daar geen rede waarom die ander party gebonde gehou moet word aan 'n kontrak wat hy nie gewil het nie; (b) skuld by die persoon teen wie die kontrak gehandhaaf word; en (c) 'n gebrek aan skuld by die party wat die ander gebonde wil hou. Met De Wet se stelling dat hierdie 'n billike oplossing is, moet saamgestem word. (In De Wet en Van Wyk *De Wet en Yeats Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* 4e uitg (1978) 19 sê De Wet egter die volgende: "Dit is waar dat die benadering gegrond op *iusus error* en dié gebaseer op estoppel aan mekaar verwant is en dikwels tot dieselfde uitkomst kan lei, maar tog meen ek dat die benadering gebaseer op estoppel dogmaties suiwerder is as dié gegrond op *iusus error*;" sien ook 25.)

Kerr (a w 12) is van mening:

- dat die vertrouensteorie in die onderhawige gevalle aanwending vind;
- dat skynbare kontrakte as 'n afdeling op hul eie beskou moet word en nie as 'n onderafdeling van estoppel nie;
- dat die vrae met betrekking tot skade en nalatigheid nie tuishoort in die konteks van skynbare kontrakte nie.

Kerr word in hierdie benadering ondersteun deur Sharrock (a w 5 e v) wat van oordeel is dat die vertrouensteorie in tradisionele vorm in gevalle van *dissensus* 'n uitvoerbare en billike oplossing bied en dat dit nutteloos is om skuld en nadeel as vereistes te stel.

Wat die onlangse regspraak aanbetref, kan na die volgende gevalle verwys word:

In *Saambou Nasionale Bouvereniging v Friedman (supra 993E e v)* blyk uit appèlregter Jansen se uitspraak onder andere:

- dat die regter die vertrouensteorie en estoppel as moontlike grondslae in geval van *dissensus* oorweeg;
- dat daar nie eenstemmigheid bestaan met betrekking tot die vraag of skuld of nadeel vereistes is by toepassing van die vertrouensteorie nie;
- dat die regter geen keuse maak ten opsigte van 'n grondslag vir gevalle van *dissensus* nie;
- dat die regter van oordeel is dat die leerstuk van estoppel in 'n mate met die vertrouensteorie by kontraksluiting saamval, maar dat dit tot groter helderheid sou lei indien in hierdie verband nie van estoppel gepraat word indien dit nie spesifiek bedoel word nie.

In *Mondorp Eiendomsagentskap (Edms) Bpk v Kemp en De Beer* (*supra* 78F-H) verklaar appèlregter Jansen met verwysing na die bekende *dictum* van regter Blackburn in die saak *Smith v Hughes* (1871) LR6 QB 597 607:

“[V]ry algemeen [word] aanvaar dat die wilsteorie, as grondslag van kontraktuele aanspreeklikheid in ons reg, in gepaste gevalle deur die vertrouensteorie getemper word. Wat egter nog steeds omstrede is, is of die opwekking van ’n redelike vertroue met skuld aan die kant van die opwekker gepaard moet gaan, en ook of dit ’n verdere vereiste van aanspreeklikheid is dat die persoon by wie die vertroue opgewek is, tot sy nadeel moes gehandel het.”

Sonder om hom oor ’n algemene reël uit te spreek, toets die regter in die onderhawige geval vir skuld by die opwekker van die vertroue en nadeel by die vertrouër (79A-E).

In *Van Deventer v Louw* 1980 4 SA 105 (O) 110E e v toets regter Brink by toepassing van die vertrouensteorie ook vir skuld sonder om spesifiek te beslis of skuld wel ’n vereiste is.

In *Spes Bona Bank Ltd v Portals Water Treatment South Africa (Pty) Ltd* (*supra* 984D e v) pas appèlregter Botha die gemelde *dictum* in *Smith v Hughes* toe in ’n geval van *dissensus*. Die regter se bevinding kom egter daarop neer dat die getuienis nie aantoon dat die optrede van die verweerder (wat gebondenheid bestry – hierna die “vergisser” genoem – De Wet en Van Wyk *supra* 11 se terminologie) ’n vertroue by ’n redelike man sou opwek nie. Die hof verwys nie na die bogemelde gesag nie en maak ook geen melding van skuld by die vergisser of nadeel vir die appellant (vertrouër) as vereiste nie.

Dit beteken egter nie noodwendig dat indien die hof ’n redelike vertroue sou bevind het, hy nie verdere toetse sou doen nie (sien egter Sharrock 5 en 6). Hierdie siening word gestaaf deur die feit dat die regter ook by sy behandeling van estoppel slegs melding maak van die skynvereiste, terwyl daar geen twyfel kan bestaan dat skynverwekking nie die enigste vereiste vir estoppel is nie (sien bv Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* 4e uitg (1980) 283 e v en *Peri-Urban Areas Health Board v Breet* 1958 3 SA 783 (T)).

Ten opsigte van die alternatiewe grond, naamlik estoppel, waarop die appellant staatmaak, beslis appèlregter Botha dat die optrede van die verweerder nie ’n skyn by die appellant opgewek het nie. (Sien ook die beslissing van die hof *a quo* in *Spes Bona Bank v Portals Water Treatment* 1981 1 SA 618 (W).)

In *Horty Investments (Pty) Ltd v Interior Acoustics (Pty) Ltd* (*supra*) was die feite soos volg: H verhuur aan A ’n sekere perseel ingevolge ’n skriftelike kontrak. Klousule 1 van die kontrak bepaal dat die huurtermyn op 1981-05-01 begin en tot 1983-04-30 duur. Aan die einde van hierdie termyn sal die huurooreenkoms voortgaan op ’n maandelikse basis onderworpe aan drie maande kennisgewing. Hierdie kennisgewing kan nie begin verloop voor 1993-05-01 nie. Die jaartal 1993 is ’n fout deur eiser se tikster en moes 1983 gelui het. H vra ’n bevel aan dat die kontrak nietig is op grond van ’n redelike dwaling, aangesien hy gemeen het dat die kontrak vir twee jaar sou bestaan en daarna op ’n maandelikse basis. A beweer dat hy nie die onversoenbaarhede in die gemelde klousule gesien het nie, maar slegs die 1993 aan die einde daarvan en dat dit vir hom bevredigend was. Die hof bevind dat dit nie bewys is dat die partye vooraf oor die termyn ooreengekom het nie. In sy uitspraak aanvaar regter Coetzee dat die onderhawige fout deur H ’n *error in negotio* is en dat hy daarop kan steun as dit ’n *iustus*

error is. Die vraag waarom die hof dus moet beslis, is of die betrokke fout 'n *iustus error* is.

Regter Coetzee oorweeg sekere regspraak en die menings van skrywers, en bevind die volgende:

- Die vergisser sal nie op die gebrek aan konsensus kan steun as die fout aan sy eie skuld te wyte is nie. In so 'n geval kan die ander party op die skyn van 'n kontrak staatmaak (539I-540A).
- Die skuldbeginsel geld ook ten opsigte van die vertrouër (wat poog om die vergisser aan die kontrak gebonde te hou). As hy ook skuld dra, is die eerste party nie gebonde nie (540B-541E).

Die regter bevind op die feite dat albei partye skuld gehad het: H, omdat hy nie die kontrak behoorlik gelees het nie, en A, omdat 'n redelike persoon in sy posisie sou besef het dat 1993, 1983 moes lui. Die kontrak is gevolglik nietig.

Alhoewel regter Coetzee nie op die kwessie van nadeel ingaan nie, steun hy grootliks vir sy bevindings met betrekking tot skuld op De Wet, wat nadeel as vereiste stel. Die feit dat albei partye skuld gehad het, maak natuurlik 'n ondersoek na nadeel onnodig. Uit die feite blyk in elk geval dat A, die vertrouër, nadeel sou ly indien die kontrak nietig verklaar sou word.

Die feit dat 'n party (die vertrouër) by 'n kontrak waarskynlik nie sal poog om sodanige kontrak te handhaaf in geval van *dissensus*, waar hy nie nadeel in die een of ander vorm ly nie, bring mee dat die vraag met betrekking tot nadeel waarskynlik bloot akademies van aard is. De Wet en Van Wyk (a w 17-18) skeep egter die indruk dat in *Maritz v Pratley* (1894) 11 SC 345, Maritz (die vertrouër) wel 'n kontrak wou afdwing ongeag die feit dat hy geen nadeel gely het nie, waar hulle betoog dat selfs indien daar wel skuld by Pratley (die vergisser) was, "die misverstand onmiddellik ontdek [is], en voordat iemand daardeur benadeel is." (Dit is ná aanname van Pratley se bod op 'n veiling.) Dit is egter duidelik dat Maritz wel nadeel in die een of ander vorm gely het, veral indien gelet word op die geweldige wye konnotasie wat aan nadeel in hierdie verband geheg word, 'n faktor wat die argument met betrekking tot die akademiese aard van die vraag na nadeel steun. In *Peri-Urban Areas Health Board v Breet* (*supra* 790D-F) word byvoorbeeld verklaar:

"It may be that it [nadeel] is not expressly referred to in those cases because prejudice in relation to estoppel has such a wide connotation . . . and the very act of the one contracting party in entering into the contract in reliance on the other's conduct will be regarded in most bilateral contracts as a sufficient alteration of his position to his detriment to meet the requirement of prejudice."

Desondanks word aan die hand gedoen dat nadeel wel 'n vereiste is, aangesien daar geen rede bestaan om van 'n konsekwente toepassing van die wilsteorie af te wyk indien niemand benadeel sou word in gevalle van *dissensus* nie. Die gedagte met die tempering van die wilsteorie is juis gemik op die voorkoming van onbillikhede. (Sien bv Van Rensburg, Lotz en Van Rhijn in *The Law of South Africa* bd 5 (1978) par 112 en De Wet a w 2.)

Die posisie is dus dat nie slegs die vertrouër se posisie oorweeg word nie. (Sien bv *Johaadien v Stanley Porter (Paarl) (Pty) Ltd* 1970 1 SA 394 (A) 404E-G waar hoofregter Steyn *obiter* van oordeel is dat 'n onskuldig opgewekte vertrouër regsgevolge kan hê maar ook dié van die vergisser (sien ook *George v Fairmead*

1958 2 SA 465 (A), veral 471A-D en *National and Overseas Distributors Corporation (Pty) Ltd v Potato Board* 1958 2 SA 473 (A) 479G-H waar die klem wel op die posisie van die vertrouër geplaas word, maar die moontlikheid van 'n redelike dwaling en gevolglike ongebondenheid tog voorsien is). Indien albei partye dus skuld het (soos in *Horty Investments v Interior Acoustics supra*) of albei geen skuld het nie (soos in *Maritz v Pratley supra*), of indien die vertrouër skuld het, maar die vergisser nie (die feite in *Spes Bona Bank Ltd v Portals Water Treatment South Africa (Pty) Ltd supra* is moontlik 'n voorbeeld van so 'n situasie), het geen kontrak gebaseer op die vertrouersteorie tot stand gekom nie. Indien die vertrouër egter geen skuld het nie, maar die vergisser wel, het 'n vertrouenskontrak tot stand gekom (sien bv die minderheidsuitspraak in *Mondorp Eiendomsagentskap (Edms) Bpk v Kemp en De Beer supra* 78B-79H).

Uit die oorsig oor enkele skrywers se sienings met betrekking tot die onderhawige aangeleentheid hierbo, blyk dit dat die meerderheid ten gunste van die toepassing van die vertrouersteorie in gevalle van *dissensus* is, terwyl daar nie eenstemmigheid is oor die vraag of die vereistes van skuld en nadeel gestel moet word nie. Uit veral die beslissings in *Mondorp Eiendomsagentskap, Van Deventer* en *Horty Investments* blyk dit dat die howe klaarblyklik voorkeur verleen aan die toepassing van die vertrouersteorie in gevalle van *dissensus*, en dat skuld wel as 'n vereiste gestel word, terwyl die posisie van nadeel nie heeltemal uitgeklaar is nie.

Daar word aan die hand gedoen dat die beslissing van regter Coetzee in *Horty Investments* en die benadering van appèlregter Jansen in *Mondorp* se saak korrek en navolgenswaardig is. Die beslissing in *Horty Investments* beteken egter nie dat daar nou finaal beslis is dat wilsooreenstemming slegs deur die vertrouersteorie getemper word en dat estoppel glad nie meer in dié verband ter sprake kan kom nie. Estoppel is steeds as alternatiewe remedie beskikbaar; dit staan dus die betrokke party vry om op enige van estoppel of die vertrouersteorie te steun in gevalle van *dissensus*. (Sien bv *Kenilworth Palace Investments (Pty) Ltd v Ingala* 1984 2 SA 1 (C) en *Spes Bona Bank v Portals Water Treatment supra*, waar op wilsooreenstemming en in die alternatief op estoppel gesteun is.)

Gevolglik kan gesê word dat die wilsteorie deur sowel die vertrouersteorie gesteun deur skuld, as estoppel getemper word en dat die meriete van die beslissing in *Horty Investments* geleë is in die feit dat daar nou meer duidelikheid bestaan ten opsigte van die vereistes vir 'n vertrouenskontrak.

JF MALAN

Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys

JOEL MELAMED AND HURWITZ v CLEVELAND ESTATES (PTY) LTD; JOEL MELAMED AND HURWITZ v VORNER INVESTMENTS (PTY) LTD 1984 3 SA 155 (A)

Damages for breach of mandate – “business efficacy” – the same agent for both contracting parties – proof of implied (tacit) contracts

Three questions were raised but not decided in *Joel Melamed and Hurwitz v Cleveland Estates (Pty) Ltd; Joel Melamed and Hurwitz v Vorner Investments (Pty) Ltd* 1984 3 SA 155 (A). The first was the question of damages for breach

of a mandate (171D-G). Readers of the law reports were already in possession of the answer to this question because the decision in *The Firs Investment Ltd v Levy Bros Estates (Pty) Ltd* 1984 2 SA 881 (A), though given later, had been reported earlier. "Generally speaking," said Trengove JA in *The Firs Investment* case at 886F, "a principal has the right and power to revoke his agent's authority without incurring any liability for damages to the agent, but the particular terms and circumstances of the grant of the authority may show that such a revocation is a breach of contract." The circumstances in that case were that an estate agency (a company) had been given "the sole irrevocable authority expiring on 30 June 1980" to sell a certain property. By a letter dated 10 June 1980 the principal revoked the agent's mandate (884H) whereupon the agency, which had found a buyer, ready, willing, and able to pay, claimed as damages the amount it would have earned as commission, R195 750 (887A-C 882G-H). Holding that by giving the agency

"the exclusive right or power to effect the sale of the property on its behalf . . . the appellant, in effect, deprived itself of the right to sell the property (except through the respondent) or to appoint anyone else to do so, during the specified period"

(per Trengove JA at 886B-C); and that Caney J was correct when he said in *Ward v Barrett* 1962 4 SA 732 (N) 737D-F that:

"[t]he principal may have bound himself to the agent in terms, express or implied, which oblige him contractually not to revoke the agent's authority save on pain of liability in damages"

the court found that the estate agency was entitled to claim the R195 750 as damages (888B).

The second question that was raised but not decided in *Joel Melamed and Hurwitz's* case above, was this: must it be accepted that "a term may not be tacitly imported into a contract unless the implication is a necessary one in the business sense to give efficacy to the contract"? (165E). Scrutton LJ's phrase in *Reigate v Union Manufacturing Co* (1918) 1 KB 592 605 "necessary in the business sense to give efficacy to the contract" is, as Corbett JA indicated at 165E, often repeated. However, so far as the present writer is aware, no court has explained with any degree of clarity what the phrase means. It cannot mean that a provision must be shown to be *necessary* in any ordinary sense before it can be implied: see the present writer's *The Principles of the Law of Contract* 227 (for the references in notes 116, 117 see now *Sale and Lease* (1984) 204 325). Nor has any court given sufficient indication as to what is meant by "in the business sense." The indications are that the words do not indicate any requirement additional to the hypothetical bystander test (*ibid*). Seeing that the appellate division, as appears from *Joel Melamed and Hurwitz's* case at 165E-G, regards necessity in a business sense as a question yet to be settled it is to be hoped that it, or any other court before which the question is raised, will decide that the words do not add anything of substance to the hypothetical bystander test (*Contract* 220-228). If the appellate division, or any other court, decides that the phrase indicates an additional requirement it will be important for a proper understanding of the law that it be spelt out precisely what the words mean, that is precisely what the requirement is.

The third question that was raised but not decided is "whether a person can, as representative of another, contract with himself, either in his personal capacity or as representative of a third person" per Corbett JA at 164D-E. It is suggested

that the answer is that he can: see the present writer's *The Law of Agency* (1979) 144 n 2.

Assuming, as the appellate division did (164E-F), that it is competent for one person to represent both contracting parties we come to the question that was decided in the case, namely, what evidence is necessary to establish that he did so? Mr Joel Melamed, senior partner in the firm of attorneys Melamed and Hurwitz and managing director of a company called Townships Management Consultants (Pty) Ltd ("TMC") (157G-I), claimed that a contract had been entered into between Melamed and Hurwitz on the one hand and certain township owners represented by TMC, acting through himself, on the other hand (158) whereby Melamed and Hurwitz were appointed, irrevocably, as attorneys to attend to all transfers in the townships (160A-D 165I-167G). If so, the township owners could not, as they had purported to do, terminate TMC's appointment as sole selling agent without laying themselves open to claims for damages.

There was no written evidence of such a contract, nor any details of an oral agreement (160B-C). It was claimed that the whole contract was implied (tacit) (162F). Corbett JA said at 165G-I:

"In our cases concerning tacit contracts which have hitherto come before our Courts, there have always been at least two persons involved; and in order to decide whether a tacit contract arose the Court has had regard to the conduct of both parties and the circumstances of the case generally. The general approach is an objective one. The subjective views of one or other of the persons involved as to the effect of his actions would not normally be relevant (*cf Spes Bona Bank Ltd v Portals Water Treatment South Africa (Pty) Ltd* 1983 (1) SA 978 (A) 985B-H). I shall assume, in appellant's favour, that where there is only one person involved (as in this case) a tacit contract may be inferred from *his* conduct and the general circumstances, but in such a case the Court should, in my view, carefully scrutinize his evidence in order to distinguish between statements of fact capable of objective assessment and subjective views as to the matter in issue."

The court found that what evidence there was of conduct was not strong enough to allow it to be inferred that a contract relating to all the stands in the townships had been entered into (168B-171C).

AJ KERR

Rhodes University

BUTT v SCHULTZ 1984 3 SA 568 (OK)

Slaafse navolging of kopiëring van 'n mededinger se ontwerp – onregmatige mededinging

In hierdie saak was die applikant die ontwerper en vervaardiger van 'n besondere "catamaran"-tipe glasveselboot, genaamd die Buttcat. Hierdie boot was die resultaat van jarelange ondervinding, inisiatief en eksperimentering met gepaardgaande moeite en koste. Die Buttcat, wat weens betroubaarheid en gewildheid

'n suksesvolle kommersiële onderneming was, is veral gekenmerk deur die eiesoortige en uitnemende ontwerp van sy romp (570–572). Die eerste respondent het mettertyd die romp bekom en met behulp daarvan 'n gietvorm gemaak wat, uitsonderd twee klein veranderinge, 'n identiese replika van die gietvorm van die applikant was. Hierdie gietvorm is toe aangewend om rompe te vervaardig vir 'n boot wat as die Supercat op die mark geplaas is (573–575). Terselfdertyd het die eerste respondent onder andere die ontwerp van bedoelde romp as model by die registrateur van modelle laat registreer (575).

Die applikant vra vervolgens 'n interdik aan, eerstens om op grond van *inter alia* onregmatige mededinging as skuldoorsaak (skending van outeursreg as verdere skuldoorsaak word vir doeleindes van die onderhawige bespreking daargelaat) die eerste respondent te verbied om met die gewraakte optrede voort te gaan, en tweedens om die tweede respondent te gebied om die registrasie van die ontwerp te kanselleer. Regter Mullins kom tot die slotsom dat die kopiëring van die applikant se ontwerp wel onregmatige mededinging darstel en staan die aansoek om sowel die verbod (580) as die gebod (582) toe.

Ten einde tot hierdie slotsom te geraak, wys die regter (576) ten aanvang daarop dat die grondslag van die beskerming teen onregmatige mededinging in ons reg die *actio legis Aquiliae* is; dat sodanige mededinging verskillende vorme kan aanneem; dat 'n benadeelde mededinger te hulp gekom kan word selfs waar sy eis nie binne een van die erkende vorme gebring kan word nie, dit wil sê selfs in die afwesigheid van 'n regstreekse presedent in die regspraak; en dat die toets om onregmatigheid in hierdie verband te bepaal “essentially a policy consideration” is (vgl i v m hierdie beginsels ook Van Heerden en Neethling *Onregmatige Mededinging* (1983) 23–25 65–71).

Desnieteenstaande vind regter Mullins (576–580) dit raadsaam om sommige Suid-Afrikaanse en vreemdregtelike gewysdes oor onregmatige mededinging te oorweeg, veral dié met betrekking tot die verkryging en benutting van vertroulike bedryfsinligting (handelsgeheime) van 'n mededinger (sien hieroor in besonderhede ook Van Heerden en Neethling 132 e v). Hy bevind — met verwysing na die beslissings in *Coolair Ventilator Co (SA) (Pty) Ltd v Liebenberg* 1967 1 SA 686 (W) 689 691; *Harvey Tiling Co (Pty) Ltd v Rodomac (Pty) Ltd* 1977 1 SA 316 (T) 323–324 (waar Engelse uitsprake aangehaal word); *Dun and Bradstreet (Pty) Ltd v SA Merchants Combined Credit Bureau (Cape) (Pty) Ltd* 1968 1 SA 209 (K) 219–220 (waar na die bekende Amerikaanse saak *International News Service v Associated Press* (1918) 248 US 215 verwys word); en *Stellenbosch Wine Trust Ltd v Oude Meester Group Ltd* 1972 3 SA 152 (K) 160 — dat enige bedryfsinligting (soos die *ontwerp* van 'n produk), of dit nou in die openbaar beskikbaar is of nie, in die reël vertroulik is mits die inligting maar “reasonably useful to a competitor” (577) is. Die *slaafse navolging, kopiëring of direkte oornaming* van sodanige inligting (ontwerp) vir *kommersiële doeleindes deur 'n mededinger* is volgens hom dan onregmatig. Hy verduidelik dit (577) met betrekking tot die feite *in casu* soos volg:

“Applying these principles to the present case, a Buttcat boat incorporating the hull designed by applicant can be purchased by anyone, and to this extent it is in the public domain. Anyone who is attracted by the design of the hull is entitled to incorporate features of the Buttcat hull in a hull of *his own design*. What he may not do, if he intends to conduct business in competition with the applicant, is to take a short cut, as it were, and construct hulls not to his own design, but according to applicant's drawings and plans (if such existed), or, what is even more reprehensible in my view, by using a mould

made by applicant, and upon which applicant has expended his time, labour, expertise and money.”

Hy herhaal (579):

“The sale of an object such as a boat inevitably releases the design thereof, and *in casu* the hull, to the purchaser. This does not entitle the purchaser or anyone else, in my view, to make a mould therefrom and to copy that hull for commercial purposes. A rival manufacturer is entitled to examine hulls designed by his competitors, and to incorporate *in his own design* what he regards as the most desirable features thereof. He may not, however, in my view, copy such hull, the product of another’s inventiveness and experience, in a manner which does not require him to apply his mind to such design or to exercise his own inventiveness and experience, even if he only uses it as a starting point and makes modifications thereto.”

En weer (580):

“The using of applicant’s hull as a plug from which to commence his construction process and thereby avoiding the necessity to design his own hull, amounts in my view to unfair competition, against which applicant is entitled to be protected.

There is no question of granting applicant a monopoly in regard to the design of his hull. Anyone is entitled to design a hull with similar features. What applicant is entitled to be protected against is the use by first respondent of applicant’s hull *as a starting point*. First respondent must start from the beginning, not on the second or third rung of the ladder. Applicant is not entitled to be protected against another person evolving his own design similar to that of applicant, or even against the copying of his design, but he is entitled to be protected against the use of one of his hulls to form a mould, with or without modification.”

Dienooreenkomstig slaag die aansoek dan ook.

Hierdie uitspraak is myns insiens een van die belangrikste beslissings op die gebied van onregmatige mededinging in die Suid-Afrikaanse reg en verdien daarom onderstreping en nadere beskouing. Veral twee aspekte kom hier ter sprake, te wete (1) die erkenning van *prestasieaanklamping* as verskyningsvorm van onregmatige mededinging en (2) die toepassing van die *mededingingsprinsiep* — weliswaar by implikasie — as onregmatigheidskriterium op die onderhawige gebied. Ek bespreek hierdie aspekte agtereenvolgens.

1 *Prestasieaanklamping* In die reël is inwerkings op die werfkrag (“goodwill”) van ’n mededinger wat spruit uit die navolging, kopiëring of nabootsing van sy *gepubliseerde* bedryfsidees — dit is die idees (in die wydste betekenis van die woord) waarop sy onderneming, produk of diens, kortom sy prestasie, berus — in die afwesigheid van statutêre beskerming nie onregmatig nie. Die rede hiervoor is dat sodanige idees onmiddellik by publikasie gemeengoed word (vgl by *Agriplas (Pty) Ltd v Andrag and Sons (Pty) Ltd* 1981 4 SA 873 (K) 878–879; *Adcock-Ingrams Products Ltd v Beecham SA (Pty) Ltd* 1977 4 SA 434 (W) 437–438) en daarom vryelik en selfs slaafs deur andere aangewend kan word. Nou is dit egter van kardinale betekenis om daarop te let dat dit hier gaan om die navolging van die idee waarop die prestasie van die mededinger berus en nie om nabootsing van sy prestasie self nie. Die idee van ’n mededinger word weliswaar gebruik, maar steeds word ’n *eie prestasie* op grond daarvan gebou. Sodoende dien die idee van die mededinger slegs as die *voorbeeld* waarvolgens die eie prestasie dan selfstandig daargestel word. Nie die prestasie van die mededinger nie, maar slegs die idee waarop dit berus, word dus die grondslag van die eie prestasie (sien in die algemeen Van Heerden en Neethling 141–143).

’n Heeltemal ander kleur het die geval waarin nie net die idee nie, maar ook die *prestasie* van die mededinger tot basis van die eie prestasie gemaak word.

Sodanige *prestasiaaanklamping* (sien hieroor Van Heerden en Neethling 143 e v) oftewel die “piracy” of slaafse navolging van ’n mededinger se prestasie is weer in beginsel onregmatig. (Die oorwegings hiervoor word *infra* by (2) behandel.) *In casu* druk regter Mullins dieselfde gedagte uit waar hy verklaar (577–578):

“Copying may be lawful if features of another person’s design are incorporated into one’s own design. Where the method used is however the slavish adoption of another’s design, even as the starting point for further modification or adaptation, such copying usually will be found to be unfair and unlawful.”

Op grond hiervan word die eerste respondent se optrede tereg as onregmatig beoordeel. Sodoende word *prestasiaaanklamping* vir die eerste keer as verskyningsvorm van onregmatige mededinging in ons reg erken.

Prestasiaaanklamping kan bestaan in die *direkte (onmiddellike) oorname* of die *identiese (feitlik identiese) navolging* van die vreemde prestasie (Van Heerden en Neethling 143–145 145–146). ’n Voorbeeld van eersgenoemde, wat aansluit by die onderhawige feitestel, is die geval in die Duitse reg waar ’n ondernemer die kunststofboot van ’n mededinger nagemaak het bloot deur middel van die reparasie van die mededinger se eie gebreekte gietvorm (*ibid* 144 vn 48). ’n Analoë voorbeeld van identiese navolging weer sou wees die geval waar ’n ondernemer selfstandig ’n gietvorm maak wat, soos beoog is, ’n romp identies aan dié van die mededinger verskaf. In wese is daar nietemin geen onderskeid tussen hierdie twee gevalle nie aangesien by albei ’n mededinger se prestasie die grondslag van die eie prestasie vorm. Tewens, prakties gesproke is dit soms (soos *in casu*) baie moeilik om te besluit of mens met die een dan wel die ander te make het. Daarom is dit eintlik onverstaanbaar waarom die Amerikaanse reg oënskynlik slegs die direkte oorname — en nie die identiese navolging nie — van die vreemde prestasie as onregmatig beskou (sien *ibid* 146 vn 60).

2 Mededingingsprinsiep Die mededingingsprinsiep as onregmatigheidskriterium in die mededingingstryd hou in dat die mededinger wat die beste of billikste prestasie lewer, die oorwinning moet behaal; die een wat die swakste prestasie bied, die neerlaag moet ly (sien in besonderhede *ibid* 72 e v). Dit gaan dus om prestasiemededinging waar die *meriete van die eie prestasie* — met die klem op die *eie* — die deurslag moet gee. Hieruit volg dat enige mededingingshandeling wat nie op die meriete van die eie prestasie berus nie, in stryd met die mededingingsprinsiep is en daarom in beginsel as onregmatig aangesien behoort te word.

So gesien, behoef dit weinig betoog dat *prestasiaaanklamping*, wat juis nie op die meriete van die eie prestasie berus nie, in stryd met die mededingingsprinsiep is. Die dader stel tog geen eie prestasie — altans geen *egte eie* prestasie — daar nie, maar parasiteer bloot op sy mededinger se prestasie en maak sodoende hierdie prestasie tot grondslag van sy eie *skynprestasie* (*ibid* 145 147). Gevolglik maai die dader waar hy nie gesaai het nie. Callmann (*The Law of Unfair Competition and Trade Marks* (1967) bd 2 502) verklaar in hierdie opsig tereg:

“From the postulate that, in competition, every participant must exercise ‘constructive effort,’ i e, his own strength and skill [d w s hy moet sy eie prestasie lewer], it logically follows as a matter of principle that no one is entitled to ‘reap where he has not sown.’”

Hierdie benadering tot die onregmatigheidsvraagstuk word ook deur regter Mullins toegepas sonder dat hy dit nodig vind om op die vae en wye “policy consideration”-aspek (576) in hierdie verband terug te val (vgl Van Heerden en Neethling 70–71 i v m lg norm). Hy lê naamlik telkemale klem daarop dat, ten

einde regmatig te handel het, die dader *in casu* met sy eie prestasie ("his own design") moes meegeding het (sien die aangehaalde *dicta* hierbo). Omdat hy weens sy parasitering van die applikant se romp hierin gefaal het, word sy optrede as onregmatig aangemerkt. Sodoende dien die mededingingsprinsiep met prestasiededinging as uitgangspunt, weliswaar by implikasie, as onregmatighedsmaatstaf.

'n Punt van kritiek moet ten slotte teen regter Mullins se andersins navolgingswaardige uitspraak geopper word. Sy opvatting (577) dat alle bedryfsinligting wat van waarde vir 'n mededinger is in die reël vertroulik ("confidential") is, moet naamlik bevestig word. In eerste instansie strook hierdie siening nie met die algemeen aanvaarde standpunt nie dat bedryfsinligting as beskermingswaardige *vertroulike* inligting geld indien dit nie net ekonomiese waarde het nie, maar ook inderdaad vertroulik is, dit wil sê slegs beskikbaar is vir en dus bekend is aan 'n *beperkte personekring* (sien *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd* 1981 2 SA 173 (T) 194; Van Heerden en Neethling 133–137). So gesien, kan die inligting omtrent die ontwerp van die Buttcat se romp — anders as wat regter Mullins bevind — kwalik as vertroulik bestempel word aangesien hierdie inligting tog beskikbaar was vir iedereen.

Tweedens kan die regter se beskouing aangaande vertroulikheid net verwarring in die hand werk. Sy standpunt het naamlik tot gevolg dat dit baie moeilik is — indien nie onmoontlik nie — om te onderskei tussen *ongepubliseerde* bedryfsidees (soos vervat is in 'n handelsgeheim of vertroulike inligting wat van waarde vir 'n mededinger is) en *gepubliseerde* bedryfsidees wat insgelyks 'n mededinger kan bevoordeel. Hierdie onderskeid is van kardinale praktiese betekenis aangesien die ongemagtigde verkryging en benutting van eersgenoemde idees in beginsel ongeoorloof is (vgl Van Heerden en Neethling 132 e v), terwyl die aanwending van gepubliseerde idees in die afwesigheid van prestasieaanclamping (of statutêre beskerming) heeltemal toelaatbaar is (sien hierbo). Daarom behoort regter Mullins se opvatting van vertroulikheid nie nagevolg te word nie.

J NEETHLING

Universiteit van Suid-Afrika

S v MAKOKO 1984 2 SA 62 (O)

Autrefois convict — verrigtinge voor offisiershof ingevolge die Wet op Gevangenis

In hierdie saak het dit gegaan oor die ontvanklikheid van 'n tweede aanklag teen 'n gevangene uit hoofde van 'n misdryf wat hy gepleeg het en waarvoor hy reeds deur 'n offisier ingevolge artikel 54 van die Wet op Gevangenis 8 van 1959 skuldig bevind en gestraf is. Hierdie vraag het in die onderhawige saak soos volg ontstaan: die beskuldigde (appellant) is deur 'n offisier ingevolge artikel

54 van die Wet op Gevangenisse skuldig bevind daaraan dat hy 'n ongeoorloofde artikel in sy sel besit het (dit is aan 'n oortreding van reg 99(1)(L) uitgevaardig kragtens artikel 94 Wet 8 van 1959 — soos gepubliseer in GK R2080 gedateer 1965-12-13). Hiervoor is die appellant 'n vonnis van 20 dae alleen-opsluiting deur die verhooroffisier opgelê. Die betrokke ongeoorloofde artikel was 26 gram (oftewel 2 vingers) dagga. Hierna het die appellant vir 'n tweede keer in die landdroshof tereggestaan op aanklag dat hy artikel 2(b) van Wet 41 van 1971 oortree het weens die besit van 26 gram dagga. Dit was gemeensaak dat dagga waaroor dit in beide verhore gegaan het, dieselfde dagga was en dat die plek en tyd van besit insgelyks dieselfde was.

Soos verwag kan word, het die appellant ten tyde van die tweede verhoor die pleit van *autrefois convict* geopper. Dié pleit is egter deur die verhoorlanddros afgewys. Die beskuldigde is 'n tweede keer skuldig bevind en gevonnissen tot 4 maande vangenisstraf. Na verkryging van 'n regtersertifikaat ingevolge artikel 309(4)(a) van die Strafproseswet het die appellant hom in hoër beroep ten opsigte van sy skuldigbevinding en vonnis in die landdroshof tot die Vrystaatse hooggeregshof gewend. Die appèl is deur 'n volbank aangehoor. Die beantwoording van die vraag of die appellant se pleit van *autrefois convict* in die lig van bogenoemde feite in die landdroshof ontvanklik was al dan nie, is deur die hof van appèl aan die hand van drie oorwegings oorweeg, welke oorwegings *seriatim* in behandeling geneem kan word.

1 In 'n *obiter dictum* word die volgende gesê (64D-F):

“Alhoewel daar in *S v Abrahams* 1966 (2) SA 171 (K), wat gegaan het oor die vertolking van artikels van Wet 56 van 1955, die voorganger van die huidige Strafproseswet, beslis is dat art 54(1) van die Wet op Gevangenisse 'n hof daarstel 'waaraan regsbevoegdheid in strafsake regtens verleen word' en wat dus binne Wet 56 van 1955 se omskrywing van 'laerhof' val, is daar, meen ek, met eerbied, sterk aanduidings in die gemelde Wet op Gevangenisse en die betrokke regulasies dat die Wetgewer nie beoog het om deur art 54(1) 'n hof met strafregtelike regsbevoegdheid te skep nie, maar wel om 'n instelling te skep wat, deur die toepassing van die tugmaatreëls vervat in reg 99(1), dissipline ten opsigte van prisoniere in 'n gevangenis handhaaf. (Kyk ook na *S v Mbele* 1974 1 SA 705 (N) op 707D en *S v De Kock* 1979 (3) SA 806 (O) op 808D.) As dit so is, sou die verweer van *autrefois convict* nie in die onderhawige geval kon slaag nie, aangesien die tug-oortreding nie deur 'n hof met strafregtelike jurisdiksie, en dus nie deur 'n bevoegde hof, verhoor is nie. Aangesien die appèl egter op 'n ander punt beslis kan word is dit nie nodig om hierdie kwessie te beslis nie.”

Hoewel oor hierdie punt nie finaal beslis is nie, word aan die hand gedoen dat kritiek geopper kan word teen die denkrigting vervat in die aangehaalde gedeelte naamlik dat die pleit van *autrefois convict* slegs toepaslik kan wees na 'n skuldigbevinding deur 'n hof wat vir doeleindes van die Strafproseswet 'n laer hof is, omrede slegs sodanige hof met strafregtelike jurisdiksie beklee kan wees en bygevolg as 'n bevoegde hof beskou kan word.

Dit is immers onteenseglik so dat daar wel tribunale in ons reg bestaan wat met strafregtelike jurisdiksie beklee is sonder dat gemelde tribunale 'n laer hof vir doeleindes van die Strafproseswet is, byvoorbeeld militêre howe, die howe van Swart kapteins en -hoofmanne, ensovoorts (sien verder Hiemstra *Suid-Afrikaanse Strafproses* (1981) 4-5). Dieselfde geld ook vir 'n offisiershof ingevolge artikel 54 van die Wet op Gevangenisse — ondanks die ooreenkomste wat daar tussen die verhore voor 'n offisiershof en dié voor 'n landdroshof bestaan. (Ingevolge artikel 58(1) van die Wet op Gevangenisse moet die verrigtinge voor 'n offisiershof, wat die wyse en vorm daarvan betref, so na doenlik

dieselfde wees as in summiere verrigtinge in 'n landdroshof by die verhoor en beslissing van strafsake.) Dit impliseer onder meer dat die pleitprosedures in-gevolge artikels 112 en 115 ook in gevangenisverhore toegepas moet word (Hiemstra 4). Die bevinding van die hof *in casu* dat 'n offisershof wat ingevolge artikel 54 van die Wet op Gevangenisgevangenis fungeer nie 'n laer hof is vir doeleindes van die Strafproseswet nie, is myns insiens korrek. Daarom kan die bevinding in *S v Williams* 1978 1 SA 1177 (K) 1178, ten effekte dat die offisershof aan artikel 295(1) van die Strafproseswet gebonde is en dus nie lyfstraf aan 'n gevangene bo 30 jaar kan oplê nie, nie onderskryf word nie. Die *ratio decidendi* vir die bevinding in *Williams*, naamlik dat 'n offisershof vir doeleindes van artikel 295(1) van die Strafproseswet 'n laer hof is, blyk foutief te wees. Ewe onoortuigend is ook die bevinding in *S v Nzuza* 1978 3 SA 540 (N), naamlik dat artikel 295(1) van die Strafproseswet die lyfstrafbepaling in artikel 54 by implikasie herroep het (vgl Hiemstra 5). Meer aanvaarbaar is die bevinding in *S v Khupiso* 1979 2 SA 605 (O) 607F, te wete dat 'n offisershof vir doeleindes van die Strafproseswet nie 'n laer hof is nie maar uitsluitlik sy bevoegdhede uit die Wet op Gevangenisgevangenis put. Vir sover dit dus die oplegging van lyfstraf in-gevolge artikel 54 betref, is so 'n offisershof nie aan artikel 295(1) van die Strafproseswet gebonde nie. Dié standpunt word ook in *S v De Kock* 1979 3 SA 806 (O) 808A-F onderskryf.

Om egter nou, as onverbiddelike *sine qua non* vir 'n suksesvolle beroep op die pleit van *autrefois convict* 'n vorige skuldigbevinding deur 'n laer hof, soos in die strafproseswet omskryf, te vereis (soos *in casu* te kenne gegee word) kan nie onderskryf word nie. Die vereiste waarom dit hier gaan, so word aan die hand gedoen, is dat die vorige skuldigbevinding deur 'n bevoegde hof uitgebring moet gewees het — dus 'n hof wat jurisdiksie gehad het om die saak te verhoor (vgl Hoffmann en Zeffertt *South African Law of Evidence* (1981) 265; Schmidt *Bewysreg* (1982) 576; Lansdown en Campbell *South African Criminal Law and Procedure* (band v) 440; Hiemstra 232). So gesien, kan 'n hof dus “bevoeg” wees sonder dat dit 'n laer hof soos omskryf in die strafproseswet is. Schmidt (*loc cit*) verklaar dat die hof op wie se skuldigbevinding gesteun word nie noodwendig 'n orgaan van die staat se regsprekende gesag hoef te wees nie en dat enige administratiewe orgaan wat 'n regsprekende funksie vervul, ook as 'n bevoegde hof beskou kan word. Verder kan ook 'n skuldigbevinding op 'n geldige aanklag deur 'n buitelandse hof, “mits hy volgens die reëls van sy eie land jurisdiksie oor die misdaad gehad het” aanleiding gee tot 'n suksesvolle beroep deur die beskuldigde op 'n latere pleit van *autrefois convict*. Dit is dus duidelik dat “bevoegde hof” en “laer hof” nie sinonieme begrippe is nie. Vir sover die hof *in casu* die mening toegedaan is dat 'n offisershof vir doeleindes van die pleit van *autrefois convict* nie 'n bevoegde hof is nie, moet van sodanige standpunt verskil word.

2 Die tweede oorweging wat die hof noem (maar wat nie deur die hof beslis is nie), het betrekking op die vraag of die appellant se beroep op 'n pleit van *autrefois convict* nie by noodwendige implikasie deur die bepalings van artikel 60 van die Wet op Gevangenisgevangenis uitgesluit is nie. In dié verband het die hof soos volg (64G) beslis:

“Dit is ook nie nodig om 'n beslissing te vel met betrekking tot die verdere vraag wat geopper is nie, te wete of art 60 van die gemelde Wet op Gevangenisgevangenis nie by noodwendige implikasie 'n gevangene, wat deur 'n offisier aan 'n tugoortreding skuldig bevind is, die reg ontnem om die verweer van *autrefois convict* op te werp wanneer hy weer in 'n

ander geregshof aangekla word nie. Ek mag net meld dat, wat my betref, art 60 baie onduidelik bewoord is.”

Laasgenoemde artikel 60 van die Wet op Gevangenisbeheer bevat die volgende voorskrif:

“Die bepalings van hierdie Wet word nie so uitgelê dat dit verhoed dat iemand in ’n geregshof anders as ingevolge die bepalings van hierdie Wet vervolgd word in alle gevalle waar hy aldus vervolgd sou kon word nie, maar geen lid van die Gevangenisdiens of tydelike bewaarder wat aan ’n misdryf ingevolge hierdie Wet onskuldig of skuldig bevind is, kan weer weens ’n misdryf wat uit dieselfde feite en omstandighede ontstaan, verhoor word nie.”

Ten einde die betekenis van artikel 60 vas te stel, is dit egter ook wenslik om te let op die bepalings van artikel 59(a) en (b) van die Wet. Laasgenoemde artikel bepaal soos volg:

“ ’n Beweerde oortreding van of versuim om te voldoen aan—

- (a) ’n bepaling van hierdie Wet deur ’n lid van die Gevangenisdiens of ’n tydelike bewaarder of ’n gevangene word verhoor by ’n gevangenis of by ’n plek wat vir dié doel deur die Kommissaris aangewys word;
- (b) ’n bepaling van enige wet, behalwe van hierdie Wet, deur ’n lid van die Gevangenisdiens of ’n tydelike bewaarder of ’n gevangene, word verhoor deur ’n bevoegde hof by die plek waar hy gewoonlik sit; . . .”

Word hierdie twee bepalings saamgelees, blyk die posisie wat daaruit ontstaan, die volgende te wees: Oortree ’n gevangene enige bepaling van die Wet op Gevangenisbeheer moet hy deur ’n gevangenisshof verhoor word. Oortree hy terselfdertyd die bepalings van enige ander wet (soos *in casu* die geval was) kan hy weens sodanige oortreding vir ’n tweede keer op verhoor gestel word, die keer egter voor ’n burgerlike hof. Is dit ’n lid van die gevangenisdiens of ’n tydelike bewaarder wat ’n bepaling van die Wet op Gevangenisbeheer oortree, moet hy insgelyks deur ’n gevangenisshof verhoor word. Sodanige lid van die gevangenisdiens of tydelike bewaarder kan egter nie, indien hy terselfdertyd ’n bepaling van enige ander wet sou oortree, vir ’n tweede keer weens sodanige oortreding voor enige ander hof op verhoor gestel word nie. Só gesien, blyk dit dus dat die appellant in die onderhewige saak inderdaad vir ’n tweede keer voor ’n burgerlike hof aangekla kan word vanweë ’n oortreding van artikel 2(b) van Wet 41 van 1971 en dat hy uit hoofde van artikel 60 van die Wet op Gevangenisbeheer nie geregtig sou wees om die pleit van *autrefois convict* te opper nie.

Dit blyk egter ’n anomalie te wees om ’n gevangene vir ’n tweede keer op verhoor te kan stel maar nie ’n lid van die gevangenisdiens of ’n tydelike bewaarder nie. Die implikasie hiervan is dat dit gedoog word dat gevangenes uit hoofde van een handeling wat ’n oortreding van sowel die Wet op Gevangenisbeheer as enige ander wet daarstel, twee keer vervolgd mag word maar nie lede van die gevangenisdiens of tydelike bewaarders nie! Dit lyk, om die minste te sê, na ’n onhoudbare situasie. Waarom moet die gevangene nou juis uitgesonder word en dubbel blootgestel word aan ’n skuldigbevinding uit hoofde van dieselfde handeling? Die onaanvaarbaarheid hiervan blyk ook uit die hof se bevinding (65F) dat die skuldigbevinding voor die offisiershof as ’n tugmaatreeël beskou moet word wat betrekking het op die handhawing van dissipline onder gevangenes maar dat die skuldigbevinding aan ’n oortreding van artikel 2(b) van Wet 41 van 1971 in die landdroshof die bekampings van ’n sosiale euwel en beskerming van die hele samelewing ten doel het — en dit terwyl die gevangene tydens die duur van sy aanhouding in die gevangenis juis uit die samelewing

onttrek word! Daar word dus aan die hand gedoen dat vanweë die bepalings van artikel 60 van die Wet op Gevangenis (die kritiek teen hierdie bepaling ten spyte), dit nie vir die appellant toelaatbaar was om ten tyde van sy tweede verhoor in die landdroshof die pleit van *autrefois convict* suksesvol te opper nie.

3 Die derde oorweging wat deur die hof in hierdie verband genoem word, het te make met die vraag of die misdrywe waarvan die appellant in die onderskeie verhore aangekla is wesenlik dieselfde is. Die hof wys daarop (64H-65A) dat die benadering by die oorweging van hierdie vraag dieselfde is as dié by die vraag of daar 'n vermenigvuldiging van aanklagtes is. In hierdie verband word dan soos volg (65C-G) beslis:

“Wat betref die gedeeltes van die misdaad-oms krywings wat van toepassing is op die onderhawige misdade, bepaal reg 99(1)(L) dat 'n *gevangene* wat 'enige ongeoorloofde artikel in sy . . . besit het' skuldig aan 'n oortreding is, en bepaal art 2(b) van Wet 41 van 1971 dat *enigiemand* 'wat sodanige afhanklikheidsvormende medisyne . . . in sy besit het' aan 'n misdryf skuldig is. Een en dieselfde handeling te wete besit word dus verbied. Die getuienis om 'n oortreding van reg 99(1)(L) te bewys sal, waar dit dagga is wat besit was, dus meteens ook 'n oortreding van art 2(b) bewys. Omgekeerd is dit egter nie die geval nie aangesien reg 99(1)(L) bepaal dat dit 'n *gevangene* moet wees wat in besit van die ongeoorloofde artikel is. Naas die getuienis wat 'n oortreding van art 2(b) bewys sal daar dus om 'n oortreding van reg 99(1)(L) te bewys, bykomende getuienis voorgelê moet word tot die effek dat die beskuldigde 'n *gevangene* is. Soos reeds gemeld, is daar sterk aanduidings dat die tugmaatreëls, vervat in reg 99(1), wat net op 'n bepaalde groep betrekking het, te wete gevangenes in gevangenis, die handhawing van dissipline met betrekking tot hierdie groep beoog. Die bepalings van art 2(b), aan die ander kant, beoog klaarblyklik, deur die verbod wat betrekking het op 'enigiemand', die bekamping van 'n sosiale euwel ter beskerming van die hele samelewing. Hierdie verskillende doelstellings maak die twee misdrywe so verskillend dat daar, meen ek, gesê kan word dat reg 99(1)(L) en art 2(b) twee aparte misdade skep en dat 'n skuldigbevinding op 'n aanklag van oortreding van die een dus nie as verweer opgewerp kan word in die geval van 'n aanklag van 'n oortreding van die ander een nie.”

Ter voorkoming van die verwarring van bestaande beginsels moet, ondanks die effek van artikel 60, gemeld word dat met die benadering van die hof nie saamgestem kan word nie. Dit is korrek om te aanvaar dat die betrokke misdaadoms krywings verskil. Altoos moet egter in gedagte gehou word wat die funksie van 'n ondersoek na die misdaadoms krywing is. Dit is, soos ook met enige ander toets wat aangewend word die geval is, hoogstens *riglyne* om vas te stel of twee aanklagte dieselfde is (*R v Kuzwayo* 1960 1 SA 340 (A) 344A). Die nut van enige toets is om te voorkom dat 'n persoon twee keer vir dieselfde *inhoudelike* misdadige gedrag gestraf word. Waar appèlreger Rumpff dus in *S v Grobler* 1966 1 SA 507 (A) 512A na die rol van die misdaadoms krywing verwys, is die belang daarvan en oogmerk daarmee dat dit bloot as *indicium* moet dien.

Dit behoort derhalwe duidelik te wees dat die aard en omstandighede van die beskuldigde se gedrag primêr is, en dat die misdaadoms krywing van sekondêre belang is. Trouens, dit gebeur selde dat die misdaadoms krywing van die “onbehoorlike” klag met dié van die regmatige aanklag ooreenstem — ooreenstemming sou die howe se taak baie vergemaklik maar die oms krywings verskil gewoonlik. Of 'n misdaadoms krywing *per se* verskil, is dus nie deurslaggewend nie, want soos dit gestel word in *R v Johannes* 1925 TPD 782 785:

“Generally speaking, the law is one act one offence, or rather, perhaps that one offence is constituted by the outcome of one criminal intent in the accused's mind, and that it is the carrying of that intention into effect which constitutes the criminal act.”

Dit is dienlik om eers die hof se basiese *premissa*, naamlik dat die getuienis op die een aanklag nie die ander bewys nie, te ondersoek en later die kwessie

van misdaadsomskrywings te behandel. Die hof steun swaar op die sogenaamde “bewystoets” wat helder uiteengesit is in *Gordon v R* 1909 EDC 254 269:

“It is difficult, if not impossible, in view of the decided cases, to lay down a hard and fast rule, which will apply with justness in every instance that has already been adjudicated upon, or which may in future arise for decision. Still we may adopt as a sound principle, which will cover many of the cases, that where the evidence, necessary to support the one charge, will likewise support the other, there the offences are the same. . . . It is by just legal principles alone, and not by the exercise of arbitrary discretion that we are to decide upon the matter. *Judicandum est ex legibus sed non exemplis* is the maxim of the Roman-Dutch law. So on the other hand, we may safely say that where two different indictments or counts each lay a charge differing in its elements from that laid in the other, though they both relate to one transaction, there the offences are separate and distinct.”

Om te beweer dat die twee misdade ter sprake nie dieselfde is nie, en dat onder meer getuienis aangevoer sal moet word om aan te toon dat ’n beskuldigde ook ’n gevangene is, is in prognostiese sin korrek. Daar kan gesê word dat nie net gevangenes dagga kan besit nie en dat daar ook ander ongeoorloofde artikels as dagga is. Indien na die besondere feite van hierdie geval gekyk word, blyk dit egter dat, diagnosties gesproke, die stelling nie korrek is nie. Die eerste aanklag bewys noodwendig die tweede (dit gee die hof *in casu* toe en daarom is appellant in die hof *a quo* skuldig bevind) maar waarom bewys die tweede aanklag se getuienis nie ook die eerste nie? Moet die feit dat appellant ’n gevangene is by die eerste aanklag weggedink word? Kan aanvaar word dat *Makoko* in twee hoedanighede kan teregstaan: beskuldigde *qua* gevangene *vis-à-vis* beskuldigde *qua* enigiemand? Die “gewone” besitter van dagga is moontlik nie ’n gevangene nie (waarskynlik later!) maar kan dit beteken dat die appellant nie ’n gevangene is nie? Gesonde verstand en billikheidsoorwegings dui hier onteenseglik daarop dat die appellant twee keer gestraf is vir wat in wese *een* strafwaardige feit is — naamlik die besit van dagga (*S v Grobler supra* 524C).

Daar kan net nie aanvaar word dat iemand in prosesregtelike sin (soos in hierdie feitestel) in twee hoedanighede kan besit nie. Ook onverklaarbaar is die feit dat appellant by een verhoor ’n gevangene is en by ’n ander weer nie een is nie. Oormatige klem op die hoedanigheid waarin ’n misdaad gepleeg word, kan tot onaanneemlike resultate lei. Waar iemand ’n polisiebeampte tydens die verrigting van sy pligte aanrand, sal dit beteken dat die volgende twee aanklagte moontlik is: Eerstens is die beskuldigde skuldig aan ’n oortreding van artikel 27(1) van die Polisiewet 7 van 1958 — hier is die polisiebeampte klaer *qua* polisiebeampte. Tweedens is hy klaer *qua* enigiemand waar die beskuldigde van gemeenregtelike aanranding aangekla word. Artikel 336 van die Strafproseswet 51 van 1977 staan duidelik bogenoemde resultaat, asook dié in *Makoko* se saak, teë. Dié artikel bepaal die volgende:

“Waar ’n handeling of ’n versuim ’n misdryf ingevolge meerdere wetsbepalings is of ’n misdryf ingevolge ’n wetsbepaling en die gemene reg is, is die persoon wat aan so ’n handeling of versuim skuldig is, tensy die teendeel blyk, vervolgbaar en strafbaar ingevolge die een of die ander wetsbepaling of, na gelang van die geval, ingevolge die wetsbepaling of die gemene reg, maar hy is nie aan meer as een straf onderhewig vanweë die handeling of versuim wat die misdryf uitmaak nie.”

Alhoewel, soos reeds in oorweging gegee is, die *getuienis* op die een aanklag die ander insgelyks bewys en dit hareklowery sou wees om anders te meen, kan die betrokke *misdadaomskrywings* nie as identies bestempel word nie. Dit is derhalwe noodsaaklik om opnuut vas te stel watter mate van ooreenstemming

deur die howe vereis word. Om algehele eenvormigheid te vereis, sou onregverdig teenoor die aangeklaagde wees; daarteenoor sou algehele verskil onbillik teenoor die staat wees. Eersgenoemde moontlikheid sou die pleit van *autrefois convict* vir alle praktiese doeleindes in die ban doen en sou in 'n onbeperkte aantal vervolgings kon resulteer. Laasgenoemde moontlikheid sou die effektiewe strafregspiegeling grootliks frusteer. Daar moet dus hier, soos met talle ander regspraakstukke die geval is, 'n belange-afweging plaasvind (vergelyk *S v Mbulawa* 1969 1 SA 532 (EDC) 534G).

Dit is aanvaarde reg dat iemand nie weer vir *dieselfde* misdaad as waaraan hy skuldig bevind is, aangekla kan word nie (*S v Ndou* 1971 1 SA 668 (A) 672H). Dit geld ook in geval van 'n misdaad wat "weselik dieselfde" is (*R v Constance* 1960 4 SA 629 (A) 635B) of in gevalle van "substantial identity" (*R v Long* 1958 1 SA 115 (A) 117G). In *O'Neill v South African Railways and Harbours* 1958 3 SA 269 (A) 276A sê appèlregter Schreiner die volgende ten aansien van die uitdrukking *autrefois acquit*:

"The expression was, in my view, introduced to support the conclusion that, looking at the substance of the matter, as should be done in cases of *autrefois acquit*, it is not merely the names of the crime and the misconduct that matter but their real equivalence."

Dieselfde gedagte word duidelik uiteengesit in *S v Davidson* 1964 1 SA 192 (T) 196C-E waar regter Colman die volgende sê:

"Substantial identity, it seems to me, means identity in substance, i.e. in essentials, as opposed to absolute identity, which would require that the two charges be identical in every respect. When seeking to apply the test laid down in *Long's* case, *supra*, I must, I think, go beyond the definitions of the two or more offences which fall to be considered. I must compare those offences as charged. If the offences, as charged, are identical in substance, even though they may differ in immaterial respects, the test is, in my judgment, satisfied. And I go further and say that if specific unlawful conduct is such that it may properly be described and charged as the commission of more than one crime known to our law, to charge a man with two of those crimes on those facts would be to charge him twice with the same offence, or substantially the same offence under different names."

Die benadering wat ons regspraak volg, is een wat vra na inhoud en nie na tegniese beskrywing nie (*R v Manasewitz* 1933 AD 165 169; *S v Nyati* 1972 4 SA 11 (T) 13H). As die misdadige gedrag wat teen die aangeklaagde beweer word dieselfde is, maak dit nie saak dat dit by meer as een misdaadomskrywing impas nie (Hoffmann en Zeffert 246 vn 4; *S v Bizi* 1971 1 SA 502 (RAD) 505B). Aangesien, soos reeds vroeër gesê is, die inhoudelike gedrag van primêre belang is, geld bogenoemde stelling ook omgekeerd: waar die misdaadomskrywing wel 'n noue verband toon maar diverse misdadige handelingte gevolg word, is twee aanklagte in orde. Daar word aan die hand gedoen dat die feite in *Makoko* nie van so 'n aard was nie.

Daar dien ook op gewys word dat die gebruik van die strafreg vir ontmoediging van besit van dagga soms gekritiseer word. Daar word aangetoon dat ter wille van die respek wat behou moet word vir *ander* strafsanksies, dit soms beter is om *nie* te straf nie. Die gemeenskap se siening van die misdaad van besit van dagga is tans, so wil dit voorkom, meer toegemoetkomend (*S v Khoele* 1984 2 SA 480 (O) 482A) en as daar dan wel gestraf word, moet dit op onberispelike wyse geskied. Deur voldoende te let op die individualisasie van straf (Du Toit *Straf in Suid-Afrika* (1981) 122) kan verhoed word dat 'n beskuldigde van die oogmerk van een strafbepaling na die oogmerk van 'n ander geslinger word. Strafteoreties is dit onwenslik dat *Makoko* eers ter wille van dissipline en later ter wille van voorkoming van 'n sosiale euwel gestraf word.

Waar die regsposisie opsommenderwys dus sodanig is dat 'n beroep op *autrefois convict* deur die tweede (en nie die derde oorweging nie) uitgesluit word, moet daar dadelik bygevoeg word dat waar dié posisie moontlik die reg is, dit beslis nie in ooreenstemming met geregtigheid is nie. Die oplossing van die probleem lê natuurlik by die skepper daarvan — die wetgewer. Die *bewoording* van die Wet op Gevangenisse is tans tot die effek dat 'n gevangene, wat die onderhawige aspek betref, op arbitrêre wyse benadeel word. Daarom word nou op die wetgewer gewag om te verklaar of dié uiters onbillike resultaat inderdaad ook sy *bedoeling* is of nie.

JL SNYMAN

RW ALBERTS

Universiteit van die Oranje-Vrystaat

It is often more important that the law should be certain than that it should be ideally perfect. The strictures of some academics of this attitude and their lament will be borne with all the fortitude at one's command. They can be forgiven for they "knoweth not". They have not had judicial experience. (per regter Coetzee in Trade Fairs and Promotions (Pty) Ltd v Thomson 1984 4 SA 177 (W) 186-187.)

BOEKE

THE LAW OF DELICT (VOL 1)

PQR BOBERG

Juta Kaapstad Wetton en Johannesburg 1984; 1vi en 902 bl

Prys R88,00 + AVB

Die verskyning van die eerste band van professor Boberg se *magnum opus* oor die Suid-Afrikaanse reg aangaande die onregmatige daad word meer as verwelkom. Die outeur, wat self geen bekendstelling nodig het nie, is naamlik een van die drie vooraanstaande en leidende kenners — saam met doktor NJ van der Merwe en professor JC van der Walt — op die gebied van die deliktereg. Hierdie werk plaas dan ook die kroon op 25 jaar se vrugbare arbeid en ervaring (dosering, navorsing en talryke publikasies) op die onderhawige regsgebied.

Die *opset* van die boek is ongewoon vir sover afgewyk word van die konvensionele patroon in ander Suid-Afrikaanse regspublicasies. Teksboek en vonnisbundel word naamlik verweef tot 'n unieke kombinasie. Hierdie samestelling het waarskynlik tot gevolg gehad dat alle voetnote tussen hakies in die teks self (ook wat die aantekeninge daaroor betref), en nie apart onder aan elke bladsy nie, geplaas moes word — 'n feit wat soms die leesbaarheid van die stof beïnvloed. Hoe dit ook al sy, weens die unieke opset van die boek geniet elke besondere onderwerp (soos wanvoorstelling of onregmatige mededinging) 'n vierledige behandeling: die teks; aantekeninge oor die teks; die sake; en aantekeninge oor elke saak.

Die *teks* gee bloot 'n bondige uiteensetting van die relevante beginsels weer. Die *aantekeninge* daarop bevat dan in besonderhede verwysings na en kritiese besprekings van die betrokke positiesfregtelike en akademiese bronne. In hierdie verband moet die outeur geluk gewens word met die omvang, objektiwiteit en deeglikheid van sy behandeling van veral die akademiese publicasies — selfs ongepubliceerde proefskrifte word kernagtig opgesom en krities ontleed! Soos in die advertensie van die boek te kenne gegee word: "Comprehensive and analytical, the Notes are truly a mine of information." Voorts volg 'n noukeurig geredigeerde, *verbatim*-weergawe van die belangrikste *beslissing(s)* oor die betrokke onderwerp. Hierdie hofverslae weer word toegelig deur *aantekeninge* oor elke saak. Die *aantekeninge* bevat kommentaar oor die besondere beslissing deur die outeur en andere, asook verwysings na alle relevante literatuur (die meeste waarvan opgesom en krities behandel word). 'n Totaal van 128 gewysdes

wat 490 bladsye beslaan, word op hierdie wyse betrek. In die lig van die voorgaande kan die boek met reg as 'n mini-biblioteek oor sekere aspekte van die deliktereg bestempel word.

Hiermee kom mens by die *inhoud* van die werk. Alvorens hierdie aspek in die besonder die aandag geniet, eers twee algemene opmerkings. In eerste instansie omvat die eerste band van *The Law of Delict* nie die hele gebied van die onregmatige daad nie, maar word dit by name uitdruklik tot Aquiliese aanspreeklikheid beperk. Dié benaming is egter in 'n mate misleidend aangesien sommige aangeleenthede wat direk met die *actio legis Aquiliae* verband hou, nie in hierdie band besondere aandag geniet nie, soos mededaderskap (vgl 654), middellike aanspreeklikheid en die beskikbaarheid van die Aquiliese aksie vir nie-eienaars (sien 625). Tweedens beperk die skrywer hom hoofsaaklik tot die “moderne Suid-Afrikaanse” deliktereg. Verwysings na en besprekings van sowel Romeins-Hollandse skrywers as vreemdregtelike standpunte is dienoooreenkomstig minimaal. Hierbenewens word die klem op die hofverslae van die afgelope 30 jaar gelê omdat daarin volgens die outeur 'n weerspieëling van die geldende deliktereg gevind kan word — 'n opvatting wat ek heelhartig met hom deel. In die besonder sien die inhoud van die boek vervolgens soos volg daar uit:

In hoofstuk een word die aard en grondslag van deliktuele aanspreeklikheid bespreek. Aandag word veral gegee aan die aard van 'n onregmatige daad, die rol van skuld, die deliktuele remedies, die vereistes vir aanspreeklikheid, die verweersgronde en die outeur se benadering tot die deliktereg. In hierdie verband dien op die volgende gelet te word. Boberg (1) se omskrywing van 'n delik as “an infringement of another's interests” is misleidend. Dit skep naamlik die wanindruk dat *alle* individuele belange hier tuisgebring kan word, terwyl dit sekerlik net oor die aantasting van regtens *erkende* en *beskernde* belange gaan (vgl 32). Voorts is dit duidelik dat die outeur nog nie klaarheid oor die begrip *subjektiewe reg* (in die tradisionele sin van 'n *regsbetrekking* tussen 'n *regsubjek* en 'n *identifiseerbare, afgebakende, selfstandige regsobjek*) (vgl *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk 1977 4 SA 374 (T) 381-382*) het nie. Met sy beskouing (1; sien ook 32 38) dat elke plig as keersy 'n korrelerende reg (“right”) het, kan nie fout gevind word nie. Wat wel bevraagteken word, is sy mening (38) dat elke sodanige “right” tegelykertyd 'n subjektiewe reg — in vermelde sin — is (vgl ook 731 waar hy “a right not to suffer [patrimonial] loss” as 'n subjektiewe vermoënsreg bestempel). Dit is byvoorbeeld beslis nie die posisie met betrekking tot nalatige wanvoorstelling as verskyningsvorm van *damnum iniuria datum* nie. In hierdie geval word die onregmatigheidsvraag tog beantwoord met verwysing na die regsplig om die korrekte inligting te verskaf juis omdat 'n identifiseerbare subjektiewe reg meestal ontbreek. Die keersy van bedoelde plig, te wete die reg op die korrekte inligting of die reg om nie mislei te word nie, kwalifiseer beslis nie as 'n tradisionele subjektiewe reg nie (vgl Pauw 1978 *THRHR* 57-58; sien ook Boberg se aantekening op 62). Die korrelaat van 'n regsplig is dus nie noodwendig 'n subjektiewe reg nie. So gesien, verdien Van der Walt (*Delict: Principles and Cases* (1979) 21) se stelling dat skending van 'n subjektiewe reg en verbreking van 'n regsplig twee alternatiewe, selfstandige onregmatigheidsgronde daarstel, instemming. Terselfdertyd moet Boberg (32 38) se kritiek op Van der Walt se beskouing — in die lig van eersgenoemde se

foutiewe siening dat elke plig as keersy 'n subjektiewe reg het en dat regskenning en pligsverbreking daarom nie selfstandige onregmatigheidsgronde daarstel nie, maar net alternatiewe “paths to” (32) of “ways of looking at” (38) die onregmatigheidsprobleem is — as ongeregverdig afgewys word. Ter wille van volledigheid kon die outeur (16 17) met betrekking tot persoonlikheidsbeskerming daarop gewys het dat afgesien van die aanspreeklikheid van die pers weens laster, aanspreeklikheid weens onregmatige vryheidsberowing en onregmatige beslaglegging op goed ook *skuldloos* is (vgl *Ramsay v Minister of Police* 1981 4 SA 802 (A) 818–819).

Hoofstuk twee handel oor die onregmatige handeling of late. Die klem val veral op onregmatigheid as delikselement alhoewel ander elemente, veral nalatigheid en kousaliteit, ook soms bygehaal word. Die hoofde wat bespreek word, is die begrip onregmatigheid, nalatige wanvoorstelling, die nalatige veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies, onregmatige mededinging, betreding (“trespass”), emosionele skok, vervaardigersaanspreeklikheid, regsmisbruik en aanspreeklikheid weens 'n late. Nou val dit dadelik op dat sommige van hierdie hoofde, soos dié met betrekking tot wanvoorstelling, ekonomiese verlies, mededinging, skok en defekte produkte besondere verskyningsvorms van *damnum iniuria datum* daarstel. Alle elemente van 'n delik — en nie net onregmatigheid nie — is dus by hulle van belang. Gevolglik sou 'n bespreking van hierdie hoofde meer van pas gewees het nadat al die elemente reeds behandel is. Veral die oningewyde (student) moet byvoorbeeld tog eers met nalatigheid kennis maak alvorens 'n bespreking van “*negligent statements*” of “*pure economic loss caused negligently*” werklik vir hom sin kan hê.

Afgesien hiervan moet met betrekking tot hoofstuk twee ook op die volgende gelet word. In eerste instansie getuig Boberg se siening omtrent die toepaslikheid van die *redelike voorsienbaarheidskriterium* nie van volkome helderheid nie. Aanvanklik aanvaar hy (33) klaarblyklik — en volkome tereg ook — dat die redelike voorsienbaarheid van skade geen rol by die onregmatigheidsvraag (as diagnose) speel nie, maar wel van deurslaggewende betekenis by die bepaling van nalatigheid (as prognose) is. (Sien ook 104 waar hy sê dat die feit dat skade redelikerwys voorsienbaar is, “*serves only to establish fault.*”) Hy verwys (35 36) met betrekking tot die “*policy based*”-aspek van die “*duty of care*”-leerstuk trouens met goedkeuring na Millner waar hy verklaar dat hierdie aspek “*entirely divorced from foreseeability*” is (sien ook Boberg (36) se verwysing na *Tobacco Finance (Pvt) Ltd v Zimnat Ins Co Ltd* 1982 3 SA 55 (Z) 61). Later skyn hy egter — sonder motivering — van standpunt te verander. Hy verklaar (135) naamlik ten aansien van aanspreeklikheid weens suiwer ekonomiese verlies dat die benadering dat “*the foreseeability of the plaintiff's claim pertains to wrongfulness,*” “*preferable*” is.

In verband met die nalatige veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies moet ook verwys word na Boberg se opvatting omtrent die wenslikheid van die beleidsoorweging dat die moontlikheid van “*a multiplicity of actions*” wat tot “*an overwhelming potential liability*” aanleiding kan gee, aanspreeklikheid uitsluit (sien in die algemeen 34 104–105 146–148). My eie mening is dat bedoelde oorweging nie vir 'n sinvolle en rasonale toepassing deur die hofe vatbaar is nie (sien 1983 *THRHR* 205). Boberg (vgl 105) weer het sonder meer volle ver-

troue in die regsprekers se oordeel. Hy dui self egter nie aan *op welke wyse* vermelde oorweging rationeel toegepas kan word nie. Sodoende word 'n geleibuis vir *regsonsekerheid* geskep wat op sy beurt weer tot "injustice" (vgl 266) aanleiding kan gee. So gesien, klink Boberg se opmerking (146) dat "[n]o harm is done" deur middel van die aanwending van regspolitieke faktore (waaronder bovermelde) taamluk hol.

By nalatige wanvoorstelling mis ek in die outeur se aantekeninge (81-83) oor *Herchel v Mrupe* 1954 3 SA 464 (A) 'n verwysing na Van Heerden (*Grondslae van die Mededingingsreg* (1961) 215 e v) se waardevolle kommentaar oor hierdie saak. Voorts wonder 'n mens in hierdie verband of Boberg se kritiek (83) op *Smit v SA Vervoerdienste* 1984 1 SA 246 (K) heeltemal opgaan in die lig van sy oënskylnlike goedkeuring (82) van die beginsel in die *Herchel*-saak dat "a defendant has no duty to take care on a plaintiff's behalf where the plaintiff has the means to protect himself by his own care." Was die kinders (eisers) in die *Smit*-saak dan nie juis in die posisie om hulleself te beskerm nie (eenvoudig deur nie die bomme te maak het nie), en het daar om dié rede dus geen "duty to take care" op die Spoorweë (verweerder) gerus nie?

In die afdeling oor onregmatige mededinging gee die outeur te kenne (149) dat "intention . . . an element of all the established forms of unlawful competition" is. Dit is nie waar wat byvoorbeeld "passing off" betref nie. In *Link Estates (Pty) Ltd v Rink Estates (Pty) Ltd* 1979 2 SA 276 (OK) 281 word verklaar: "Seeing that passing off is a delict and that the action to which it gives rise is Aquilian-based . . . the appellant was not bound, in order to succeed, to prove *dolus* on the respondent's part . . ." 'n Baie belangrike resente beslissing op die gebied van onregmatige mededinging is *Butt v Schultz* 1984 3 SA 568 (OK) (sien my bespreking van hierdie vonnis *supra* in hierdie uitgawe van die *THRHR*). Die mededingingsprinsiep as onregmatigheidskriterium word naamlik in dié saak tereg — weliswaar by implikasie — voorop gestel (vgl nietemin 151). Voorts dink ek dat mens in die lig van die meerderheid resente beslissings (sien Van Heerden en Neethling *Onregmatige Mededinging* (1983) 140 vn 27) nou maar kan aanvaar dat die Engelsregtelike "action for breach of trust or confidence" op die gebied van onregmatige mededinging nie deel van ons reg is nie (vgl nietemin 165). Laastens kon die outeur in die huidige verband ook na die proefskrif van Wiehahn *Boikot as Onregmatige Daad* (1973) verwys het.

Met betrekking tot emosionele skok het die voorsienbaarheidskriterium — soos neergelê in *Bester v Commercial Union Versekeringsmaatskappy van SA Bpk* 1973 1 SA 769 (A) — volgens Boberg (192) met "remoteness of damage" ("legal causation" of aanspreeklikheidsbegrensing) niks te make nie: "For according to *Bester's* case the issue was not one of remoteness at all: it was one of fault (negligence) in relation to nervous shock." Daarom is die beslissing in *Masiba v Constantia Ins Co Ltd* 1982 4 SA 333 (K) volgens hom op hierdie punt verkeerd. Ten onregte. In die *Bester*-saak word dit intendeel herhaaldelik uitdruklik gestel dat die hof, nadat 'n dader se nalatigheid reeds bevind is (sien 778 en 781 van die verslag), die aanspreeklikheid van die dader vir resulterende emosionele skok slegs volgens die redelike voorsienbaarheidsmaatstaf wil bepaal: dus 'n kwessie van "remoteness of damage" of van die vasstelling van die perke van die onregspeler se *reeds gevestigde aanspreeklikheid*. Van 'n tweede

bepaling van nalatigheid — nou ten aansien van die emosionele skok — is daar beslis nie sprake nie.

Boberg teken in verband met die leerstuk van misbruik van reg sterk beswaar aan (207 209) teen skrywers soos Van der Walt en Van der Merwe en Olivier wat die opvatting huldig dat die beginsel dat motief 'n rol kan speel by die bepaling van die redelikheid (regmatigheid) al dan nie van 'n persoon se optrede, algemene gelding op die gebied van die deliktereg het. Volgens hom is motief net in sekere uitgekristalliseerde gevalle relevant. Nou kom dit in eerste instansie voor of Boberg se beswaar op 'n misverstand berus. Die feit dat motief algemene gelding het, beteken volgens vermelde skrywers beslis nie dat dit *noodwendig* in elke geval toepassing moet vind nie (vgl 209). Steeds bly dit slegs 'n faktor wat by die bepaling van redelikheid of nie 'n rol kan — nie moet nie — speel. Hierbenewens is dit moeilik om Boberg se beswaar te versoen met sy klaarblyklike goedkeuring van die *boni mores* — of redelikheidskriterium as algemene onregmatigheidsmaatstaf. Net soos motief, word hierdie maatstaf tog ook net in besondere gevalle direk toegepas. Hierdie feit doen egter nie afbreuk daaraan dat die redelikheidskriterium “inherent in our general law of delict” is nie. Dieselfde geld ten aansien van motief. Daarom kan motief steeds — soos die outeur self (208) te kenne gee — 'n rol in nuwe situasies speel. Boberg (207) se ander beswaar teen die algemene gelding van motief is dat “its operation must be confined to the intentional infliction of harm, for there is no room for motive where only negligence is present.” Hierdie beswaar gaan ook nie op nie. Boberg verloor naamlik uit die oog dat ten spyte van 'n onbehoorlike motief, opset weens 'n *onredelike* dwaling (afwesigheid van onregmatigheidsbewussyn) by 'n persoon kan ontbreek en dat daar by hom dan minstens nalatigheid aanwesig is. So beskou, kan motief dus ook in gevalle van nalatigheid relevant wees.

In verband met hoofstuk twee kan die volgende opmerkings ten slotte gemaak word. Eerstens lyk dit of daar veel te sê is vir die outeur se aanbeveling omtrent die erkenning van 'n sesde kategorie van aanspreeklikheid vir 'n late. Dit is naamlik dat “the contractual assumption of responsibility for the safety of a third party” (212; sien ook 225 260) ook aanduidend behoort te wees van die bestaan van 'n regsplig om positief-handelend op te tree. Tweedens moet vermeld word dat die outeur, afgesien van in hierdie hoofstuk (sien 147; vgl ook 206–210 oor motief), ook op verskeie ander plekke in die boek (sien 796 799 835) op oortuigende wyse aantoon dat sogenaamde *dadersubjektiewe* faktore 'n rol by die objektiewe *ex post facto* onregmatigheidsstoets kan speel.

Hoofstuk drie omvat 'n bespreking van die skuldelement, veral nalatigheid. Ten aanvang word kortliks tussen opset en nalatigheid onderskei. Daarna word die volgende aspekte ten opsigte van nalatigheid behandel: die toets van redelike voorsienbaarheid; die onvoorsienbare eiser; die hoeveelheid sorg wat aan die dag gelê moet word (met betrekking tot “sudden emergency,” kinders, die bestuur van motorvoertuie en deur deskundiges); die regspraak oor nalatigheid (die bestuur van motors in die besonder); en die bewys van nalatigheid. In sy vergelyking van opset en nalatigheid vind die outeur (273–274) die gevolgtrekking van regter Didcott in *S v Zoko* 1983 1 SA 871 (N) dat “where *dolus* is present, so too is *culpa*,” “both logical and just.” Hierdie bevinding word heelhartig onderskryf. Dit behoeft eintlik geen betoog nie dat die opsetlike benadeling van 'n ander strydig is met die sorg wat die *bonus paterfamilias* aan die dag sou gelê

het en dat nalatigheid daarom terselfdertyd ook aanwesig is. Hierdie slotsom kan interessante konsekwensies met betrekking tot die toepassing van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956 hê. Tans is die posisie (sien 663-664) dat daar geen verdeling kan plaasvind waar die verweerder opsetlik en die eiser net nalatig gehandel het nie. Ook is bydraende opset aan die kant van die eiser — altans teoreties gesien — 'n volkome verweer indien die verweerder slegs nalatig was. Indien men's egter nou aanvaar dat opset tegelykertyd ook nalatigheid daarstel, dan is 'n verdeling van skadevergoeding in albei die gevalle moontlik. (Waarskynlik sal 'n opsetlike handeling op 'n 100% afwyking van die norm van die redelike man neerkom.) Hieruit volg voorts dat waar albei partye opsetlik gehandel het, verdeling op 'n 50:50 basis kan geskied. 'n Verdere konsekwensie ten opsigte van die aksie van afhanklikes is dat waar die oorlede broodwinner opset en 'n derde slegs nalatigheid ten aansien van sy dood gehad het, verdeling op 'n rasionele basis tussen die twee mededaders kan plaasvind. Of hierdie konsekwensies egter in die regspraak aanvaar sal word, sal net die tyd leer.

Alvorens Boberg se omskrywing van nalatigheid vervolgens die aandag geniet, is dit wenslik om ook die inhoud van hoofstuk vier hier te betrek. Die oorweging hiervoor is dat hoofstuk vier 'n bespreking van feitelike en juridiese kousaliteit ("remoteness of damage") omvat en dat laasgenoemde aangeleentheid direk by die outeur se nalatigheidstoets relevant is. Boberg (276-277 381-382 447-448) — anders as die huidige skrywer — het geen tyd vir "legal causation" as 'n selfstandige aspek van die onregmatige daad nie. Volgens hom moet die vraag vir welke gevolge van sy onregmatige daad die dader aanspreeklik gehou moet word — dit is die vraag na juridiese kousaliteit — by die nalatigheidstoets inbegrepe word. Hierdie "relative view of negligence" hou dan in dat dit by die vasstelling van nalatigheid telkens om die redelike voorsien- en voorkombaarheid van 'n *spesifieke nadelige gevolg* gaan en nie om die voorsien- en voorkombaarheid van *skade in die algemeen* (soos die voorstanders van juridiese kousaliteit dit wil hê) nie. Dié gesigspunt pas hy (308-309 311) ook met betrekking tot die "unforseeable plaintiff" toe. 'n Aantal besware kan egter teen Boberg se "notion of relativity" — en bygevolg ten gunste van juridiese kousaliteit as selfstandige delikselement — ingebring word. In eerste instansie word hy genoep om die logiese noodwendigheid te misken dat indien eenmaal besluit is dat 'n redelike man anders sou opgetree het om die besondere gevolg te vermy, dit geen sin het om hierdie beslissing ten aansien van ander (verdere) gevolge te herhaal nie (sien Hart en Honoré *Causation in the Law* (1959) 239-240). Slegs die aanvaarding van juridiese kousaliteit as delikselement kan uitkoms uit hierdie dilemma bied. Tweedens verskaf Boberg se standpunt geen oplossing vir die begrensing van aanspreeklikheid by *opsetlike* skadeveroorsakende handeling en *skuldlose* aanspreeklikheid (vgl 389) nie. Hierteenoor is die feit van die saak dat mens wel die redelike voorsienbaarheidskriterium as selfstandige juridiese kousaliteitsmaatstaf — net soos by nalatigheid — met goeie gevolg in albei hierdie gevalle kan aanwend (sien bv *Brown v Hoffman* 1977 2 SA 556 (NK) 557 559-560 m b t opset; en *Shills v Massey Ferguson, Inc* (1969) 296 F Supp 776 782 m b t skuldlose vervaardigersaanspreeklikheid in die VSA). Laastens is Boberg se siening (vgl 382) ook direk strydig met die appèlhofbeslissing in *Minister of Police v Skosana* 1977 1 SA 31 (A) waarin juridiese kousaliteit as delikselement uit-

druklik erken word (sien ook *Siman and Co (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd* 1984 2 SA 888 (A)). In verband met hoofstuk vier (399) moet die outeur se aandag ten slotte daarop gevestig word dat TJ Scott beslis nie 'n "she" (vrou) is nie.

Hoofstuk vyf het as opskrif "Patrimonial Loss." Persoonlikheidsbenadeling weens pyn en lyding word as uitsondering egter ook hier te berde gebring. Hoe dit ook al sy, die skade- of nadeelelement word in hierdie hoofstuk in meer besonderhede as in ander Suid-Afrikaanse handboeke oor die deliktereg behandel. Dit geld veral vir die afdeling wat oor die omvang of die *quantum* van die vergoeding handel — 'n afdeling wat meer as 'n honderd bladsye beslaan. Die outeur se beklemtoning van die onderskeid tussen verlies van *verdienvermoë* en verlies van *toekomstige verdienste* (sien 530–531 538–540 575–577), en sy argumente dat die toekenning van skadevergoeding eerder op eersgenoemde as op laasgenoemde gebaseer moet word, verdien spesiale vermelding en is nie sonder meriete nie.

Die verwere teen die Aquiliese aksie word ten slotte in hoofstuk ses bespreek. As inleiding geniet die aard van 'n verweer en die kwessie van die bewyslas die aandag. Daarna word die volgende verwere in besonderhede behandel: bydraende nalatigheid; toestemming en aanvaarding van die risiko van benadeling; statutêre bevoegdheid; noodtoestand en noodweer; provokasie (*retorsio*); en oerlike of *quasi*-oerlike gesag.

In hierdie verband moet op die volgende gelet word. Boberg gee te kenne (646) dat "competition in trade is *prima facie* lawful . . ." Dié stelling gaan egter net op met betrekking tot onregstreekse inwerkings op die werfkrag van 'n mededinger (sien Van Heerden en Neethling 73 81 e v). Regstreekse inwerkings is hierteenoor prinsipiëel onregmatig (*ibid* 73 169 e v). Die vraag of 'n regverdigingsgrond tot die verweerder se beskikking staan, is gevolglik hier — anders as wat die outeur sê (646) — wel van belang (Van Heerden en Neethling 73 169–170 203 e v). In verband met die *boni mores* as begrensingsmaatstaf vir 'n regsgeldige toestemming kon Boberg (729) na die beslissing van die Rhodesiese appèlhof in *S v Collett* 1978 3 SA 206 (RA) verwys het. Die hof (213) verklaar naamlik dat "it would . . . have been contrary to public policy to permit consent to operate as a defence to the charges of assault in the instant case."

Boberg weier (828–829 834–837) om te aanvaar (soos die resente beslissings in *Bester v Calitz* 1982 3 SA 846 (O) en *Wapnick v Durban City Garage* 1984 2 SA 414 (D) 419–420) dat provokasie in besondere omstandighede 'n aantasting van die reg op die fisiese integriteit ("physical assault") kan regverdig. In eerste instansie voer hy aan (829) dat 'n aanranding wat volg op 'n provokatiewe liggaamsaantasting wel "natural [is], but it is against the law." Die funksie van die reg in hierdie verband is volgens hom om mense op te voed "to display self-control in the face of provocation" (836). Hierteenoor klink die argument dat 'n aanranding *in retorsio* deur die reg veroorloof moet word juis omdat dit die natuurlike reaksie van selfs die mees redelike man is, vir my baie meer aanneemlik. Sodoende word erkenning verleen aan die beginsel dat aan 'n dader "nooit hoër eise gestel word nie as wat redelik is en redelik beteken . . . dit wat van die gewone deursneemens in die besondere omstandighede verwag kan word"

(*S v Goliath* 1972 3 SA 1 (A) 24; vgl nietemin Boberg 836). In ooreenstemming hiermee sou die (lofwaardige) funksie van die reg dan wees om mense op te voed om nie andere te provokeer nie.

Verder bevraagteken Boberg (834–835) ook die argumente van Van Aswegen (1982 *De Jure* 368) ten gunste van die erkenning van provokasie as regverdigingsgrond. Hy ontken (834–835) eerstens dat mens by provokasie met die afweging van die belange van die geprovokeerde teenoor dié van die provokeerder te make het. Dit behoeft egter geen betoog nie dat 'n belange-afweging inherent aan die proporsionaliteitsbeginsel is wat by provokasie as verweer geld. Dié beginsel hou naamlik in, (i) dat die betrokke belange eweredig moet wees (m a w dat bv 'n *liggaamsaantasting* (aanranding) *in retorsio* slegs deur 'n voorafgaande provokatiewe *liggaamsaantasting* geregtig kan word; en (ii) dat die belang-aantasting *in retorsio* nie buite verhouding tot die voorafgaande aantasting moet wees nie (d i “that the physical assault by the second person is not out of proportion in its nature and degree to the assault by the first aggressor.” *Powell v Jonker* 1959 4 SA 443 (T) 445). Boberg se tweede punt van kritiek (“main objection”) teen Van Aswegen se redenasie is so onbillik en ongeregverdig dat dit werklik jammer is dat hy dit geopper het. Hy gee te kenne (835) dat sy beweer het dat omdat die toets vir onregmatigheid objektief is, en omdat provokasie ook objektief beoordeel word, daarom (en slegs daarom) is provokasie 'n regverdigingsgrond. Sodoende maak sy haar volgens hom aan 'n *non sequitur* skuldig aangesien, afgesien van onregmatigheid, daar ook ander delikselemente is wat objektief beoordeel word. Nou is dit onteenseglik so dat Boberg 'n redenasie aan Van Aswegen toeskryf wat sy hoegenaamd nie gemaak het nie. Uit haar hele betoog is dit duidelik dat sy nie beweer het dat provokasie onregmatigheid ophef *net* vanweë die feit dat dit objektief beoordeel word nie. Sy sê intendeel uitdruklik dat dit by provokasie oor 'n “objektief beoordeelde belange-afweging” (Van Aswegen 370–371) gaan en dat dit om dié rede die onregmatigheidsvraag betrek. Hierbenewens blyk uit haar betoog dat sy slegs met onregmatigheid doenig was. Ander objektief beoordeelde delikselemente, soos nalatigheid en juridiese kousaliteit (redelike voorsienbaarheid), was gevolglik hoegenaamd nie ter sprake nie en is daarom ook nie vermeld nie. Vir my kom dit voor of Boberg die feit dat Van Aswegen wel 'n belange-afweging by provokasie erken, misken het omdat hyself sodanige afweging ontken en dat hy hom daarom aan “as nice a *non sequitur* as one could wish to meet” (vgl 835) skuldig gemaak het!

Ten spyte van die punte van kritiek hierbo, is Boberg se *The Law of Delict* werklik 'n unieke en besonder waardevolle bydrae tot die Suid-Afrikaanse regs-literatuur in die algemeen en die reg aangaande die onregmatige daad in die besonder. Veral as verwysingshandboek het die werk nie sy gelyke nie. Ek voorspel dat die boek nog baie invloed op die ontwikkeling van die deliktereg sal uitoefen en Boberg se reputasie as uitstaande juris verder sal onderstreep. Die boek word dus met die grootste vrymoedigheid aanbeveel vir studente (die prys plaas dit ongelukkig buite bereik van die meeste), dosente, regspraktisyns en regterlike beamptes.

Die Grondwet van die tweede Republiek van Suid-Afrika

F Venter

Blur et Com LLD

Professor in Publiekreg aan die Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys

SUMMARY

This article presents a concise technical discussion of the legal effect of the Republic of South Africa Constitution Act 110 of 1983. This is done by means of a systematic analysis of the provisions of the Constitution regarding its intention as reflected in the preamble and constituent provisions, the provisions regarding the state presidency, both as head of state and of government, as legislative organ and as referee in determining own and general affairs. Separate sections of the article are devoted to the cabinet and ministers' councils, to parliament (with an excursion into legislative procedure as provided for in the internal rules of parliament), the president's council, the constitutional function of the supreme court and the provincial authorities. It is concluded that the Constitution contains the potential of allocating to the law an enhanced role in South Africa regarding the exercise of governmental power.

1 INLEIDENDE OPMERKINGS

Op 2 November 1983 het naastenby twee derdes van die blanke kiesers wat aan 'n volkstemming deelgeneem het, hulle ten gunste van die inwerkingtreding van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 110 van 1983 uitgespreek. In die aanloop tot die volkstemming was die nuwe Grondwet seker een van die gloeiendste politieke debatspunte wat die Suid-Afrikaanse staatsvolk nog beleef het. In die lig van die feit dat die nuwe Grondwet op 3 September 1984 in werking gestel is,¹ en die ingrypendste staatsregtelike verandering in Suid-Afrika sedert 1910 daardeur teweeggebring is, is 'n juridiese ontleding daarvan aangewese.

Dat 'n nuwe grondwetlike bedeling, 'n tweede republiek, waarskynlik aan die kom was, het geleidelik, veral sedert 1976 duidelik geword. Die verloop van hierdie geskiedenis en teoretiese aspekte daarvan is elders² afdoende in kontemporêre publikasies beskryf, sodat hier op die gepubliseerde teks van 28 September 1983³ gekonsentreer kan word.

1 Prok 119 van 1984, gepubliseer in SK 9308 van 1984-7-6.

2 Kyk bv Van Vuuren, Wiehahn, Lombard en Rhoadie (reds) *Change in South Africa* (1983); Benyon (red) *Constitutional Change in South Africa* (1978); Jacobs, Ferreira en Meyer (reds) *'n Nuwe Grondwetlike Bedeling vir Suid-Afrika: Enkele Regsaspekte* (1981).

3 SK 8914 van 1983-9-28.

Die Grondwet is 'n taamlik komplekse dokument waarvan die eindeffek op plekke eers vasgestel kan word nadat verskeie bepalings saamgelees is.⁴ Die formulering is egter in verskeie opsigte suiwerder as dié van die 1961-grondwet,⁵ hoewel daar ook nog bepalings is wat onelegant bewoord is⁶ en enkele bepalings wat nie 'n toonbeeld van helderheid is nie.⁷ Hoewel verskeie bepalings van die 1961-grondwet, waarvan die formulering uit Brits-koloniale dokumente oorgeneem is, in 1983 weggelaat of herformuleer is, het enkeles daarvan tog nog oorgebly.⁸

Die Grondwet, waarvan die Engelse teks onderteken is, bestaan uit 103 artikels, verdeel in tien hoofstukke, genoem "dele." Dit is voorsien van 'n voorrede en twee bylaes, waarvan bylae 2 twee dele het. Dele I en II van die Grondwet bevat die belangrikste konstituerende bepalings, deel III die basiese bepalings in verband met die staatspresidentsamp, deel IV saamgelees met bylae I behandel "eie" en "algemene" sake van die drie betrokke bevolkingsgroepe, deel V reël die hoofaspekte van die uitvoerende gesag, deel VI die wetgewende gesag, deel VII die regsprekende gesag met verwysing na die Wet op die Hooggeregshof 1959, deel VIII skep die presidentsraad en rig dit in, deel IX reël die grondslag van die staatsfinansies en deel X bevat algemene en oorgangsbepalings, waaronder die verskansings-, oorgangs-, en wysigingsbepalings wat met bylae 2 saamgelees moet word.

Die Grondwet is geen "Grundnorm" waarvan alle ander reg afhanklik is of terughertoe moet word nie en is in beginsel buigsaam. Die wetgewingsprosedure waarvoor die Grondwet in deel VI voorsiening maak en die twee grade van verskansing wat in artikel 99 geskep word, kwalifiseer egter die buigsaamheid daarvan op 'n vir die Suid-Afrikaanse staatsreg unieke wyse. Wet 110 van 1983 is, soos sy 1961-voorganger, bepalend vir die hele Suid-Afrikaanse regstelsel. Aan die beginsel van wetgewersoewereiniteit is nie wesenlik verander nie. Die Grondwet bevat natuurlik nie al die Suid-Afrikaanse staatsreg nie, maar bestem die hoofkonstruksie van die juridiese staatsbestaan, orgaansinrigting en -kompetensies van die tweede republiek. Teen hierdie agtergrond moet die besonderhede van die grondwetlike bepalings ondersoek word.

2 AANHEF EN KONSTITUERENDE BEPALINGS

In die aanhef of voorrede is, soos vanselfsprekend in die res van die wet, die grondwetgewer aan die woord. In hierdie geval is dit die sewende parlement van die (eerste) Republiek van Suid-Afrika, bestaande uit die staatspresident en volksraad, soos saamgestel en met wetgewende gesag bekleed ingevolge Wet 32 van 1961.

4 So kan die baie belangrike a 16 bv nie sonder a 26, 31 en 98 gelees word nie en a 16(1)(b) se volle betekenis word eers deur a 19(1)(b) bestem (sonder dat daar in een van die twee 'n kruisverwysing voorkom).

5 Die voorrede is bv meer realisties geformuleer, in die sin dat die weergawe daarin van die aannameproses meer in ooreenstemming met die werklike gebeure is as wat in die 1961-grondwet die geval was; die verskansing van Afrikaans in a 88 word nie meer gekompliseer deur Afrikaans (soos in die ou a 119) ook as "Hollands" te definieer nie; a 23 ruim die *lex imperfecta* van a 19 van die 1961-grondwet uit die weg, ens.

6 Vgl bv a 2, a 7(1)(b) en a 69.

7 Vgl die bespreking van bv a 7(3)(a) en a 31 hieronder.

8 Vgl bv a 6(4), 88 en 93.

Die voorrede kan gesien word as 'n inleidende verklaring van die grondwet-gewer waarin hy die gesindheid waarin hy die wet positieër, openbaar en in breë trekke sy oogmerke met die wet uiteensit. Dit is egter nie deel van die materie van die wet self nie. Anders gestel, die aanhef bring geen positiewe regsreëls tot stand nie en geen staatsorgaan of ander regsobjek word daardeur gebind nie. Dit kan egter wel volgens die reëls van wetsuitleg gebruik word om lig te werp op die betekenis van onduidelike of dubbelsinnige bepalings in die Grondwet. Die grondwetgewer se bedoeling met die Grondwet blyk uit die voorrede die volgende te wees:

- a die fundering en inrigting van die tweede republiek met erkenning van die kosmiese soewereiniteit van God;
- b om nasionale eenheid te bevorder;
- c om die handhawing van die volgende te bevorder:
 - Christelike waardes en beskaafde norme;
 - geloofsvryheid;
 - nasionale soewereiniteit;
 - 'n onafhanklike regbank;
 - gelykheid voor die gereg;
 - die handhawing van wet en orde;
 - geluk, geestelike en stoflike welvaart, klaarblyklik van die staatsvolk;
 - eerbiediging en beskerming van die menswaardigheid, lewe, vryheid en eien-dom, klaarblyklik van alle betrokkenes;
 - etniese selfbeskikking;
 - 'n ekonomiese stelsel gebaseer op privaatinisiatief en mededinging;
 - demokratiese regeringsvorms geskik vir Suid-Afrikaanse omstandighede;
- d om in die staat waarvan hy die wetgewende oorgaan is, 'n nuwe staatsregtelike orde tot stand te bring, deur hierdie grondwet daaraan te "gee."

Dit val op dat die terminologie wat in die middelste gedeelte van die voorrede gebruik word (veral in paragraaf c hierbo weergegee), ook gangbare terminologie by menseregteverklarings is. Daarby moet opgemerk word dat heelwat daarvan geen duidelike regsbetekenis het nie, maar wel as gerespekteerde etiese staatsdoelstellings en -mispunte kan dien. Daar kan steeds gestry word oor die presiese (etiese) betekenis daarvan, maar dit is nie 'n regstreekse regsprobleem nie.⁹ In elk geval kan daar geen illusie daaroor bestaan dat die Grondwet in die voorrede nie 'n verklaring van menseregte bevat wat deur die houe beregbaar is nie: die voorrede bind nie die parlement of enige huis daarvan om wette in ooreenstemming met die een of ander menseregteorie of Christelike regs- of staatsopvatting te formuleer nie.

Artikels 1 tot 5 kan beskryf word as die konstituerende bepalings. In artikel 1 word die naam van die staat, sy territorium en algemene staatsvorm bepaal. Daarin word dit ook duidelik gemaak dat geen nuwe staat tot stand gebring word nie, maar dat die (eerste) Republiek van Suid-Afrika bly voortbestaan. Soos sedert 1910 die geval is, word die territorium met verwysing na die vier provinsies beskryf. Ooglopend word daarmee nie meer die oorspronklike (1910)

⁹ Hiermee wil nie voorgegee word dat die reg niks met die etiek te doen het nie. Wat egter wel waar en hier van toepassing is, is dat ook die staatsreg alleen juridies-bepaalde konsepsies kan akkommodeer wanneer die regsposisie daarmee bestem word.

gebiede van die vier voormalige Britse kolonies bedoel nie, maar die provinsies soos hulle by inwerkingtreding van die Wet daar uitsien, dus met uitsluiting van die grond wat tot die republieke Transkei, Bophuthatswana, Venda en Ciskei behoort, met insluiting van Walvisbaai en met Griekwaland-Oos behorende by Natal. Die selfregerende “nasionale state” is egter steeds deel van die tweede republiek.

Artikel 1 beskryf die staatsvorm bloot as “’n republiek.” Met verwysing na die geskiedenis kan met sekerheid gesê word dat ’n monargale stelsel daardeur uitgesluit word, maar origens is die term alleen nie toereikend om volledige helderheid oor die staatsvorm te kry nie: uit die res van die grondwet moet afgelei word watter soort republiek dit is. Om hierdie vraag te oorweeg, is nie blote pedantiek nie, want elders in die wêreld word die begrip dikwels anders verstaan en gekwalifiseer, byvoorbeeld “volksrepubliek”, “sosialistiese republiek”, “bondsrepubliek” of “demokratiese republiek.” Republikeinse terminologie is egter nie so ontwikkel dat onbestrede kategorië van republieke geëien en die tweede republiek by een van hulle ingedeel kan word nie. Dit is egter wel moontlik om uit die res van die grondwet die grondwetgewer se beeld van die republiek wat hy inrig, af te lei.

Vir hierdie doel (en hierdie doel alleen) is artikel 2 van waarde. Hierdie bepaling se geskiedenis is terug te voer na 1925 toe die Unieparlement met versigtigheid om nie die Britse parlement of die nasionale konvensie van 1908-1909 te na te kom nie, artikel 1 van die South Africa Act 1909 vervang het deur ’n bepaling wat wesenlik soos die huidige artikel 2 geformuleer is en wel nie in wetgewingstyl nie, maar in die aard van voorredeverklarings. In 1961 is die bepaling in artikel 2 van Wet 32 van 1961 *mutatis mutandis* herverorden en in 1983 weer. Die feit dat die woord “volk” wat in 1961 gebruik is in die Afrikaanse 1983-teks deur “bevolking” vervang is, is eintlik sonder effek. Feit is dat artikel 2 ’n ontipiese statutêre bepaling is, wat alleen met behulp van redelik ingrypende wysigende uitlegsmetodes juridies verstaan kan word.¹⁰ Hoogstens kan van artikel 2 gesê word dat die begrip “republiek” in artikel 1 daardeur gekwalifiseer word en wel deur dit te laat beteken “republiek wat tot stand kom met erkenning van en onderwerping aan die kosmiese soewereiniteit van God.” Om by hierdie betekenis uit te kom, moet van die voorrede gebruik gemaak word om die wesenlik onduidelike artikel 2 uit te lê. Selfs hierdie uitleg van artikel 2 het weinig toekoms effek: dit wys op die wetgewersgesindheid by die aanname van die grondwet, maar bind nie die soewereine parlement van die tweede republiek nie. Wat dit beslis nie beteken nie, is dat die republiek ’n “Christelike staat” (watter weergawe van hierdie begrip ’n mens ook al mag aanhang) is nie.

Om “republiek” in artikel 1 verder te kwalifiseer, moet na die verdere bepaling van die Grondwet gekyk word. Sonder aanwending van ’n redelike lang lys van byvoeglike naamwoorde en omskrywings, kan dit egter nie gedoen word nie. Moontlikhede sluit die volgende in: konsosiatiewe of quasi-konsosiatiewe republiek; uitvoerende staatshoofrepubliek; soewereine wetgewersrepubliek, en so meer.

Die ander drie konstituerende bepalinge, artikels 3 tot 5 in verband met die nasionale vlag en volkslied, is herbepalinge uit die 1961-grondwet. Die enigste

¹⁰ Vgl oor hierdie tema Venter “Die Staatsregtelike Soewereiniteit van God” 1977 *TSAR* 237.

verandering is in artikel 5 te vinde, waar nie meer net “Die Stem van Suid-Afrika” nie, maar ook laasgenoemde se Engelse vertaling “The Call of South Africa” tot volkslied verklaar word.

3 DIE STAATSPRESIDENT

Die staatspresidentsamp is ongetwyfeld die sluitstuk van die Grondwet. Dit is die kulminasiepunt van ’n hiërargie van staatsorgane. Van die staatspresident word deur die grondwet vereis om hoogste beleidsbepaler, administrateur en versoener van belange te wees. Aan hom word die staatshoofskap, regeringshoofskap, staatsadministrasie, militêre opperbevel en die orkestrering van die wetgewingsproses opgedra. Die mate van sukses wat die nuwe staatsinrigting sal geniet, is grootliks afhanklik van die wyse waarop die bekleërs van hierdie amp hulle funksies vervul.

3 1 Verkiesing, Ampsduur en Waarnemende Staatspresident

Ingevolge artikel 7 van die grondwet moes die hoofregter, nadat die parlement vir die eerste keer ooreenkomstig die nuwe grondwet saamgestel was, voor die eerste sessie daarvan (ten minste 14 dae voor die staatspresidentsverkiesing) ’n datum in die staatskoerant vir die verkiesing aankondig. Die verkiesing moes toe binne 7 dae na die aanvang van die eerste sessie¹¹ plaasvind. Hierdie verkiesing en latere dergelike verkiesings geskied deur ’n kieskollege wat uit 88 lede plus die hoofregter (of ’n ander appèlregter deur hom aangewys) bestaan. Vyftig lede word deur die volksraad, 25 deur die raad van verteenwoordigers en 13 lede deur die raad van afgevaardigdes uit eie geldere by besluit aangewys. Die huise kan ook minder as die genoemde getalle verteenwoordigers in die kieskollege aanwys. Alleen regstreeks verkose lede van die huise kwalifiseer vir aanwysing as lede van die kieskollege.

11 Wat “die aanvang van die eerste sessie van die Parlement” in a 7(3)(a) beteken, is nie met die eerste oogopslag duidelik wanneer a 39(1) en a 102(8) in berekening gebring word nie. Laasgenoemde bepaling laat ruimte daarvoor dat die staatspresident vir die doeleindes van die berekening van die vyfjarige ampstermyn van die parlement ingevolge a 39(1), ’n datum kon vasstel wat tussen die datum van die eerste vergadering van die laaste volksraad wat ingevolge die 1961-grondwet saamgestel is en die datum waarop die nuwe parlement se eerste sessie “werklik begin” het, moes lê. So ’n “werklike eerste sessie” moet ingevolge a 102(7) binne 21 dae ná die stemdag van die huis wat laaste verkies is, gehou word. Weens die obscure bewoording van a 102(8) lyk verskillende interpretasies moontlik. Indien die woorde “die eerste vergadering van die Volksraad wat onmiddellik voor die inwerkingtrekking van hierdie Wet bestaan,” 31 Julie 1981 kon beteken en “eerste sessie” in a 7(3)(a) dieselfde as “eerste sessie” in a 39(1) beteken, is a 7(3)(a) onuitvoerbaar. Daar moet dus óf aanvaar word dat a 7(3)(a) se “eerste sessie” “eerste werklike sessie” soos in a 102(7) en (8) (laaste sin) beteken, óf dat “die eerste vergadering van die volksraad” in a 102(8) “die eerste vergadering van die Volksraad . . . na inwerkingtrekking van die Grondwet” beteken. Indien laasgenoemde die korrekte betekenis is en sodanige eerste volksraadvergadering sou plaasvind voordat die ander twee huise verkies is, bly a 7(3)(a) onuitvoerbaar. Die gevolgtrekking is dus dat a 102(8) net op a 39(1) van toepassing is, dat “eerste sessie” in laasgenoemde bepaling en a 7(3)(a) dus verskillende betekenis kan hê en dat die eerste staatspresidentsverkiesing ingevolge a 7(3)(a) eers kon plaasvind nadat die huise van afgevaardigdes en van verteenwoordigers verkies is en binne 21 dae daarna saam met die volksraad vir die eerste werklike sessie van die nuwe parlement byeengekom het. Per slot van rekening kon die kieskollege ook nie saamgestel word alvorens al drie huise saamgestel was nie.

Uit artikel 7(1)(b) is dit duidelik dat die meerderheid (hetsy 'n volstrekte meerderheid of 'n meerderheidskoalisie) in elk van die huise kan toesien dat die huis se verteenwoordigers in die kieskollege die verkiesingswense van daardie meerderheid verteenwoordig. Voorts is dit duidelik dat die volksraad se verteenwoordigers 'n volstrekte meerderheid in die kieskollege uitmaak en dat, wanneer die volksraadsmeerderheidsparty of -koalisie van partye sodanige meerderheidsverteenvoording in die volksraad het, hy al 50 kieskollege-verteenvoordingers kan aanwys. Dit het tot gevolg dat daardie party (of koalisie) se staatspresidentkandidaat verkies word. Die feit dat slegs regstreeks verkose lede van die huise aan die verkiesing meedoen, kan formeel gesien word as 'n kompromie tussen populêre verkiesing en benoeming, maar weens die relatiewe getsamestelling van die kieskollege, kom die staatspresidentsverkiesingsprosedure neer op 'n benoeming van die staatspresident deur die meerderheid in die volksraad.

Die kieskollege word net saamgestel wanneer dit 'n funksie het om te vervul, en ontbind ingevolge artikel 7(1)(b) en (e) sodra die funksie vervul is. Daar is net twee funksies wat die kieskollege kan vervul, naamlik die verkiesing van 'n staatspresident (en speaker) na 'n algemene verkiesing of by die ontruiming van die amp weens dood, bedanking of ontheffing (artikel 7(3) en (4)) of die ontheffing van 'n staatspresident (of speaker) by besluit op grond van wangedrag of onvermoë om sy ampspligte doeltreffend uit te voer (artikel 9(3)).

Tussen die kwalifikasies en "onbevoegdheid" vir verkiesing tot die staatspresidentsamp en dié vir lede van die drie huise om verkies of benoem te word en as sodanig sitting te neem, is daar geen verskil nie (artikels 7(5), 53 en 54). Dit kom daarop neer dat enige persoon wat ingevolge die kiesreg as kieser geregistreer kan word, ten minste vyf jaar lank 'n inwoner van die republiek is en nie aan diskwalifikasies soos strafregtelike bestrawwing, insolvensie of ampsbekleding (met sekere uitsonderings) wat uit staatsfondse besoldig word, onderhewig is nie, vir verkiesing tot die amp kwalifiseer. Daar word nie uitdruklik bepaal dat slegs persone wat reeds as lede van een van die drie huise verkies of benoem is, tot die staatspresidentsamp verkies kan word nie. Veral die Afrikaanse teks van artikel 7(5) is hier dubbelsinnig, omdat die bewoording daarvan ooreenstem met dié van die inleidende bepaling van artikel 54: terwyl laasgenoemde bepaling nie net betrekking het op reeds verkose lede nie, sou artikel 7(5) ook so verstaan kan word dat nie slegs 'n lid van die huise tot staatspresident verkies kan word nie, maar ook enige ander persoon wat aan die verkiesbaarheidskwalifikasies voldoen. Uit die Engelse teks van artikel 7(5) (wat van die Engelse teks van artikel 54 verskil), kan egter afgelei word dat dit die bedoeling is dat kandidate vir die staatspresidentsamp slegs uit die geleedere van lede van die huis mag kom: dáár word naamlik vereis dat 'n kandidaat bevoeg moet wees onder meer "to . . . take *his seat* as a member of a House," in teenstelling met artikel 54 se "sitting as a member of a House." Die interpretasie wat klaarblyklik gevolg is by die eerste geleentheid toe hierdie bepaling toegepas moes word (1984), is dat werklike lidmaatskap van 'n huis *nie* nodig is nie. Dit moet egter betreur word dat so 'n wesenlike aangeleentheid op so 'n troebele en implikatiewe wyse in die grondwet gereël word.

Die ampstermyn van 'n staatspresident word in artikel 9(1) gekoppel aan dié van die parlement waaruit die kieskollege wat hom verkies het, saamgestel is.

Dit duur dus hoogstens vyf jaar (artikel 39(1)) en in beginsel kry die kiesers (van veral die volksraad) so dikwels die geleentheid om 'n onregstreekse invloed op die staatspresidentsverkiezing uit te oefen as wat hulle geleentheid kry om die lede van die huise te verkies. Die maksimum ampstermyn van 'n staatspresident begin egter ná dié van die parlement en duur ná die ontbinding daarvan voort, omdat die kieskollege normaalweg eers saamgestel kan word nadat 'n nuwe parlement byeengekom het en die gaping tussen ontbinding en hersamestelling op die wyse gedek word. In artikel 7(3)(b) word die verkiesing van 'n nuwe staatspresident binne sewe dae na die aanvang van die eerste sessie van 'n nuutverkose parlement vereis. 'n Nuutverkose parlement moet ingevolge artikel 38(3) binne 30 dae na die algemene verkiesing vir sy eerste sessie byeengeroep word. Na die ontbinding van die parlement moet 'n algemene verkiesing ingevolge artikel 47(3) binne hoogstens 180 dae gehou word. Die maksimum voortgesette duur van 'n staatspresident se ampstermyn na die ontbinding van die parlement is dus 217 dae (180 dae + 30 dae + 7 dae = 217) ofte wel ongeveer sewe maande.

Dat Suid-Afrikaanse parlement dikwels nie weens tydsverloop ontbind nie, maar wel (gewoonlik vir partypolitiese doeleindes) voor afloop van die maksimum termyn ontbind word, is normaal en artikel 39 maak ook daarvoor voorsiening. Vir die normale vroeëre ontbinding binne die diskresie van die staatspresident, maak artikel 39(2)(a) voorsiening. Sodanige ontbinding bring natuurlik mee dat die staatspresident sy amp ook binne hoogstens 217 dae kwyt sal wees, maar hy is ingevolge artikel 9(1) (vir 'n onbepaalde aantal termyne) herkiesbaar.

Indien al drie die huise gedurende dieselfde sessie en binne 14 dae 'n mosie van wantroue in die kabinet (waarvan die staatspresident die samesteller en voorsitter is) aanneem, of 'n begrotingswetsontwerp verwerp, word die ampstermyn van die staatspresident daardeur beëindig, aangesien hy dan ingevolge artikel 39(2) voor die keuse gestel word om òf te bedank, òf om die parlement te ontbind. In laasgenoemde geval kan hy sy amp weer eens vir hoogstens 217 dae behou alvorens 'n nuwe kieskollege sy opvolger moet verkies. Die grondwet skryf nie 'n termyn voor waarbinne die staatspresident in so 'n geval die parlement moet ontbind of moet bedank nie, maar die dinamiek van die stelsel sal dit vir hom feitlik onmoontlik maak om verder binne die raamwerk van die grondwet te regeer, aangesien die samewerking van die parlement ten minste nodig sal wees om fondse vir sy staatsadministrasie beskikbaar te stel. Optrede van die parlement soos in artikel 39(2) bepaal, kan moeilik voorsien word anders as onder omstandighede waar die politieke meerderheidsbalans in veral die volksraad verander.

Benewens die aanneming van 'n mosie van wantroue, het die parlement ook nog 'n wrakingsprosedure tot sy beskikking om 'n staatspresident voor die afloop van sy ampstermyn uit die kussings te lig. Vir hierdie vry moeilike "*impeachment*"-prosedure maak artikel 9(3) voorsiening. Die eerste en waarskynlik beslissende stap hiervoor is die indiening by die speaker van 'n versoekskrif, onderteken deur ten minste die helfte van die lede van elkeen van die drie huise, waarin die aanstelling van 'n gesamentlike komitee (met lede uit al drie huise) aangevra word, wat die vraag moet ondersoek of die staatspresident uit sy amp onthef moet word. Nadat so 'n versoekskrif suksesvol geformuleer, onderteken en ingedien is, staan dit die huise vry om, sonder dat daarvoor debat gevoer mag

word, afsonderlik, natuurlik met meerderheidstem, te besluit dat so 'n gesamentlike komitee aangestel moet word. Die derde stap is dat die huise elk die verslag wat die gesamentlike komitee oor die aangeleentheid opgestel het, oorweeg, waarna die huise kan besluit om die hoofregter te versoek om 'n kieskollege saam te stel. Vierdens word daar 'n meerderheidsbesluit van die kieskollege vereis, sonder dat die kieskollege daarvoor mag debatteer, dat die staatspresident "op grond van wangedrag of onvermoë om sy ampspligte doeltreffend uit te voer" van sy amp onthef word. So 'n besluit tree klaarblyklik onmiddellik in werking en ingevolge artikel 7(4) gaan die kieskollege onmiddellik daarna oor tot die verkiesing van 'n nuwe staatspresident.

Wat "wangedrag of onvermoë" in artikel 9(3)(a) behels, is nie maklik te omlyn nie. As vaste maatstawwe kan die begrippe eintlik nie dien nie, omdat dit te algemeen is en dit dus tegnies in die kieskollege se diskresie sal wees om daarvoor te besluit. Dat die prosedure ooit tot op die laaste stap gevoer sal word, lyk onwaarskynlik, aangesien dit vir almal duidelik sal wees dat die skrif vir die staatspresident aan die muur is wanneer die eerste stap van die wrakingsproses deurgevoer kan word. Die logiese reaksie van die betrokke staatspresident sal wees om òf die parlement te ontbind in die hoop dat die nuwe kieskollege hom weer sal verkies, òf om te bedank.

Uit die bepalings wat betrekking het op die waarnemende staatspresident blyk dit dat met "onvermoë om sy ampspligte doeltreffende uit te voer" in artikel 9(3)(a) nie primêr 'n siekte- of ander tydelike toestand waarin 'n staatspresident hom bevind, bedoel word nie. Sou so 'n toestand egter ernstig genoeg wees dat hy nie sy funksies kan vervul nie terwyl hy nog *compos mentis* is maar hardnekkig weier om te bedank of 'n waarnemende staatspresident aan te wys, is dit wel denkbaar dat die wrakingsprosedure selfs sonder politieke motiewe suksesvol geïnisieer sal kan word. Is die staatspresident se toestand egter so ernstig dat hy glad nie handelingsbevoeg is nie, maak artikel 10 daarvoor voorsiening dat 'n waarnemende staatspresident, selfs vir die res van die termyn, aangewys kan word. Anders as deur bedanking, afsterwe, intrede van een van die disqualifikasies genoem in artikel 54 en wraking, kan 'n staatspresident nie sy amp ontnem word nie. Waar 'n waarnemende staatspresident egter regmatig benoem word, is onthefing ook nie nodig nie.

Artikel 10 skep 'n hiërargie vir vier moontlike waarnemende staatspresidenten en 'n bypassende prosedure vir hulle aanwysing. In die eerste plek kan 'n staatspresident self, onder omstandighede waarin hy (klaarblyklik volgens sy eie diskresie) meen of weet dat hy nie sy funksies kan vervul nie, 'n lid van die kabinet aanwys om in sy plek waar te neem. Hiervoor word geen formaliteite voorgeskryf nie.

Tweedens word die kabinet, of die lede daarvan wat onder die bepaalde omstandighede daartoe in staat is, gemagtig om uit eie geledere 'n waarnemende staatspresident aan te wys. Dit kan gedoen word wanneer die staatspresident nie self 'n minister vir die doel kan benoem nie, of as sodanige aangewese minister ook nie kan optree nie; dit kan ook gebeur wanneer die staatspresidents-amp vakant raak sonder dat die vorige staatspresident iemand aangewys het of as so 'n aangewese persoon nie kan optree nie. Sodanige persoon neem waar òf totdat die staatspresident òf die minister deur hom benoem weer sy ampspligte kan nakom, of in geval van 'n vakature, totdat die volgende staatspresident verkies word en sy amp aanvaar.

Uit artikel 10(3) blyk dit dat die ministers wat ingevolge artikel 10(2) as staatspresident kan waarneem, dit vir slegs 'n beperkte tyd kan doen alvorens hulle gesag verder gelegitimeer moet word. Dit word naamlik aan die speaker opgedra om te oordeel of die staatspresident of sy benoemde sy funksies binne 60 dae na intrede van sy onvermoë sal kan hervat en indien nie, moet hy die proses waarvolgens 'n staatspresident normaalweg verkies word, aan die gang sit ten einde 'n waarnemende staatspresident deur 'n kieskollege uit die geleedere van die kabinet aangewys te kry. 'n Aldus "gelegitimeerde" waarnemende staatspresident dien totdat of die staatspresident sy funksies weer kan vervul, of 'n nuwe staatspresident volgens die gewone prosedure verkies word en hy sy amp aanvaar. Dit is duidelik dat 'n minister wat ingevolge artikel 10(1) deur die staatspresident self benoem is om waar te neem, nie volgens die prosedure van artikel 10(3) gelegitimeer hoef te word nie en dus in gegewe omstandighede die res van die termyn kan waarneem. Die benoeming is egter slegs so lank geldig as wat die staatspresident nie sy amp ontruim nie.

Artikel 10(4) maak daarvoor voorsiening dat die speaker as staatspresident moet waarneem wanneer 'n waarnemende staatspresident nie volgens die voorgeskrewe prosedure aangewys kan word nie. Aangesien die potensiële kandidate vir die amp van waarnemende staatspresident almal lede van die kabinet is, is dit goed denkbaar dat die speaker die geleentheid kan kry om waar te neem, byvoorbeeld wanneer 'n kabinet weens verandering in die politieke balans bedank. Artikel 58 bepaal dat die speaker deur dieselfde kieskollege wat die staatspresident verkies, onmiddellik na laasgenoemde se verkiesing, verkies moet word.

3 2 Staatshoof

Artikel 6(1) bepaal onomwonde: "Die hoof van die Republiek is die Staatspresident." Dit is 'n woordelike herbepaling van artikel 7(1) van die 1961-grondwet. Weens die feit dat die eerste republiek se staatspresident nie met regeringskompetensies bekleed was nie, kry die nuwe bepaling 'n ruimer betekenis: die funksies van die eerste republiek se staatspresident kon eenvoudig almal as die staatshoofsfunksies beskou word omdat hy nie ook regeringshoof was nie, maar die feit dat die staatspresident nou ook regeringshoof is, maak dit nodig om die een of ander maatstaf aan te wend om vas te stel watter handeling hy as staatshoof, en watter hy as regeringshoof verrig.

Daar kan daarvan uitgegaan word dat die staatspresident as staatshoof optree wanneer hy handeling verrig waarby hy die republiek as sodanig verteenwoordig. Soos hieronder sal blyk, is nie net sogenaamde simboliese funksies hierby betrokke nie, maar ook belangrike handeling wat deur beleidsbesluite voorafgegaan moet word. Uit die bewoording van die grondwet is daar ook 'n duidelike terminologiese onderskeid tussen die staats- en regeringshoofsfunksies vas te stel: in artikel 6(1) en (4) word byvoorbeeld onderskeidelik van "hoof van die Republiek" en "hoof van die Staat" gepraat, terwyl artikel 19(1) die "uitvoerende gesag van die Republiek" by die staatspresident laat berus en artikel 23(1) na hom verwys as "hoof van die uitvoerende gesag van die Republiek." Daar is egter ook bepalings wat funksies en kompetensies aan die staatspresident toeken sonder om duidelikheid te bied oor die vraag of dit aan hom as staats- of regeringshoof toekom. So is die staatspresident ingevolge artikel

30 saam met die parlement draer van die wetgewende gesag¹² en artikel 80 laat alle inkomste van die republiek by hom berus. Daar word egter aan die hand gedoen dat hierdie kompetensies sinvol as staatshoofsfunksies beskou kan word, aangesien dit betrekking het op hoë staatsgesag eerder as regeringsgesag. Hoe dit ook al mag wees, dit lyk nuttig om te aanvaar dat die staatspresident as regeringshoof optree wanneer hy die uitvoerende gesag wat in die grondwet aan hom verleen word, uitoefen. Op die vraag wat alles by die uitvoerende gesag tuishoort, word hieronder in paragraaf 3 3 verder ingegaan.

Artikel 6(2) laat die "oppergesag oor die Suid-Afrikaanse Weermag" by die staatspresident berus. Wat hierdie bepalings presies tot gevolg het, is nie onomwonde duidelik nie. In die konteks van artikel 6 wil dit voorkom of dit 'n staatshoofsfunksie is. Daardeur word geen militêre rang aan die staatspresident toegeken nie, maar daar kan nouliks daaraan getwyfel word dat ook die hoof van die weermag volgens dié bepalings in die uitoefening van sy kompetensies aan die staatspresident ondergeskik is. Weens die feit dat die weermag statutêr in 'n staatsdepartement gehuisves word en die staatspresident ook die hoof van die uitvoerende gesag is, is hy in elk geval in die posisie om regstreekse beheer oor die doen en late daarvan uit te oefen. Hieruit kan miskien afgelei word dat die bedoeling met artikel 6(2) is dat die staatspresident (afgesien van sy uitvoerende beheer oor die weermag) soos die eerste republiek se staatspresident moet voortgaan om as simbool van die staat ook die hoogste simboliese gesag in die weermag te verpersoonlik. Die antwoord op die vraag waarom slegs die weermag, en nie ook die Suid-Afrikaanse polisie en ander uniformmagte nie, so in die Grondwet vermeld word, moet sekerlik in die geskiedkundige herkoms van die bepaling gesoek word. Dit help egter nie veel by die vertolking van die uitwerking van artikel 6(2) nie. Sonder om verder op besonderhede in te gaan, kan dit so gestel word: lede van die weermag dien die republiek, waarvan die hoof ook die opperbevelhebber van die weermag is. Hoewel 'n bepaalde regering (kabinet) oor die aanwending, beleid, en so meer van die weermag kan besluit, maak artikel 6(2) daarvan 'n *staatsmag* in teenstelling met 'n *regeringsmag*.

In artikel 6(3) word 'n reeks verdere kompetensies van die staatspresident vermeld wat hy as staatshoof kan uitoefen. Eerstens kan hy as staatshoof die huise van die parlement gesamentlik of afsonderlike toespreek. Dit kan gesien word as 'n voortsetting van die Westminster-tradisie van die troonrede: die verskil is egter nou dat hy nie 'n regering se beleid wat hy nie self geformuleer het, moet voordra nie, maar self aan die woord is wanneer hy die parlement toespreek. Hierin smelt sy staats- en regeringshoofskap onvermydelik saam. Verder is daar niks in hierdie bepaling of in die res van die grondwet wat die staatspresident verbied om die huise meermale afsonderlik of gesamentlik toe te spreek nie, byvoorbeeld om beleidsverklarings te maak, of om besondere klem op die wenslikheid van die aanname van 'n wet oor algemene sake te lê of om sy optrede by die besluitneming of 'n aangeleentheid 'n eie of algemene saak is, te verduidelik. Artikel 65(1)¹³ magtig die staatspresident ook uitdruklik om soos 'n kabinetsminister in enige van die drie huise sitting te neem en daar te praat, maar hy mag nie in enige van hulle stem nie, omdat hy nie daar lid is nie.

12 Ingevolge a 24 van Wet 32 van 1961 was die staatspresident van die eerste republiek as diskresielose staatshoof, 'n samestellende deel van die parlement.

13 Soos deur Wet 105 van 1984 nog voor die inwerkingtreding van die Grondwet gewysig.

Tweedens kan die staatspresident eerbewyse (van die republiek) toeken. Hierdie kompetensie is, soos ook sy funksies in die diplomatieke wêreld,¹⁴ die aangaan en bekragtiging van internasionale verdrae, oorlogsverklaring en vredesluiting, ooglopend as “suiwer” staatshoofsfunksies bedoel, aangesien hy die republiek as staat daarmee verteenwoordig.

Artikel 6(3)(d) plaas die verantwoordelikheid vierkantig op die skouers van die staatspresident om te beslis oor begenadiging van veroordeeldes. Ingevolge die 1961-grondwet het die staatspresident hierdie funksie op advies van die uitvoerende raad vervul, wat meegebring het dat sy optrede in hierdie verband eintlik op ’n kabinetsbesluit berus het. Wanneer artikel 19(1)(b) egter nou in aanmerking geneem word (indien dit hoegenaamd ter sake is),¹⁵ blyk dit dat die staatspresident nie by ’n begenadigingaanzoek aan die advies van die kabinet gebonde is nie, maar bloot “in oorlog” met sy ministers moet handel. Nadat hy dus oor die aangeleentheid met die kabinet oorlog gepleeg het, is die finale besluit om te begenadig of nie, sy eie.

Nog ’n historiese oorblyfsel in artikel 6 is subartikel (3)(f), wat die staatspresident magtig om krygswet af te kondig en te beëindig. Weens die massa staatsveiligheidswetgewing wat sedert die vyftigerjare aangeneem is, en die feit dat verklaring van oorlog nie meer gebruiklik is nie, het die krygswetfiguur oudmodies geword, maar hierdie bepaling hou dit aan die lewe. Wat krygswet is, kan alleen uit die gemenerereg vasgestel word en wel uit hofbeslissings wat veral gedurende oorlogstye deur die Suid-Afrikaanse howe gegee is.¹⁶ Soos in die geval van sy ander staatshoofsfunksies, verkry die staatspresident deur hierdie bepaling ’n vrye diskresie om krygswet gedurende oorlog, rebellie of openbare oproer af te kondig en om dan buitengewone maatreëls te tref. Onder ’n krygswetstoestand kan sy oppergesag oor die weermag ook ’n dimensie kry wat nie tydens normale omstandighede sigbaar is nie.

Artikel 6(3)(h), waarin die staatspresident gemagtig word om aanstellings te doen en ander funksies te verrig waartoe hy statutêr gemagtig word, is toutologies en gevolglik onnodig. So ’n algemene magtigende bepaling is sekerlik nie noodsaaklik om ander wetgewing se geldigheid te onderstreep nie.

Wanneer ’n mens dié bepalings lees, kom funksies soos die aanstelling van regters, kommissies en provinsiale administrateurs, die verlening van offisiërsrang in die magte en die goedkeuring van wette van die wetgewende vergaderings van die selfregerende “nasionale state” in die gedagte. Die gemelde toutologie word verder deur artikel 28, ingevolge waarvan “die aanstelling en ontslag van persone in diens van die Republiek” by die staatspresident berus, onderstreep. Op hierdie algemene reël geld die uitsondering dat die aanstellingskompetensie nie by die staatspresident berus nie (die teenstellende begrip “tensy” – “unless” – word gebruik) wanneer hy dit aan ’n ander gesag deleger of wanneer

14 Dit behels ingevolge a 6(3)(c) die ontvangs en erkenning van (die geloofsbriewe van) ander state se diplomatieke verteenwoordigers in die republiek, asook die aanstelling van Suid-Afrikaanse verteenwoordigers in die buiteland.

15 Daar kan geargumenteer word dat begenadiging nie ’n uitvoerende funksie is nie, maar bloot ’n staatshoofsfunksie, hoewel dit nouliks te verwagte is dat so radikaal met die bestaande praktyk gebreek sal word. Kyk verder oor die diskresie van die staatspresident 33 hieronder.

16 Vgl by Wiechers *Staatsreg* (1981) 160–170; Conradie “Krygswet” 1941 *THRHR* 183; Venter “*Salus reipublicae suprema lex*” 1977 *THRHR* 233.

dit statutêr by 'n ander gesag berus. Die aanwending van die begrip “delegasie” in hierdie bepaling skep die indruk dat wanneer die staatspresident 'n aanstellingskompetensie delegeer, hy dit alleen op so 'n wyse kan doen dat die kompetensie volledig in die hande van die *delegatus* geplaas word en in laasgenoemde se naam uitgeoefen kan word sonder dat die staatspresident regstreekse kontrole daaroor kan uitoefen.

“As hoof van die staat” ontvang die staatspresident ten slotte in artikel 6(4) “dieselfde bevoegdhede en funksies as wat die staatspresident onmiddellik voor die inwerkingtreding van die grondwet by wyse van prerogatief gehad het.” Met hierdie bepaling word die troebele prerogatief-konsep, wat ons uit die Engelse reg geërf het, ten spyte van ten minste sewentig jaar se plaaslike regsontwikkeling en twee grondwette tussenin, verder in ons staatsreg ingedra sonder dat 'n behoefte daaraan duidelik sigbaar is. Nog minder duidelik is egter die antwoord op die vraag wat regtens onder “prerogatief” verstaan moet word.¹⁷ By die bestudering van die grondwet kan artikel 6(4) gevolglik nie as van wesenlike betekenis beskou word nie.

3 3 Regeringshoof

Hoewel artikel 16(1) van die 1961-grondwet die uitvoerende gesag by die staatspresident laat berus het, was hy nie regeringshoof nie, omdat dié bepaling by die gesagsverlening die woorde “handelende op advies van die Uitvoerende Raad” gevoeg het. Dit het naamlik meegebring dat nie hy nie, maar die uitvoerende raad, waarvan hy nie lid was nie, beleidsbepaler was. Die nuwe artikel 19 laat ook die uitvoerende gesag by die staatspresident berus, maar op verskillende wyses ten opsigte van “eie sake” en “algemene sake.” Artikel 19(1)(a) plaas die uitvoerende gesag ten opsigte van eie sake in die hande van die staatspresident, “handelende *op advies* van die betrokke bevolkingsgroep se Ministersraad” en artikel 19(1)(b) ten opsigte van algemene sake “handelende *in oorleg* met die Ministers wat lede van die Kabinet is” (kursivering bygevoeg). Weens die ooreenkoms in bewoording van die 1961-artikel 16(1) en die nuwe artikel 19(1)(a), kan aanvaar word dat die staatspresident in geval van eie sake verplig is om volgens die beleidsbesluite van ministersrade te handel, sonder dat hy daarin sy wil op die betrokke ministersraad kan afdwing. So gesien, is hy die uitvoerende instrument van die ministersrade in eie sake en speel hy daarin eerder 'n *passiewe staatshoofrol* as regeringshoofrol. Hoewel hy in hierdie verband grondwetlik oor 'n aansienlike oorredingsposisie beskik, is hy ingevolge artikel 19(1)(a) gebonde aan die besluite van die ministersrade.

Artikel 19(1)(b) voer die begrip “in oorleg met die Ministers wat lede van die Kabinet is” in die grondwet in en wel op so 'n wyse dat dit klaarblyklik aan die staatspresident primêre beleidmakende (regerings-) gesag toeken, met die verpligting om die res van die kabinet te raadpleeg, maar met die diskresie om nie in ooreenstemming met die ministers se wense te handel as hy persoonlik daarmee verskil nie. Uit hoofde hiervan en van die feit dat die staatspresident nou voorsittende lid van die kabinet is (artikel 10(a)), onder meer verantwoordelik vir die aanstelling en ontslag van die ministers is (artikel 24), en ook kan besluit

¹⁷ Vgl hieroor Wiechers 244 en veral die beslissings waarna hy in vn 99 t a p verwys.

om self 'n staatsdepartement vir algemene sake te administreer (artikel 24(1)),¹⁸ kan gesê word dat hy ten opsigte van algemene sake *regeringshoof* is. Hierdie reëling laat ruimte vir 'n staatspresident om, soos die president van die Verenigde State, na keuse en temperament meer of minder op sy ministers se advies te steun. Daar kan egter verwag word dat die gevestigde patrone van kabinetsprosedure en -gebruike ten minste aanvanklik nog nagevolg sal word.

Hoewel die Staatspresident gesag oor die algemene regeringsbeleid het, word daardeur nie aan die feit afbreuk gedoen dat 'n bepaalde groepsoutonomie in uitvoerende aangeleenthede deur artikel 19(1)(a) geskep word nie. Hieraan word ook nie afbreuk gedoen deur die feit dat die staatspresident die ministers van die ministersrade aanstel en kan ontslaan nie, want artikels 21(2) en 24(3)(b) beperk sy keuse van sulke ministers tot persone wat lede van die betrokke bevolkingsgroep is en wat na sy oordeel¹⁹ die steun van die meerderheid in die betrokke huis geniet.

In artikel 19(2) word 'n reeks aangeleenthede met verwysing na artikels 20(c) en (d), 21(2), 24 tot 27, 33, 39(3), 66 en 98(3)(b) van die werking van artikel 19(1) uitgesluit, dit wil sê die aangeleenthede waarin die staatspresident nóg op die advies van die ministersrade, nóg in oorleg met die kabinetministers hoef te handel. Dit is naamlik:

- a die aanstelling en ontslag van, en toewysing van portefeuljes (hetsy om staatsdepartemente te administreer of om ander ministeriële funksies te vervul) aan ministers en adjunk-ministers en die aanwysing van lede van die ministersrade om tydelik of onbepaald in die kabinet te dien;
- b die aanwysing van voorsitters van die ministersrade (hierin word die staatspresident egter in sy keuse beperk deur die vereiste dat sulke voorsitters na sy oordeel meerderheidsteun van die betrokke huise moet geniet);
- c die instelling (en by implikasie, afskaffing) van “staatsdepartemente van die Republiek,” wat klaarblyklik staatsdepartemente vir algemene én eie sake se administrasie beteken;
- d die toewysing van een minister se funksies aan 'n ander minister wanneer onvermoë by eersgenoemde, of 'n vakature ontstaan;
- e die toewysing van ministeriële funksies aan 'n ander minister as dié waarvoor 'n wet voorsiening maak;
- f die toestemming tot aangenome wetsontwerpe en die weerhouding van sodanige toestemming indien die staatspresident daarvan oortuig is dat daar by die aanname van die wetsontwerp in stryd met die bepalings van die grondwet gehandel is;
- g die ontbinding van 'n huis van die parlement onder omstandighede wat verder hieronder bespreek word;

18 soos deur die parlement van die eerste republiek deur wet 105 van 1984 nog voor die inwerkingtrede van die Grondwet gewysig. Kyk ook die gewysigde a 26 en a 102(2)(b) in hierdie verband.

19 Hoewel die woorde “na die oordeel van die Staatspresident” in a 24(3)(b)(ii) aan hom 'n diskresie verleen, kan dit nie as 'n onbeperkte diskresie beskou word wat hy in stryd met die werklikheid kan uitoefen nie. Dit kom myns insiens daarop neer dat sy diskresie slegs ter sprake kan kom wanneer die politieke verdeling in 'n huis sodanig is dat geen party onomwonde oor 'n volstrekte meerderheid beskik nie en die toestand dus ryp is vir koaliesievorming.

- h die byeenroeping van 'n huis tydens 'n parlementêre reses vir die doel om eie sake te hanteer; en
- i die oordrag aan 'n minister van die verantwoordelikheid vir die uitvoering van wetgewing wat by provinsiale owerhede berus, as eie of algemene saak.

Hoewel die staatspresident in hierdie aangeleenthede nie die advies van ministersrade nodig het, of vooraf met die kabinetsministers hoef te beraadslaag nie, kan, weens die feit dat die betrokke bepalings sy optrede op diverse ander wyses beperk, nie gesê word dat hy 'n heeltemal vrye diskresie het nie. Aan die ander kant is dit duidelik dat sy diskresie besonder wyd is wanneer hy kabinetministers aanstel, ontslaan, staatsdepartemente skep of portefeuilles toewys. Dat 'n regeringshoof in hierdie verband 'n wye diskresie besit, is egter nie vreemd nie.

In artikel 23 word voorgeskryf dat die bekendmaking van uitvoerende handeling van die staatspresident skriftelik onder sy handtekening, bevestig met die seël van die republiek, moet geskied. Waar hy nie die advies of oorlegpleging van ministers vir sy uitvoerende handeling nodig het nie, is genoemde formaliteite voldoende, maar anders is die mede-ondertekening van so 'n dokument deur 'n kabinetsminister of lid van 'n ministersraad na gelang van die geval noodsaaklik.

Die formulering van artikels 19(2) en 23(1) maak die beantwoording van die vroeër vermelde vraag na wat alles by die uitvoerende gesag tuishoort, nie juis makliker nie. Artikel 19(2) is besonder algemeen geformuleer in die sin dat dit in die styl van 'n woordbepalingsartikel geskryf is,²⁰ behalwe in die reeds gemelde uitsonderingsgevalle: “of waar uitdruklik of by noodwendige gevolgtrekking anders bepaal word, is 'n verwysing in hierdie Wet na die Staatspresident 'n verwysing na die Staatspresident handelende” (ek kursiveer) op advies van 'n ministersraad of in oorleg met die kabinetministers, na gelang van die geval. Artikel 23 vereis nou die mede-ondertekening (behalwe in die gevalle wat uitdruklik of by noodwendige implikasie uitgesonder word) deur 'n minister van stukke waarin die wil en wens van die staatspresident as hoof van die uitvoerende gesag op advies of na oorleg te kenne gegee word. Dit wil voorkom of die uitwerking hiervan is dat al die bepalings van die Grondwet wat aan die staatspresident kompetensies verleen, sodanige kompetensies aan hom in sy hoedanigheid van hoof van die uitvoerende gesag verleen en hom dus verplig om die advies of standpunt van ministers by die uitoefening daarvan in te win. Of dit egter die korrekte vertolking is, is onseker indien gevra word wat die woorde “by noodwendige gevolgtrekking anders bepaal” in artikel 19(2) beteken. Omdat artikels 19 en 22 albei oor die uitvoerende gesag handel, sou geargumenteer kon word dat die staatspresident nie op advies of na oorleg hoef te handel wanneer hy 'n ander funksie as 'n uitvoerende funksie vervul nie.

Funksies wat hierby in die gedagte kom, is die reedsvermelde staatshoof-funksies, sy kompetensie om die parlement te ontbind (artikel 39(2)(a)), die benoeming van lede van die huis (artikel 41(1)(b), 42(1)(b) en 43(1)(b)) en die aanstelling van lede van die presidentsraad (artikel 70(1)(d)). Moet hierdie funksies as uitvoerend van aard beskou word? Die argument dat die staatspresident nie die voorskrifte van artikel 19(1) by sulke handeling hoef te volg nie, word

20 A 16(2) van die 1961-grondwet het ooglopend as voorbeeld vir hierdie formulering gedien.

egter aansienlik verswak deur die feit dat artikel 19(2) bepaalde funksies wat nie met soveel sekerheid by die uitvoerende gesag geklassifiseer kan word nie (soos toestemming tot wetgewing en die ontbinding en byeenroeping van huise) uitdruklik uitsonder.

By die oorweging van albei kante van die saak, lyk dit egter, veral in die lig van die formulering van artikel 19(2), of die staatspresident vir die uitoefening van al sy grondwetlik-verleende kompetensies (behalwe dié wat uitdruklik deur 19(2) uitgesonder word),²¹ of dit nou teoreties by die uitvoerende gesag tuishoort of nie, die kabinetministers moet raadpleeg of die ministersrade se advies moet volg en vir die formele voltooiing van sy handeling 'n ministeriële handtekening nodig het.²² Sonder ministers kan die staatspresident dus nie regmatig regeer nie.

Hoewel die Grondwet dus die begrippe “uitvoerende,” “wetgewende” en “regspreekende gesag” benut en ook nog “hoof van die staat” en “hoof van die uitvoerende gesag” onderskei, kan dit nie geredelik uit die formulering self afgelei word wat die teoretiese onderskeid tussen die begrippe is wat die formulering onderlê nie. In elk geval kan, in die lig van die vermelde oorwegings, nie tussen die staats-en regeringshoofskap onderskei word aan die hand van die vraag of die staatspresident die ministers by die onderskeie handeling moet betrek of nie – hy moet dit in albei sy hoedanighede doen.

3 4 Eie en Algemene Sake

Een van die mees fundamentele vernuwings in die staatsreg wat die 1983-grondwet invoer, is die konsosiatiewe beginsel van segmentele outonomie. Die kernvoorsiening hiervoor is te vinde in die onderskeid wat die grondwet tussen eie sake en algemene sake van die drie betrokke bevolkingsgroepe maak. Daarvoor lê deel IV die grondslag en dra aan die staatspresident 'n beslissende rol op.

Algemene sake word nie omskryf nie. Ingevolge artikel 15 is alle aangeleenthede wat nie in die grondwet as eie sake geïdentifiseer word nie, algemene sake. Eie sake van 'n bevolkingsgroep is ingevolge artikel 14(1) in beginsel “aangeleenthede wat 'n bevolkingsgroep met betrekking tot die behoud van sy identiteit en die handhawing en bevordering van sy lewenswyse, kultuur, tradisie en gebruike spesiaal of afsonderlik raak.” Vanselfsprekend is hierdie omskrywing so algemeen van aard dat dit wye ruimte bied vir verskil oor die vraag of 'n bepaalde aangeleentheid 'n eie saak is of nie. Gevolglik word die omskrywing met verwysing na artikel 16 onderworpe gestel aan 'n gesaghebbende beslissing daaroor deur die staatspresident, wat ook die advies van die presidentsraad daarvoor mag inwin.

Artikel 14(2) verwys na bylae 1, wat 'n lys van onderwerpe bevat aan die hand waarvan bepaalde klasse van aangeleenthede in beginsel as eie sake geïdentifiseer kan word. Hierdie onderwerpe word ook in betreklik algemene taal geïdentifiseer en in verskeie opsigte onderworpe gestel aan wetgewing waarin

21 Dit lyk onwaarskynlik dat die frase “waar uitdruklik of by noodwendige gevolgtrekking anders bepaal word” enige noemenswaardige betekenis het: hoogstens sonder dit die belings uit waarin die staatspresident vermeld word, sonder dat daar aan hom funksies verleen word, soos 7, 8, 9, 11, 12 en 13.

22 Dit kom dus ook voor of die woorde “as hoof van die uitvoerende gesag” in a 23(1) weinig teoreties-gesagsonderseidende betekenis dra.

fundamentele reëlings getref word wat algemeen moet geld. Weens die feit dat bylae 1 se bewoording ook nie sodanig is (en moeilik sou kon wees) dat onbuigsame reëls daardeur gestel word nie, maak artikel 14(2) dit ook in twyfelgevallye onderworpe aan die beslissing van die staatspresident, met of sonder die advies van die presidentsraad. Die kategorieë van aangeleenthede wat in bylae 1 genoem word, is maatskaplike welsyn, onderwys, kuns, kultuur en ontspanning, gemeenskapsontwikkeling (waaronder veral behuising), plaaslike bestuur, sekere landbou- en watervoorsieningsaangeleenthede, aanstellings van huweliksbevestigers, sekere verkiesingsaangeleenthede, finansiering van eie aangeleenthede, personeeladministrasie en die verskaffing van sekere dienste.

Artikel 16(1)(a) lui soos volg:

“Enige vraag wat by die toepassing van hierdie Wet ontstaan of bepaalde aangeleenthede die sake van ’n bevolkingsgroep is, word deur die Staatspresident beslis, wat dit op so ’n wyse doen dat die owerheidsinstellings wat die belange van die bevolkingsgroep behartig, nie deur die beslissing in staat gestel word om die belange van enige ander bevolkingsgroep te raak nie, ongeag of dit in hierdie Wet as ’n bevolkingsgroep beskryf is of nie.”

Die eerste vraag wat by die lees van hierdie bepaling ontstaan, is *wanneer* die vraag of ’n aangeleentheid ’n eie saak van die bevolkingsgroep is, beantwoord moet word. Vir hierdie doel word die bepalings van die grondwet wat op handeling van die uitvoerende organe van die bevolkingsgroepe betrekking het, vervolgens oorweeg en dié wat op die huise betrekking het, in paragraaf 3 5 hieronder.

Artikel 26 magtig die staatspresident om funksies wat in wetgewing aan ’n minister opgedra is, aan ’n ander minister op te dra onder meer omdat, of vir sover, die wetgewing op eie sake van ’n bevolkingsgroep betrekking het. Artikel 98 bring mee dat die uitvoering van alle parlementêre en provinsiale wetgewing wat by die inwerkingtreding van die grondwet geld, voorlopig by die oorspronklik bedoelde ministers en uitvoerende komitees bly berus, ongeag of dit op eie sake van ’n bevolkingsgroep betrekking het of nie. Sulke wetgewing word as “algemene wette” beskou totdat die bedoelde uitvoerende funksies ingevolge artikel 26 aan ministers van een van die bevolkingsgroepe opgedra word. In die geval van provinsiale ordonnansies wat hierdeur geraak word, moet die staatspresident die betrokke uitvoerende komitee raadpleeg en kan hy die ordonnansies by proklamasie wysig om dit by die nuwe omstandighede aan te pas.

Wanneer die staatspresident uitvoerende funksies na die bevolkingsgroepe se uitvoerende gesagsorgane wil oordra, moet hy dit doen ingevolge ’n besluit ooreenkomstig artikel 16 geneem (artikel 16(3)), wat beteken dat hy die maatstawwe moet aanwend en die prosedures moet volg wat dié bepaling, gelees saam met artikels 14 en 17, voorskryf (sien hieronder). *Artikel 16(1)(b) bepaal dat die vraag of ’n aangeleentheid ’n eie of algemene saak is, self ’n algemene saak is.* Daardeur word artikel 19(1)(b) betrek, wat meebring dat die staatspresident die kwessie in oorleg met die kabinetsministers moet besleg.

Die tydstop waarop daar ingevolge artikel 16(1)(a) beslis moet word of ’n uitvoerende aangeleentheid ’n eie of ’n algemene saak is, kan met ander woorde deur die staatspresident bepaal word en sal gevolglik afhang van die tempo waarteen hy in oorleg met die kabinetministers besluit om bestaande uitvoerende gesag aan die ministersrade oor te dra.

Die maatstawwe aan die hand waarvan die staatspresident sy beslissing moet gee, is dié wat in die aangehaalde artikel 14(1) gestel word. Dat dit die geval is,

word nie uitdruklik voorgeskryf nie, maar sterk deur die bewoording van artikel 16(1)(a) geïmpliseer. As maatstaf is die omskrywing van eie sake in artikel 14(1) baie algemeen: watter aangeleenthede 'n bevolkingsgroep se behoud van sy identiteit, sy lewenswyse, kultuur, tradisie en gebruike raak, wát sodanige identiteit en so meer is, en hoe dit alles met behulp van of deur owerheidsoprede behou en gehandhaaf kan word, kan nie eenduidig en met feitlike sekerheid sonder ruimte vir meningsverskil beantwoord word nie. Die staatspresident sal egter dikwels daarvoor moet beslis, nie primêr vir die doeleindes van die sosiale, kultuurhistoriese of sedelike stabiliteit van die drie bevolkingsgroepe nie, maar met die oog op die regsordening van die staat. Daardeur word die oorwegings wat moet geld, wesenlik feitlike oorwegings waarby die algemene politieke en maatskaplike agtergrond waarteen die beslissings gegee moet word, deurslaggewend sal wees.

Feit is dat artikel 14(1) een, indien nie die belangrikste nie, staatsfilosofiese pilaar waarop die grondwet berus, openbaar: die owerheidsgesag van die tweede republiek word gestruktureer ooreenkomstig die opvatting dat die staatsvolk kultureel en in ander opsigte divers is. Hierdie diversiteit word gedeeltelik²³ in die grondwet geakkommodeer op so 'n wyse dat dit volgens die opvatting van die grondwetgewer sinvolle weerklank in die hantering van die owerheidsgesag van die republiek vind. Dit gaan dus om die statutêre identifikasie van dié diversiteit en die staatsregtelike akkommodering daarvan. Dit blyk veral ook uit die aanvulling van die gemelde maatstawwe deur artikel 16(1)(a), wat van die staatspresident vereis om oor eie en algemene sake so te beslis "dat die owerheidsinstellings wat die belange van die bevolkingsgroep behartig, nie deur die beslissing in staat gestel word om die belange van enige ander bevolkingsgroep te raak nie, *ongeag of dit in hierdie Wet as 'n bevolkingsgroep omskryf is of nie.*"²⁴

Afgesien van die reedsvermelde raadpleging van die kabinetsministers en die provinsiale uitvoerende komitees, behels die prosedure vir die gee van beslissings oor eie en algemene sake ingevolge artikel 16(2), die bekendmaking deur die staatspresident aan die voorsitters van die drie ministersrade van sy beslissing. Verder word dit in sy diskresie gelaat (hy "kan, indien hy dit dienstig ag") om sy beslissing by proklamasie in die staatskoerant "of op 'n ander wyse wat hy goedvind" te kenne te gee en bekend te maak. Dit is nie duidelik waarom daar soveel prosedure-beweegruimte in hierdie verband gelaat is nie, maar dit is te verwagte dat 'n vaste praktyk hieromtrent sal ontwikkel.

Dit is duidelik dat die beslissing oor eie en algemene sake in die grondwetlike en politieke opset meermale hoogs omstrede mag wees. Artikel 17(1) maak voorsiening daarvoor dat die staatspresident na keuse 'n vraag oor eie of algemene sake ook na die presidentsraad vir advies kan verwys. Dat hierdie prosedure eerder vir advies in die wetgewende proses as in die uitvoerende gesagsfeer

23 Die burgers van die "nasionale state" wat nog deel van die republiek is, kan onomwonde nog op grond van hulle Suid-Afrikaanse burgerskap as deel van die staatsvolk van die Republiek gereken word, maar hulle staatsregtelike posisie word nie spesifiek in die Grondwet gereël nie.

24 Die verwysing na onomskrewe bevolkingsgroepe dui ongetwyfeld veral op die swart bevolkingsgroepe van die republiek. Daardeur word dit ook sterk geïmpliseer dat die hantering statutêr en uitvoerend, van aangeleenthede wat swartes raak, 'n algemene saak word. Vgl ook a 93.

bedoel is, blyk uit die feit dat artikel 78, wat oor die funksies van die presidentsraad handel, meermale na artikel 32 (geskille tussen die huise, verwys, maar glad nie na artikel 16 nie. Beslissings van die staatspresident ingevolge artikel 16(1))(a) is bindend en finaal; geen gereghof kan oor die geldigheid daarvan beslis nie.²⁵

3 5 Die Staatspresident se Rol in die Wetgewingsproses

Artikel 31, wat onder meer die posisie van die staatspresident in die wetgewingsproses reël, verteenwoordig 'n belangrike breuk met die Suid-Afrikaanse staatsregstradisie. Die staatspresident van die eerste republiek was ingevolge artikel 24 van wet 32 van 1961, soos sy voorganger, die Britse kroon, saam met die volksraad (en vroeër die senaat), 'n samestellende deel van die parlement. Die nuwe artikel 30, saamgelees met artikel 37(1), onderskei tussen die staatspresident en die parlement: laasgenoemde bestaan nou slegs uit die drie huise. Nogtans bring artikel 30 uitdruklik mee dat die staatspresident deel van die wetgewende gesag is en wel naas die parlement. Wat daardeur duidelik word, is dat die staatspresident van die tweede republiek 'n aktiewe en deurslaggewende rol in die wetgewingsproses kry. Seker die belangrikste aspek van hierdie aktiewe rol is sy beslissings oor wetsontwerpe oor eie en algemene sake. Die kernbepalings in hierdie verband is artikels 31 en 32.

Artikel 31(1) is, om die minste daarvan te sê, eienaardig geformuleer en dus nie met die eerste oogopslag duidelik nie. Wat in elk geval dadelik daaruit blyk, is dat wanneer die staatspresident 'n sertifikaat uitgereik het ten opsigte van 'n wetsontwerp wat by een van die huise ingedien is, met die strekking dat die onderwerp van die wetsontwerp 'n eie saak van daardie huis se bevolkingsgroep is, kan die ander twee huise hulle nie met die wetsontwerp inmeng nie. So 'n sertifikaat kan ingevolge artikel 17(2) slegs uitgereik word nadat die staatspresident die speaker en al drie die voorsitters van die huise daarvoor geraadpleeg het, en hy kan dit na ("as gevolg van")²⁶ die raadpleging sonder verdere raadpleging wysig. Wat egter nie onomwonde uit die bewoording van artikel 31(1) blyk nie, is of dit hoegenaamd moontlik is vir 'n huis om 'n wetsontwerp te oorweeg en aan te neem sonder dat die staatspresident vooraf 'n sertifikaat ten opsigte daarvan uitgereik het. Aangesien dit nêrens in die grondwet uitdruklik verbied word nie en ook nie deur die reglement van orde gereël word nie,²⁷ lyk dit met die eerste oogopslag of dit wel moontlik is. By verdere ondersoek blyk dit egter dat die grondwet nie die moontlikheid voorsien vir die goedkeuring van so 'n wetsontwerp nie en dat artikel 31 aangewend word as enigste ver wysingspunt wanneer die prosedure vir die aanname van wette oor eie sake deur enkele huise ter sprake kom. Die sertifikaat van die staatspresident kan dus as noodsaaklik beskou word en daar kan veronderstel word dat die een of ander ongeskrewe prosedure gevolg sal moet word waardeur daar om die sertifikaat "aansoek gedoen" kan word voordat die eerste lesing van 'n wetsontwerp oor eie sake begin. Die implikasie is dat die staatspresident reeds by die aanvang

25 A 18(2). Kyk verder hieroor par 7 hieronder.

26 Die woorde "as gevolg van" in a 17(2)(b) kan nouliks beteken dat die staatspresident op enige wyse deur die menings van die speaker en voorsitters gebind word.

27 Vgl a 51 e v van die reglement.

van die proses vir die aanname van wette oor eie sake betrek word.²⁸ Dit wil voorkom, in die lig van die feit dat die staatspresident nie lid van een van die ministersrade is nie (artikel 21) en wetgewing oor eie sake sekerlik deur die ministers vir eie sake geïnisieer sal word,²⁹ of hy nie sulke wetgewing sal kan inisieer nie, maar wel deeglik 'n kontrolekompetensie daarvoor sal hê.

Hierdie kontrolekompetensie eindig nie by die sertifisering van 'n wetsontwerp voordat dit by die betrokke huis ingedien word nie. Artikel 31(2) vereis klaarblyklik dat die staatspresident die verrigtinge in 'n huis wat wetgewing oor eie sake oorweeg, in die praktyk voortdurend moet monitor, want daarin word in effek bepaal dat die staatspresident ten opsigte van enige wysiging van 'n wetsontwerp wat 'n huis mag oorweeg of aanneem, te eniger tyd voordat hy daartoe toestem, 'n sertifikaat mag uitreik dat die wysiging nie oor 'n eie saak handel nie, en dan kan die (onreëlmstig gewysigde) wetsontwerp nie aan hom vir toestemming voorgelê word nie. So 'n situasie kan dan alleen beredder word deurdat die gewraakte wysiging teruggetrek word, nie goedgekeur word nie, of deur 'n ander wysiging ten opsigte waarvan die staatspresident bereid is om 'n positiewe sertifikaat uit te reik, vervang word.

Aan die staatspresident word verder nog in artikel 33 'n finale, hoewel grootliks formele kontrolefunksie ten aansien van wette oor eie sake toevertrou: die wetsontwerp wat deur 'n huis aangeneem is, moet naamlik aan die staatspresident vir toestemming voorgelê word. Artikel 33(2), saamgelees met artikel 31(2) plaas hom in die posisie om selfs in hierdie stadium nog 'n negatiewe sertifikaat uit te reik ten opsigte van 'n wysiging wat die huis aangebring het aan die wetsontwerp wat in sy oorspronklike vorm positief gesertifiseer is. Anders gestel, die staatspresident kan in die stadium nog (in oorleg met die kabinetsministers)³⁰ besluit dat ongesertifiseerde wysigings van die aangenome wetsontwerp, oor algemene sake of eie sake van 'n ander bevolkingsgroep handel, en nie deur een huis alleen of deur die betrokke huis aangeneem moes gewees het nie. Sodanige optrede is egter nie dieselfde as weerhouding van toestemming nie, aangesien so 'n wetsontwerp nog ingevolge artikel 31(2)(b) hervorm kan word. Weerhouding van toestemming kan in elk geval net op formele gronde geskied, naamlik wanneer die staatspresident "oortuig is dat daar nie met die wetsontwerp ooreenkomstig die voorskrifte van hierdie Wet gehandel is nie."

Die rol van die staatspresident by die aanname van wette oor algemene sake word nie in alle opsigte omvattend in die grondwet beskryf nie. Daar moet byvoorbeeld aanvaar word dat hy 'n beslissende rol as voorsitter van die kabinet

28 A 18(3), wat meebring dat 'n hof wat kontroleer of die staatspresident die speaker en die voorsitters van die huise geraadpleeg het voordat hy 'n wetsontwerp as handelende oor eie sake gesertifiseer het, daarvan moet uitgaan dat " 'n wetsontwerp wat, *wanneer dit in 'n Huis ingedien word*" (kursivering bygevoeg) nie as handelende oor eie sake gesertifiseer is nie, beskou moet word as sou die staatspresident besluit het dat dit oor algemene sake handel, versterk hierdie interpretasie.

29 A 21(1)(a) bepaal dat sulke ministers staatsdepartemente vir eie sake sal administreer, waaruit afgelei kan word dat hulle sodanige wetgewing as wat op hulle departemente betrekking mag hê, sal moet voorstel ooreenkomstig Suid-Afrikaanse parlementêre gebruik.

30 A 19(2) stel die toestemming of weerhouding van toestemming tot 'n wetsontwerp ingevolge a 33 vry van advies van of raadpleging met ministers, maar uitreiking van 'n negatiewe sertifikaat is juis a g v a 33(2) nie weerhouding van toestemming nie, maar beslissing oor eie en algemene sake ingevolge a 31(2) en 16(1), wat albei deur a 19(1) getref word.

sal speel wanneer besluit word oor die indiening van algemene wetsontwerpe. Sonder dat hy dus self in enige huis hoef te verskyn, kan hy wetgewing inisieer.

Verder verleen artikel 32 'n deurslaggewende rol aan die staatspresident indien daar nie eenstemmigheid tussen die huise oor algemene wetgewing bestaan nie. In die eerste plek kan die staatspresident 'n huis wat huiwer of weier om 'n algemene wetsontwerp af te handel, ingevolge artikel 32(2) versoek om dit voor 'n keerdatum te doen. Versuim die huis steeds, word aanvaar dat die huis die wetsontwerp verwerp het, behalwe as die staatspresident binne sewe dae na die keerdatum besluit om verdere geleentheid aan die huis te gee om dit te oorweeg. In die tweede plek kan die staatspresident, indien die drie huise nie in alle opsigte oor 'n algemene wet saamstem nie, die kwessie vir oorweging na die presidentsraad verwys. (Totdat die presidentsraad tot 'n beslissing daaroor kom, kan die staatspresident egter weer die verwysing terugtrek.) Die vraag waaroor die presidentsraad in so 'n geval ingevolge artikel 78(5) moet beslis, is of die een of ander weergawe van 'n algemene wetsontwerp wat deur een of twee van die huise aangeneem is, aan die staatspresident vir goedkeuring voorgelê moet word, of nie. Indien wel, word dit ingevolge artikel 33(1) aldus voorgelê en moet die staatspresident verklaar dat hy daartoe toestem, tensy hy dalk ontdek dat die een of ander grondwetlike voorskrif iewers in die wetsontwerp se geskiedenis nie nagekom is nie.

Dit blyk dus dat die staatspresident nòg by wetsontwerpe oor eie, nòg oor algemene sake, oor 'n ware vetoreg beskik: artikel 33(1) verplig hom om toestemming te verleen tensy daar 'n formele gebrek is. In die proses van inisiëring van wette oor eie sake, is die staatspresident nie werklik betrokke nie, maar wel as regeringshoof by algemene wetsontwerpe. Die staatspresident kan die wetgewingsproses by wetsontwerpe oor eie sake regstreeks met positiewe of negatiewe sertifikate beïnvloed, maar anders as deur beïnvloeding van sy kabinetsministers of as uiterste moontlikheid, persoonlike verskyning in die parlement, speel hy geen rol in die proses van die aanname van algemene wetsontwerpe nie, totdat die huise onder mekaar daaroor verskil. Selfs dan is die staatspresident hoofsaaklik daarop aangewese om van die presidentsraad gebruik te maak. Die staatspresident moet vir alle praktiese doeleindes met 'n sertifikaat toestemming gee aan huise wat wette oor eie aangeleenthede wil maak, maar dit word nie vereis dat die staatspresident vooraf moet bevestig dat 'n wetsontwerp wat by al drie die huise ingedien word, oor 'n algemene aangeleentheid handel nie.³¹ Wanneer 'n dooiepunt tussen die huise oor 'n wetsontwerp ontstaan, is die staatspresident egter nie verplig om die kwessie na die presidentsraad te verwys nie. Dit is denkbaar, hoewel dit sekerlik sal neerkom op misbruik van die diskresie wat in artikel 16 aan hom verleen word, dat die staatspresident, streng legalisties beskou, 'n sertifikaat regmatig sal kan uitreik waardeur die omstrede wetsontwerp tot eie saak van een van die bevolkingsgroepe verklaar word. Sou 'n staatspresident dit egter ooit nodig vind om so ver te gaan, sal dit ongetwyfeld daarop dui dat die staatsregtelike bedeling wat deur die grondwet ingevoer is, misluk het.

Ten slotte kan vermeld word dat artikel 35 die lank reeds gebruiklike reëling voortsit dat die staatspresident een van die twee tekste van 'n aangenome en

31 Vgl in hierdie verband ook die reedsvermelde uitwerking van a 18(3).

goedgekeurde wet wat by die griffier van die appèlafdeling geregistreer word, moet onderteken en dat sodanige ondertekende teks deurslaggewend is in geval van strydigheid tussen die twee tekste.

4 DIE KABINET EN MINISTERSRADE

As belangrikste regeringsorgaan naas die staatspresident, word die kabinet ingevolge artikel 20 saamgestel uit die staatspresident as voorsitter en 'n aantal ministers, naamlik eerstens die ministers wat die staatspresident aangestel het om staatsdepartemente vir algemene sake te administreer, ministers sonder portefeulje wat die staatspresident as kabinetslede aanwys en sodanige lede van die ministersrade as wat die staatspresident tydelik of permanent as lede van die kabinet aanstel. Hoewel dit dus moontlik is dat lede van die ministersrade in die kabinet kan dien, is dit uit artikel 19(1) duidelik dat dit nie veronderstel is om tot kontrole deur die kabinet van die outonome ministersrade te lei nie, maar eerder om inspraak van die ministersrade in algemene sake te bewerkstellig. Opvallend is egter dat die Grondwet die keuse van die kabinetslede volledig in die diskresie van die staatspresident plaas, dat ministers wat aangestel is om staatsdepartemente vir algemene sake te administreer, outomaties lede van die kabinet word, dat sulke portefeuljes enersyds nie vir persone van die een of ander bevolkingsgroep gereserveer is nie, maar andersyds ook nie proporsioneel uit die verskillende bevolkingsgroepe gevul hoef te word nie, en dat die besluit oor die totale grootte van die kabinet en die aantal ministers sonder portefeulje asook oor die ministers vir eie sake wat in die kabinet dien, uitsluitlik aan die staatspresident oorgelaat word.

Artikel 21 maak voorsiening vir die samestelling van (by implikasie drie) ministersrade, bestaande uit die ministers wat die staatspresident aanstel vir die administrasie van die staatsdepartemente vir die eie sake van die onderskeie bevolkingsgroepe, ministers vir eie sake sonder portefeulje, adjunk-ministers vir eie sake en kabinetsministers wat tot die betrokke bevolkingsgroep behoort en wat deur 'n ministersraad tydelik of permanent gekoöpteer word. 'n Ministersraad staan onder die voorsitterskap van 'n minister wat die staatspresident self aanwys, maar wat ingevolge artikel 21(2) na sy mening die meerderheidsteun van die lede van die betrokke bevolkingsgroep se huis geniet. Hierby kan opgemerk word dat die ministersrade elk slegs uit lede van 'n bepaalde bevolkingsgroep saamgestel word (artikel 24(3)(b)), dat die aantal ministers sonder portefeulje en adjunk-ministers wat in ministersrade dien, eweneens volledig in die diskresie van die staatspresident is, maar dat die beginsel van verantwoordelike regering op hierdie vlak ingevoer word (artikels 20(2) en 24(3)(b)) en dat die besluit om kabinetsministers te koöpteer of nie, aan die ministersraad self oorgelaat word.

Interessant is ook die feit dat artikel 21(2) neerkom op 'n gedeeltelike formulering van 'n bestaande konvensie rakende die aanstelling van 'n eerste minister: dit is egter 'n onvolledige formulering, aangesien dit nie ook voorskryf dat die staatspresident die advies van die leidende figuur in 'n huis, wat hy as voorsitter van die ministersraad moet aanstel, moet inwin of volg by die aanstelling van die ander ministers nie. In hierdie verband moet die uitwerking van artikel 88 oorweeg word. Genoemde artikel bepaal dat die bestaande "konstitusionele en parlementêre gebruike" (dus die konvensies) bly voortbestaan "behalwe vir sover hulle met die bepalings van hierdie Wet onbestaanbaar is." Die vraag is dus: maak die feit dat artikel 21(2) die ou konvensie slegs gedeeltelik

formuleer en die feit dat die konvensie ontwikkel is in Londen waar geen etniese huise ooit bestaan het nie, die konvensie onbestaanbaar met die bepalings van die Grondwet? Myns insiens wel, maar dit verhoed geensins die ontstaan van 'n nuwe, soortgelyke konvensie rakende die samestelling van ministersrade nie. Dit sou ook versoenbaar wees met die outonomie van die ministersrade wat deur veral artikel 19(1)(b) gedra word, maar so 'n nuwe konvensie sal stewig genoeg gefundeer moet wees om die diskresievryheid te beperk wat artikel 24 aan die staatspresident met die begrippe "nodig ag" en "behaag" verleen. Verder sal die ontwikkeling van so 'n nuwe konvensie sodanig moet wees dat dit die probleem kan oorkom dat die ou konvensie in 'n stelsel ontwikkel en bestaan het waar die staats- en regeringshoofskap geskei was terwyl die nuwe stelsel 'n hoë premie op die regeringshoofskap van die staatshoof plaas.

Geen terminologiese onderskeid word in die Grondwet tussen lede van die kabinet (die staatspresident uitgesonder) en lede van die ministersrade gemaak nie. Eweneens het staatsdepartemente vir algemene sake en staatsdepartemente vir eie sake dieselfde gemeenskaplike name. In al hierdie gevalle praat die Grondwet eenvoudig van "Ministers van die Republiek" wat "Staatsdepartemente van die Republiek" administreer (of ander werksaamhede verrig).

In beginsel vereis artikel 24(3) dat ministers lede van een van die drie huise moet wees, 'n beginsel wat ook histories terug te voer is na die verantwoordelike regeringstelsel. Hierdie beginsel word egter wesenlik afgewater deur die feit dat 'n speling van twaalf maande gelaat word waarbinne 'n persoon as minister kan dien voordat hy lid van 'n huis word. Verder word ook nie vereis dat 'n minister noodwendig 'n regstreeks verkose lid van een van die huise moet wees nie; hy kan dus ewegoed ingevolge artikels 41(1)(b) of (c), of 42(1)(b) of (c) of 43(1)(b) of (c) 'n benoemde of onregstreeks verkose lid van een van die drie huise wees. Van verantwoordelike regering is daar dus eintlik net sprake op die vlak van die ministersrade en wel in die sin dat hulle verteenwoordigend moet wees van die meerderhede in die huise en dat die huise effektief ingevolge artikel 39(3)(b)(i) mosies van wantroue teen hulle ministersrade kan aanneem.

Adjunk-ministers kan lede wees van ministersrade, maar nie van die kabinet nie.³² Dit is egter nie denkbaar dat ministersrade net uit adjunk-ministers saamgestel kan word nie, aangesien hulle ingevolge artikel 21(1)(c) alleen aangestel kan word om namens ministers (vir eie sake) te handel. Aan die ander kant hoef alle adjunk-ministers nie lede van ministersrade te wees nie, aangesien die staatspresident volgens artikel 27 ook adjunk-ministers vir algemene sake kan aanstel, welke adjunk-ministers dan natuurlik nie lede van of die kabinet of 'n ministersraad kan wees nie.

5 DIE PARLEMENT

Dit wat tot dusver as "Grundnorm" van die Suid-Afrikaanse staatsreg gedien het, word deur artikel 30 behou, deurdat van die wetgewende gesag 'n "soewereine" wetgewende gesag gemaak word. Die draer van die wetgewende gesag van die republiek is ingevolge artikel 30 "die Staatspresident en die Parlement van die Republiek," wat (gesamentlik) as wetgewer soewerein is. Hoewel die

³² Hierdie stelling geld egter slegs algemeen, aangesien die staatspresident 'n adjunk-minister ingevolge a 20(d) by die kabinet kan betrek. So iets sal egter net sinvol wees onder omstandighede waar die betrokke minister vir eie sake tydelik nie beskikbaar is nie.

beginsel nie verander nie, moet die terminologie nou aangepas word: die uitdrukking "parlementêre wetgewende soewereiniteit" is nie meer akkuraat nie, aangesien die parlement nie die enigste draer van die soewereiniteit is nie. Die begrip "wetgewersoewereiniteit" sal voortaan meer akkuraat wees. Om tot hierdie samevattende uiteensetting te kom, verg betreklik noukeurige interpretasie van die té kompak-geformuleerde artikel 30.

Artikel 30 maak gebruik van twee verbandhoudende begrippe, waarvan die bedoelde betekenis uit die konteks afgelei moet word, naamlik "wetgewende mag" ("legislative power") en "wetgewende gesag" ("legislative authority"). Met eersgenoemde word klaarblyklik die kompetensie om wette te maak bedoel en met die tweede die staatsorgaan by wie genoemde kompetensie berus. Laasgenoemde orgaan word met die woorde "wat as soewereine wetgewende gesag . . . bevoegdheid het om wette te maak" geïdentifiseer. Die woord "wat" ("which") kan 'n mens op 'n dwaalspoor lei deur die indruk te skep dat dit slegs op die onmiddellik voorafgaande begrip ("Parlement van die Republiek") slaan. Aangesien die voorafgaande sin egter die kompetensie om wette te maak nie alleen by die parlement laat berus nie, maar dit aan laasgenoemde en die staatspresident gesamentlik toewys, moet aanvaar word dat the woord "wat" op die saamgestelde draer van die wetgewende kompetensie slaan. Die soewereine wetgewende orgaan is dus een wat nie met 'n enkele begrip aangedui kan word nie, maar wat "Staatspresident en Parlement" heet: die een element van hierdie orgaan kan nie as soewereine wetgewer sonder die ander handel nie.

Die ou, betekenislose Brits-koloniale formule van "vrede, orde en goeie regering" is weer eens in artikel 30 gebruik: waarom, is nie te verklaar nie. Feit is dat dit geen sin het om in dieselfde asem as wat wetgewende soewereiniteit toegeken word, "riglyne" vir die maak van wette te stel nie—die soewereine wetgewer skep sy eie riglyne en beoordeel self of hy dit nakom of nie. So ekstrem is die gangbare Suid-Afrikaanse regsopvatting oor soewereiniteit.³³

Aan die beginsel van wetgewersoewereiniteit is dus glad nie verander nie, maar belangrike aanpassings in die konstitusionele rol van die hooggeregshof word deur artikel 34(2) bewerkstellig deurdat 'n formele toetsingsjurisdiksie daaraan toegeken word. Daarop word hieronder in paragraaf 7 verder ingegaan.

Die samestelling van die parlement van die tweede republiek het belangrike implikasies vir die wetgewende prosedure. Die grondwet spel nie al hierdie implikasies by name uit nie, maar bepaal wel die grondslag daarvan.

Ingevolge artikel 37(1) bestaan die parlement uit die volksraad, die raad van verteenwoordigers en die raad van afgevaardigdes. Afgesien daarvan dat artikel 102(4) in effek die laaste volksraad van die eerste republiek tot eerste volksraad van die tweede republiek verklaar, word dit nêrens gemeld watter huis watter bevolkingsgroep se verteenwoordigers huisves nie. Ingevolge artikel 100(1)(iii)(a) beteken "bevolkingsgroep" met betrekking tot 'n huis "die bevolkingsgroep waarvan die lede van die betrokke huis lede is" en artikels 41, 42 en 43, waar die samestelling van die onderskeie huise gereël word, verwys ten opsigte van elke huis telkens na die verkiesing van lede "deur die stemgeregtigdes by 'n verkiesing van so 'n lid." Dat die volksraad dus die blanke huis, die raad van

³³ Vgl by *Mpangele v Botha* (2) 1982 3 SA 638 (K) 640A-C 641F-G. Of hierdie beslissing in alle opsigte korrek is, is te betwyfel.

verteenwoordigers die Kleurlinghuis en die raad van afgevaardigdes die Indiërhuis is, moet uit die wetgewing rakende stemreg afgelei word. Artikel 52 bevat 'n gedeelte van die kiesreg deurdat stemreg daarin aan elke blanke, Kleurling en Indiër toegeken word wat

- a 'n Suid-Afrikaanse burger is;
- b minstens 18 jaar oud is; en
- c origins aan die vereistes van die Kieswet 1979 voldoen.

Wie onderskeidelik 'n blanke, Kleurling of Indiër is, word bepaal deur die klassifikasie wat ingevolge die Bevolkingsregistrasiewet van 1959 gedoen is, of gedoen sou word "as die bepalings van daardie Wet op hulle van toepassing sou wees."³⁴ Artikels 40 en 49 handel oor die afbakening van "kiesafdelings van die betrokke Huis" of "van 'n Huis." Die huis waarin 'n kieser verteenwoordig word, word dus bepaal deur sy klassifikasie by een van die drie betrokke bevolkingsgroepe en die kiesafdeling van die betrokke huis waarin hy as kieser geregistreer is.

Artikel 37(2) bevat 'n veiligheidsklep. Sou een of twee huise nie "kan" funksioneer nie, herdefinieer hierdie subartikel die begrip "Parlement" om die huis of huise wat wel "kan" funksioneer, te beteken. Die omstandighede waaronder 'n huis nie "kan" funksioneer nie, word omskryf. Van die feit dat dit omskryf word, moet afgelei word dat hierdie omskrewe omstandighede 'n *numerus clausus* is. Die omstandighede wat voorsien word, is polities van aard, naamlik:

- a 'n tekort of gebrek aan lede weens hulle bedanking of 'n mislukte verkiesing; en
- b die afwesigheid van lede nieteenstaande 'n geproklameerde beroep van die staatspresident op die lede om byeen te kom.

Wat "kan" funksioneer beteken, hang verder van die kworumvereistes af wat in artikel 61 gestel word: "Om 'n vergadering van 'n Huis vir die uitoefening van sy magte bevoeg te maak," moet onderskeidelik 50 volksraadslede, 25 lede van die raad van verteenwoordigers of 13 lede van die raad van afgevaardigdes teenwoordig wees. Vir kworumdoeleindes word nie tussen regstreeks verkose, benoemde en onregstreeks verkose lede onderskei nie.

Uit die bewoording van artikel 37(2) wil dit dus blyk dat die parlement met slegs een of twee huise kan bly funksioneer wanneer die lede van een of twee van die huise nie wil meewerk nie of die kiesers van een of twee van die huise nie wil deelneem aan die verkiesing van die lede van die huise nie. Die veiligheidsklep het dus betrekking op die demonstratiewe boikot van die stelsel deur een of twee bevolkingsgroepe. Die toepassing van hierdie bepaling sal dus sterk op die mislukking van die nuwe bedeling dui, maar sal nie die land onregeerbaar maak nie. In hierdie verband is dit ook van belang om daarop te let dat die samestelling van die parlement uit die drie huise (artikel 37(1)) ingevolge artikel 99(3) nie sonder die samewerking van al drie huise gewysig kan word nie. Wanneer daarby nog in aanmerking geneem word dat die samestelling van elk van die huise self (die subartikels (1) van artikels 41, 42 en 43) op dieselfde wyse "verskans" is, blyk dit dat 'n dooiepunt kan ontstaan indien een of twee van die huise of bevolkingsgroepe verseg om verder aan die stelsel deel te neem.

34 a 100(1)(iv), (v), (ix) en (x).

'n Oplossing vir so 'n situasie word nie in die grondwet voorsien nie,³⁵ en sal dus met buite-grondwetlike metodes besleg moet word indien dit sou opduik.

Merkwaardig van die Grondwet is die feit dat weinig gedetailleerde prosedure voorgeskryf word vir die aanname van wette oor algemene sake. Ingevolge artikel 63 kan elke huis sy eie reëls en orders aanneem waardeur sy prosedure gereël word sonder dat enige koördinasie voorgeskryf word. Uit artikel 64 blyk dit duidelik dat wetsontwerpe oor algemene sake deur ten minste een (met die moontlikheid van 'n hele aantal) staande komitee(s) behartig moet word. As minimum moet daar ingevolge artikel 64(3) gesamentlike reëls en orders aangeneem word om die werking van ten minste een gesamentlike komitee, genoem die "staande komitee," te reël, welke komitee moet handel met wetsontwerpe oor algemene sake. Die gesamentlike reëls en orders moet afsonderlik deur elke huis goedgekeur word en moet elkeen se omgang met gesamentlike komitees en die komitees self se funksionering reël. Gesamentlike komitees word uit lede van al drie die huise saamgestel. Artikel 64(2)(b) voorsien die moontlikheid om die verskillende opposisiepartye in die komitees verteenwoordiging te gee en artikel 64(1)(c) ruim ook die moontlikheid in dat staande komitees tydens 'n parlementêre reses kan funksioneer.

Uit 'n geheelblik op artikel 64 kan afgelei word dat die bedoeling is dat daar 'n reeks staande (gesamentlike) komitees, wat elk op 'n onderwerp spesialiseer, tussen die huise tot stand gebring moet word en dat *ad hoc*-gesamentlike komitees opgerig moet word; dat die prosedure vir die oorweging van wetsontwerpe oor algemene sake begin deur die indiening daarvan (deur 'n kabinetsminister) by al drie huise, waarna die huise dan kan besluit om dit na 'n (die toepaslike) staande komitee te verwys. Die staande komitee bestudeer die voorgestelde wetsontwerp en onderhandel onderling oor aanpassings ten einde uiteindelik vorendag te kan kom met 'n wetstek wat vir die meerderhede in al drie die huise aanvaarbaar is, sodat dit deur hulle aangeneem kan word. Hierdie prosedure-uiteensetting is egter slegs een van vele moontlikhede wat met behulp van die gesamentlike reëls en orders binne die raamwerk van artikel 64 ontgin sou kon word.

As oorgangsreëling word daar in artikel 102(6)(a) bepaal dat tot tyd en wyl die ander twee huise hulle eie huishoudelike ordereëls aangeneem het, die bestaande reëls en orders van die volksraad ook op hulle van toepassing sal wees. Verder het artikel 102(6)(a) die moontlikheid voorsien dat die volksraad nog voor die inwerkingtreding van die Grondwet gesamentlike reëls en orders, soos in artikel 64 bedoel, alléén kon formuleer en dat dit dan ook die ander huise sou bind totdat dit ingevolge laasgenoemde bepaling deur al drie huise gewysig word. Sulke gesamentlike reëls en orders wat die volksraad vooruit kon formuleer, bly egter hoogstens twee jaar lank na die eerste sessie van die nuwe parlement van krag, waarna al drie die huise afsonderlik tot 'n gemeenskaplik-aanvaarbare formulering daarvan sal moet kom.

35 Of die werking van a 37(2) sterk genoeg is om a 99(3) te kwalifiseer, lyk nie waarskynlik nie: in die lig van die feit dat a 99(4) selfs arbitrasie deur die presidentsraad by wysigingsgeskille oor onder meer a 37(1) uitsluit, moet aanvaar word dat die bedoeling is dat a 99(3) absoluut vereis dat al drie huise ("elke Huis", "every House") moet funksioneer en 'n een- of tweehuisparlement ingevolge a 37(2) nie voldoende sal wees nie.

In September 1984 is daar dan ook op las van die volksraad *Gesamentlike Reëls en Ordes van die Volksraad, die Raad van Verteenwoordigers en die Raad van Afgevaardigdes (Algemene Sake)*, asook 'n *Reglement van Orde van die Volksraad – Deel 1 – Publieke Sake*, soos nuut ooreenkomstig artikel 102(6) van die Grondwet geformuleer, gepubliseer. Tegelyk is, in afsonderlike bande, ook identiese (*mutatis mutandis*) reglemente van orde vir die ander twee huise gepubliseer, sodat die nuwe parlement van meet af oor 'n volledige stel interne prosedurereëls beskik het. Slegs enkele grepe uit hierdie reëls kan hier toegelig word.

Reël 8 van die gesamentlike reëls en ordes maak vir vier soorte komitees voorsiening, naamlik die *gekose komitee*,³⁶ en die *staande gekose komitee*³⁷ die *gesamentlike komitee*,³⁸ en die *staande komitee*.³⁹ Die wetgewingsprosedure waarvoor reëls 22 tot 38 vir publieke wetsontwerpe oor algemene sake voorsiening maak, verloop kortliks soos volg:

- a *Indiening* Die lid wat met die wetsontwerp belas is, dien dit in deur die wetsontwerp *saam met 'n memorandum wat die oogmerke daarvan uiteensit* aan die speaker voor te lê. Hierdie verduidelikende memorandum is 'n besonder belangwekkende vernuwing, wat, soos in die geval van die Nederlandse *memorie van toeligting*, mettertyd tot besondere belangrikheid in die wetgewingsproses asook by die uitleg van wetgewing kan ontwikkel.
- b *Eerste lesing* Die speaker lê die wetsontwerp en verduidelikende memorandum in elke huis ter tafel, waardeur geag word dat dit behoortlik in elke huis ingedien en daar vir die eerste maal gelees is en dat elke huis dit na die betrokke staande komitee verwys het met verlof om die wetsontwerp te wysig tensy die huise binne drie dae sou besluit dat die betrokke gesamentlike komitee die wetsontwerp eers moet oorweeg.
- c *Verslag en tweede lesing* Dat dit wat deur die betrokke staande komitee bespreek en besluit word, van deurslaggewende belang in die verloop van die wetgewingsproses is, blyk duidelik uit die feit dat, indien die staande komitee nie 'n wetsontwerp wat na hom verwys is in sy oorspronklike of in 'n gewysigde vorm goedkeur nie, dit as verwerp geag moet word. Keur die staande komitee dit egter goed, lewer elke huis se betrokke staande gekose komitee se voorsitter verslag daaroor in sy huis en belê die staatspresident of speaker ingevolge artikel 67 van die Grondwet 'n *gesamentlike sitting* van die drie huise, waar die tweede lesing sonder debatvoering voorgestel word en waarna die tweede lesing afsonderlik deur die huise gedebatteer word. Amendamente wat in hierdie stadium toegelaat word, is dat die wetsontwerp

36 Dit is 'n komitee wat by besluit van 'n huis vir hoogstens die duur van 'n sessie aangestel is om 'n bepaalde aangeleentheid of wetsontwerp ten opsigte waarvan die huis inligting of hulp verlang, te oorweeg, of om in samewerking met ooreenstemmende gekose komitees deur ander huise aangestel, as deel van 'n gesamentlike komitee van die parlement op te tree.

37 Dit is 'n komitee wat vir die duur van 'n huis aangestel is om in samewerking met ooreenstemmende staande gekose komitees wat deur ander huise aangestel is, as deel van 'n staande komitee van die parlement op te tree.

38 Dit is 'n komitee wat bestaan uit drie gekose komitees en wat by besluit van die drie huise vir hoogstens die duur van 'n sessie aangestel is.

39 Dit is 'n komitee wat bestaan uit drie staande gekose komitees en wat vir die duur van 'n parlement aangestel is.

eurs oor ses maande vir die tweede keer gelees word; dat dit om die een of ander rede glad nie gelees word nie; of dat dit na 'n gesamentlike komitee verwys word, of na die betrokke staande komitee terugverwys word. Indien een van die huise nie die tweede lesing goedkeur nie, word geag dat die wetsontwerp deur daardie huis verwerp is. Keur al drie die huise egter die tweede lesing goed, is die parlementêre prosedure afgehandel: 'n gesertifiseerde skoon eksemplaar van die wetsontwerp word aan die staatspresident vir sy toestemming voorgelê.

- d) *Derde lesing* Indien 'n lid van enige van die drie huise binne drie sittingsdae nadat 'n tweede lesing plaasgevind het, voorstel dat die wetsontwerp na 'n gesamentlike of staande komitee terugverwys (of vir die eerste keer verwys) moet word, of dat dit in komitee van die hele raad oorweeg moet word, en die huis keur die voorstel goed, moet die ander huise per boodskap daaroor ingelig word. Ten minste een ander huis moet ook tot so 'n voorstel instem, anders word die wetsontwerp vir toestemming aan die staatspresident voorgelê. In hierdie stadium kan geen amendamente wat dieselfde uitwerking het as amendamente wat vroeër verwerp is, meer oorweeg word nie. Goedgekeurde amendamente word egter in die wetsontwerp opgeneem en aan die drie huise vir die derde en beslis die laaste lesing voorgelê.

Vanselfsprekend is daar ook besondere reëlings ten opsigte van geld- en private wetsontwerpe en die reglement(e) van orde reël die prosedure by die oorweging van wetsontwerpe oor eie sake, wat grootliks ooreenstem met die prosedure wat tydens die eerste republiek in die volksraad gevolg is.

Benewens die "reëls en orders" van artikels 63 en 64, het net artikel 32 in die grondwet nog betrekking op die prosedure by die aanname van wette oor algemene sake. Hierdie bepaling is reeds kortliks hierbo in paragraaf 3 5 bespreek, maar kan hier in 'n breër perspektief geplaas word. Die proses van konsensussoek oor algemene wetgewing kan in die kabinet begin. Word daar besluit om 'n bepaalde wetsontwerp by al drie huise in te dien, kan die gesamentlike komiteestelsel as tweede konsensusstap beskou word. Slaag hierdie stap nie, dit wil sê, kan die lede van die gesamentlike komitee mekaar nie oor die wetsontwerp vind nie, kan die huise as sodanig nog (as derde stap) besluit om die een of ander weergawe van die wetsontwerp aan te neem. Die vierde en finale stap in die proses word deur artikel 32 voorsien. Vir die werking van artikel 32 word vereis dat al drie huise die betrokke wetsontwerp moes afgehandel het, dit wil sê die wetsontwerp in die een of ander vorm gedurende dieselfde sessie van die parlement moes aangeneem of verwerp het. As verwerping geld ingevolge subartikel 32(2) ook verwerping van 'n voorstel vir indiening en versuim deur 'n huis om die wetsontwerp op versoek van die staatspresident voor 'n keerdatum af te handel. Indien ten minste een van die huise die wetsontwerp in die een of ander vorm aanneem, kan die staatspresident die presidentsraad se beslissingskompetensie aktiveer deur die gedeeltelik aangenome of gewysigde wetsontwerp daarheen te verwys. Sou hierdie stadium bereik word, is dit duidelik dat konsensus oor die betrokke wetsontwerp nie in die parlement bereik kon word nie en moet die presidentsraad nou die saak ingevolge artikel 78(4) ontknoop. Daar is verskillende wyses waarop dit gedoen kan word.

In die eerste plek maak artikel 78(4)(b) daarvoor voorsiening dat die presidentsraad die staatspresident kan adviseer dat die wetsontwerp gewysig "of andersins mee gehandel word." Laasgenoemde frase kan byvoorbeeld inhou dat aanbeveel word dat die staatspresident die wetsontwerp laat vaar en sy verwysing terugtrek. 'n Aanbeveling dat die wetsontwerp gewysig word, kan weer berus op 'n kompromievoorstel waarop die presidentsraad mag besluit in die hoop (of wete?) dat dit vir al drie huise aanvaarbaar sal wees. Sodanige advies moet dan binne 14 dae in al drie huise ter tafel gelê word, wat dit op hulle beurt ingevolge artikel 32(3) "behandel." Dit is nie uit die grondwet duidelik of hier met "behandel" bedoel word dat die huise dan kan besluit om die presidentsraad se kompromievoorstel as wet goed te keur nie; die interne prosedurereëls wat die huise ingevolge artikel 63 kan aanvaar, sou wel die aangeleentheid so kon reël, maar sowel die gesamentlike reëls en orders en die reglement(e) van orde swygtans nog daaroor.

Adviseer die presidentsraad nie die staatspresident ingevolge subartikel (4)(b) nie, en trek die staatspresident nie sy verwysing terug nie, moet die raad tot 'n finale beslissing kom. Sy beslissing moet of wees dat dié, of een van die goedgekeurde wetsontwerp(e) aan die staatspresident vir goedkeuring voorgelê moet word, of dat dit nie aldus voorgelê moet word nie. Ook sulke beslissings van die presidentsraad moet binne 14 dae in die huise ter tafel gelê word, waar die beslissing "behandel" kan word. Hierdie "behandeling," kom dit voor, kan nouliks meer wees as debattering en kennisname, veral as die presidentsraad beslis dat 'n wetsontwerp vir goedkeuring voorgelê moet word. In die geval van 'n aanbeveling dat die wetsontwerp nie vir goedkeuring voorgelê moet word nie, is dit denkbaar dat die huise (of eerder die kabinet) kan oorweeg om by die volgende sessie van die parlement van vooraf met die wetgewingsproses oor dieselfde onderwerp te begin.

Die effek van 'n beslissing van die presidentsraad dat 'n wetsontwerp vir goedkeuring aan die staatspresident voorgelê moet word, is (ingevolge artikel 32(4)) dat dit geag word deur (al drie huise van) die parlement aangeneem te wees. Tensy dit blyk dat daar iewers in die wetgewingsproses nie in ooreenstemming met die bepaling van die grondwet gehandel is nie, moet die staatspresident ingevolge artikel 33(1) tot die wetsontwerp toestem, waarop dit ingevolge artikel 34(1) "'n Wet van die Parlement" word. Om hierdie punt te bereik, vereis artikel 32(4) egter dat die presidentsraad se beslissing nog tydens dieselfde sessie van die parlement waarin die geskil tussen die huise ontstaan het, gegee moet word. Is dit vir die presidentsraad onmoontlik om dit te doen of versuim die raad om dit betyds te doen, is die implikasie van hierdie bepaling dat die wetsontwerp nie afgehandel is nie en dus van die parlementêre rol verdwyn. Die wetsontwerp kan weer by 'n volgende sessie ingedien word. Tussen die sessies sal 'n staande komitee die vorm wat die nuwe wetsontwerp moet aanneem, kan oorweeg.

Soos reeds gedeeltelik in paragraaf 3 5 hierbo bespreek, bevat die Grondwet gedetailleerde bepalinge aangaande die prosedure vir die aanname van wette oor eie sake. Artikel 31 staan hier in die brandpunt.⁴⁰ Waar daar na "'n wetsontwerp in artikel 31 bedoel" verwys word, word eenvoudig verwys na wetsontwerpe

40 Vgl a 16(2), 17(2)(a), 18(3), 33, 34(1) en 39(3)(b) (ii).

oor sake wat die staatspresident as eie sake gesertifiseer het. Dit blyk verder dat 'n huis nouliks 'n stap in die proses vir die aanname van 'n wetsontwerp oor eie sake kan doen sonder die toestemming van die staatspresident. Die staatspresident se endossement of sertifikaat ten opsigte van 'n wetsontwerp en sy aandag ten opsigte van elke wysiging daarop word vereis. Hier moet egter aanvaar word dat die staatspresident se endossemente en sertifikate nie betrekking het op die materiële inhoud van wetsontwerpe nie, maar slegs op die vraag of die wetsontwerpe en wysigings daarop uitsluitlik oor die betrokke huis se eie sake handel. Die staatspresident het geen grondwetlike beheer oor die wyse waarop wetgewing wat onomwonde oor eie sake handel, ingeklee word nie. Sy invloed op sulke wette is bloot formeel deurdat hy ingevolge artikel 31 vooruit bevestig dat dit oor eie sake handel en dat hy na aanname ingevolge artikel 33(1) deur sy toestemming daartoe moet bevestig dat dit formeel korrek aangeneem is.

Die staatspresident kan 'n huis ingevolge artikel 66 ook tydens 'n parlementêre reses byeenroep en prorogeer om met eie sake te handel. Ingevolge artikel 19 sal hy dit op die advies van die betrokke ministersraad moet doen.

'n Wet oor eie sake geld ingevolge artikel 34(1) net soos wette oor algemene sake as " 'n Wet van die Parlement." Wanneer artikels 30 en 34(3) in aanmerking geneem word, blyk dit dat sulke wette, soos algemene wette, soewereine regswerking het. 'n Kwessie wat nie deur die grondwet behandel word nie, is die vraag of 'n algemene wet in geval van strydigheid met 'n wet oor eie sake voorrang geniet of nie. In die lig van die gemelde gelykwaardigheid van eie en algemene wette moet aanvaar word dat die normale reëls van wetsuitleg, soos die stelreël *leges posteriores priores contrarias abrogant*, in gevalle van strydigheid toegepas sal moet word sonder inagneming van die vraag of dit deur al drie huise of slegs deur een aangeneem is. Dit is egter te betwyfel of so 'n benadering alle probleme sal oplos en daar kan gemeenregtelike ontwikkeling in hierdie verband verwag word indien die parlement nie self ingryp nie.

Die meeste ander bepalings van die grondwet rakende die parlement vereis weens die bekendheid en vanselfsprekendheid daarvan nie veel aandag nie. Hier word dus met slegs enkele verdere opmerkings volstaan. Die uitwerking van artikels 40 en 46(3) en (4) is dat benoemde en onregstreeks verkose lede ná die ontbinding van die parlement of hulle huis, hulle setels behou totdat hulle opvolgers ná die stembdag benoem of verkies word. Hulle ontruim egter hulle setels 45 dae ná die stembdag indien die benoeming of verkiesing van hulle opvolgers op die tydstip nog nie plaasgevind het nie. Dit spreek vanself dat sulke lede herbenoem of herverkies kan word.

Nieteenstaande die feit dat die stelsel van provinsiale regering op die vooraand van verandering staan, speel die provinsiale grense 'n belangrike rol in die samestelling van die huise. Die subartikels (2) van artikels 41, 42 en 43 bepaal die aantal regstreeks verkose lede wat uit elke provinsie tot die huise verkies moet word: ingevolge artikel 45 geld hierdie getalle in die geval van die huise van verteenwoordigers en afgevaardigdes vir tien jaar na die eerste afbakening en in die geval van die volksraad vir vyf jaar sedert die laaste afbakening voor die inwerkingtreding van die Grondwet. Ingevolge artikels 48 en 49 word daar by

die afbakening van kiesafdelings provinsiale, en nie nasionale kwotas nie, bereken en kiesafdelings kan nie provinsiale grense sny nie.⁴¹ Die gevolg van hierdie bepaling is dat die relatiewe belangrikheid van die verskillende provinsies se kiesafdelings vir die gemelde tydperke vasgepen word ongeag demografiese veranderinge wat intussen mag intree. Wat verder opval, is dat die vier benoemde lede van die volksraad ingevolge artikel 41(1)(b) elk uit 'n ander provinsie moet kom, maar dat 'n soortgelyke vereiste nie by die ander huise gestel word nie.

Artikel 47 vereis dat 'n algemene verkiesing van al drie huise ná 'n normale ontbinding van die parlement in al die kiesafdelings op dieselfde dag gehou moet word. Uitsonderings hierop is wanneer slegs een of twee huise ontbind word en ook by geleentheid van die samestelling van die eerste parlement van die tweede republiek. Ingevolge artikels 47(2) en 102(7) kan (kon) die verkiesing van die huise in hierdie gevalle op verskillende dae plaasvind, maar by die verkiesing van 'n bepaalde huis moet die stemming in al sy kiesafdelings steeds op dieselfde dag plaasvind.

Die speaker van die parlement moet tydens sy verkiesing deur die kieskollege wat die staatspresident verkies het, en vir so lank as wat hy die amp behou, 'n lid van een van die huise wees. Weselik dieselfde wrakingsprosedure as wat ingevolge artikel 9(3) op die staatspresident van toepassing is, geld ook vir die speaker, behalwe dat die toepaslike versoekskrif dat 'n gesamentlike komitee met die oog op sy wraking aangestel word, by elk van die drie voorsitters van die huise ingedien moet word. 'n Waarnemende speaker kan op een van die volgende wyses aangestel word: wanneer nodig, wys die speaker self enige lid van die drie huise as waarnemende speaker aan en indien hy dit nie self kan doen nie, doen die staatspresident dit. Solank as wat die amp van speaker nie vakant is nie, kan 'n waarnemende speaker onbepaald waarneem, maar sodra die amp vakant raak, moet 'n nuwe speaker binne 'n maand verkies word, tensy die amp in die laaste sessie voor 'n ontbinding van die parlement of tydens 'n spesiale sessie na sodanige ontbinding (artikel 40) vakant is.

Afgesien van die vroeër vermelde moontlikheid dat die speaker onder omstandighede as staatspresident kan waarneem, stel hy ingevolge artikel 67 die reëls en orders vir gesamentlike sittings van die drie huise op en sit hy by sulke gesamentlike sittings voor. Verder staan dit hom ingevolge artikel 59 vry om na keuse by enige van die drie huise te gaan voorsit, maar moet sy optrede daar versoenbaar wees "met enige funksies wat aan hom opgedra word by reëls en orders wat deur al drie Huise goedgekeur is." Wanneer die speaker egter in 'n huis waarvan hy nie lid is nie, voorsit, het hy geen beslissende stem nie en sal 'n staking van stemme alleen besleg kan word wanneer die gewone voorsitter die stoel oorneem.

Die voorsitters van huise word deur die huise op hulle eerste vergaderings uit eie geleedere verkies en kan by besluit van hulle huis weer uit hulle amp onthef word. Waarnemende voorsitters word, wanneer nodig, deur die huise verkies. Die voorsitters neem nie aan die stemming in die huise deel nie, maar moet in die geval van 'n staking van stemme 'n beslissende stem uitbring.

41 Ingevolge a 102(9) moes die provinsiale kwotaberekening by die eerste afbakening van kiesafdelings vir die huise van verteenwoordigers en afgevaardigdes geskied aan die hand van die bevolkingsregister, waaruit die afbakeningskommissie (by gebrek aan 'n kierserslys) moes vasstel hoeveel Kleurlinge en Indiërs onderskeidelik in elke provinsie stemgeregtig is.

Die staatspresident kan gesamentlike sittings van die drie huise belê "wanneer hy dit wenslik ag" en moet dit doen wanneer al drie huise hom daartoe versoek of spesifiek ingevolge reël 24 van die gesamentlike reëls en orders vir die maak van 'n voorstel dat 'n algemene wetsontwerp vir die tweede maal gelees word. Sulke gesamentlike sittings kan ingevolge artikel 67(1)⁴² ook deur die speaker vir die doel van tweede lesingsvoorstelle byeengeroep word en word hoofsaaklik vir seremoniële en prosedure-doeleindes gehou, aangesien artikel 67(5) die neem van enige besluite by sulke sittings verbied.

6 DIE PRESIDENTSRAAD

Die presidentsraad wat ingevolge die 1961-grondwet saamgestel is, het ingevolge artikel 102(11) by die inwerkingtreding van die nuwe Grondwet ontbind en die eerste vergadering van die nuwe presidentsraad is ingevolge artikel 102(12) deur die staatspresident vir 25 September 1984 belê. Hieruit is dit duidelik dat daar nie vir die ou presidentsraad enige oorgangsrol beoog is nie: gemelde subartikel 102(11) se bewoording skyn daarop te dui dat ook 'n gedeeltelike inwerkingsstelling van die nuwe Grondwet tot die ontbinding van die ou presidentsraad sou lei. Die eerste presidentsraad se rol in die totstandkoming van die nuwe Grondwet moet nie geringgeskat word nie, maar dit was by die inwerkingtrede van die nuwe Grondwet *functus officio*.

Die rol wat die presidentsraad in die wetgewingsproses kan speel, is reeds behandel. Verdere perspektief op hierdie rol word verwerf wanneer die wyse waarop die presidentsraad ingevolge deel VIII van die Grondwet saamgestel word, in oënskou geneem word. Die mate van politisering van die presidentsraad hang grootliks af van die persone wat daarin dien. Enersyds maak artikels 55(2)(a) en 71(3)(c) gelyktydige lidmaatskap van die presidentsraad en van een van die huise onmoontlik en voorsien die Grondwet geen prosedure waarvolgens 'n huis of die staatspresident presidentsraadslede onder normale omstandighede uit hulle amp kan onthef nie. Andersyds het artikel 70 die uitwerking dat partypolitieke oorwegings hoogs waarskynlik telkens 'n rol sal speel by die aanwysing van ten minste 45 van die 60 lede van die presidentsraad: die 35 lede wat deur die huise (onderskeidelik 20, 10 en 5) aangewys word, word by besluit (dus meerderheidstem) en dus volgens die wens van die meerderheidsparty in elke huis, aangewys. Ingevolge artikel 70(2) moet 10 (6+3+1) van die 25 persone wat die staatspresident aanstel, persone wees wat deur die onderskeie opposisiepartye benoem is.⁴³ Dit laat 15 persone wat die staatspresident teoreties sou kon aanstel sonder om politieke voorkeure in ag te neem. Weens die feit dat die stelsel in die hand werk dat die staatspresident self onvermydelik 'n politikus is wat aan die spits van 'n politieke party staan, is dit hoogs waarskynlik dat ook daardie 15 aangestelde lede nie bloot weens byvoorbeeld hulle deskundigheid of ervaring aangestel sal word nie, maar dat hulle politieke sienings waarskynlik soortgelyk sal wees as dié van die staatspresident. Dat die bedoeling is dat die presidentsraad die parlementêre meerderheid nie vyandiggesind moet wees nie, blyk verder uit artikel 71(3)(d)-(f), waardeur sowel die huise (ná 'n algemene verkiesing wat volg op die vroeë of normale ontbinding van so 'n huis) as 'n nuwe staatspresident (wat weens 'n tussentydse vakature verkies is) die geleentheid kry om ander

⁴² soos gewysig deur Wet 105 van 1984.

⁴³ wat 'n aangepaste herbepaling van a 106(4) van die 1961-grondwet is.

presidentsraadslede aan te wys en aan te stel. Hoewel daar dus in die presidentsraad lede van al drie bevolkingsgroepe moet wees, asook persone wat die vertroue van opposisiepartye in al drie huise geniet, sal die meerderheid van die lede uit die aard van die saak die party waartoe die staatspresident behoort, simpatiek gesind wees. In watter mate presidentsraadslede hulle gebonde moet ag aan die beleid van die partye aan wie hulle hulle amp te danke het, word nie deur die grondwet voorgeskryf nie en sal dus, soos reeds gesê, van die betrokkenes self afhang. Die gevaar bestaan dat die presidentsraad in 'n rubberstempel van die meerderheidsparty in die volksraad kan ontwikkel, maar dit hoef nie te gebeur nie indien die konsensus-grondslae waarop die grondwet ontwikkel is, behoorlik tot ontplooiing kom.⁴⁴

Artikel 77 maak daarvoor voorsiening dat die presidentsraad nie regstreeks ontbind word nie, maar ontbind nadat die parlement ontbind is, 'n algemene verkiesing gehou is, 'n nuwe staatspresident verkies is en hy sy amp aanvaar het. Laasgenoemde ampsaanvaarding bring die presidentsraad se ontbinding mee. Presidentsraadslede ontruim hulle amp op hierdie tydstip, maar kan weer in die volgende presidentsraad opgeneem word. Interessant is die weglating (deur die voorbehoudsbepaling van artikel 71(1)) van die diskwalifikasie as lede van die presidentsraad van persone wat 'n "winsbetrekking onder die Republiek beklee." Dit is dus moontlik dat byvoorbeeld dienende staatsamptenare in die presidentsraad opgeneem kan word. Presidentsraadslede ontvang ook ingevolge artikel 73 vergoeding vir hulle dienste, welke vergoeding deur die staatspresident vasgestel word. Verskillende lede van die raad kan, na gelang van die aard van hulle deelname (byvoorbeeld voltyds of deelyds) verskillend vergoed word.

Die presidentsraad vergader onder voorsitterskap van die voorsitter of adjunkvoorsitter wat die raad self uit eie geledere by sy eerste vergadering verkies. Aan die voorsitter van die presidentsraad ken die Grondwet geen besondere status of funksies (anders as voorsittersfunksies) toe nie. Die voorsitter het geen gewone stem nie, maar wel 'n beslissende stem by 'n staking van stemme. Besluitneming geskied deur meerderheidstem van die aanwesige lede, en 30 lede (dus die helfte) vorm 'n kworum. Die presidentsraad besluit self op sy prosedure- en ordereëlins en kan ingevolge artikel 76(1) verskillende komitees uit eie geledere aanwys om op bepaalde aangeleenthede te konsentreer en te spesialiseer.⁴⁵ Interessant is ook die feit dat ministers en adjunk-ministers deur artikel 76(2) gemagtig word om aan die presidentsraadsverrigtinge deel te neem (hoewel hulle nie daar mag stem nie), maar dat die staatspresident self nie sodanige magtiging ontvang nie.

Wanneer die presidentsraad nie benut word om wetgewende geskille tussen die huise te besleg nie, neem sy normale funksies ingevolge artikel 78 die vorm

44 Dit is in hierdie verband interessant dat die nuwe presidentsraad op 1984-01-17 die volgende besluit eenparig anvaar het: "Hierdie Raad erken en onderskryf die beginsel van konsensus wat, anders as die meerderheidsbeginsel in die Westminsterstelsel, nie rus op die wil van die grootste party nie, maar gebaseer is op onderlinge beraadslaging, bedinging en ooreenkomste wat bewerk en bereik word deur 'n vrye inspraak en samespraak tussen alle belanghebbende groepe en partye, waarsonder die beoogde vertroue in en ondersteuning van geslote afsprake nie bewerkstellig sal word nie." *Debate van die Presidentsraad Tweede Sessie 1984-10-17* kol 33.

45 Tydens die raad se tweede sessie op 1984-10-17 is die *Reëls en Orders van die Presidentsraad* goedgekeur. Reël 87 daarvan maak voorsiening vir die instelling van komitees vir onderskeidelik maatskaplike, ekonomiese en staatkundige aangeleenthede en die funksionering van die reëls word ingevolge reël 19 onder die toesig aan 'n reëlinskomitee geplaas.

van advies aan die staatspresident aan, wat weens die feit dat die advies in al drie huise ter tafel gelê moet word, ook beskou kan word as advies aan die parlement. Enige saak kan deur die staatspresident na die raad vir advies verwys word, en die raad kan die staatspresident (en die parlement) ook *mero motu* oor enige saak van openbare belang, behalwe konsepwetgewing, adviseer. Uit die formulering van subartikels (2), (3) en (4) van artikel 78 blyk dit dat voorsien word dat die komiteestelsel die ruggraat van die presidentsraad se werksaamhede sal vorm. Vir hierdie doeleindes sal hoogswaarskynlik op die ervaring van die eerste presidentsraad gebou word.

Artikel 78(6) veroorloof die presidentsraad en sy komitees om met enigeen, ook staatsinstellings, oorleg to pleeg, onder meer deur middel van die samestelling van "raadplegende komitees," bestaande uit lede van die presidentsraad en "lede van 'n raad wat ingevolge 'n ander wet deur die staatspresident ingestel is." Hierdie "ander raad" kan, soos die bepaling tans geformuleer is, op 'n verskeidenheid van rade dui. Die geskiedenis van die bepaling⁴⁶ dui egter daarop dat die grondwetgewer hiermee 'n aanknooppunt wou skep vir byvoorbeeld konsultasie met die swart bevolking van die republiek.

Hoewel die presidentsraad hom met sowel uitvoerende as wetgewende aanleenthede besig hou, is dit nòg deel van die wetgewende, nòg deel van die uitvoerende gesag. Die advies wat die presidentsraad gee, bind niemand nie, hoewel die feit dat dit in die parlement openbaar gemaak word, kan meebring dat dit sterk oorredende werking mag hê. Die vraag hoe invloedryk die raad sal word, sal sekerlik grootliks beïnvloed word deur die statuur (veral buiteparty-politieke statuur) van die lede en van die kwaliteit en objektiwiteit van die advies en beslissings daarvan.

Wanneer die raad 'n beslissing moet gee oor 'n wetsontwerp waaroor daar 'n geskil tussen die huise bestaan, kan nouliks gesê word dat die presidentsraad 'n wetgewende funksie vervul. Hoewel die uitwerking van so 'n beslissing kan wees dat die kontroversiële wetsontwerp wet word, kan die raad nie self aan die inhoud daarvan verander nie. Die funksie van die raad bestaan in sulke gevalle wesenlik daarin dat hy 'n keuse tussen twee of meer alternatiewe moet maak. Sy rol kan dus ten beste as dié van 'n arbiter beskryf word. Dit is egter opvallend dat die rol wat die presidentsraad in die wysiging van die grondwet self kan speel, wesenlik deur artikel 99 beperk word. Daaroor meer in paragraaf 9 hieronder.

7 DIE HOOGGEREGSHOF

Deel VII van die Grondwet, bestaande uit artikel 68 en die totaal onnodige artikel 69, is 'n herbepaling *mutatis mutandis* van deel VII van die 1961-grondwet. Die nuwe Grondwet laat dus die howestruktuur en hulle algemene jurisdiksie en funksionering wesenlik onveranderd. Een belangrike aanpassing is egter aangebring deurdat die konstitusionele jurisdiksie van die howe nou deur artikels 18 en 34 van die nuwe grondwet bepaal word.

Ingevolge artikel 59(2) van die 1961-grondwet is die howe verbied om ondersoek in te stel na of uitspraak te doen oor die geldigheid van "'n Wet wat deur die parlement aangeneem is," die verskanste artikels uitgesonderd. Of die

⁴⁶ wat 'n aangepaste herbepaling van a 106(4) van die 1961-grondwet is.

aangehaalde woorde beteken het dat die howe wel 'n dokument wat heet 'n wet te wees, maar aan die een of ander formele gebrek gely het, tot nie-wet kon verklaar, is soms gesuggereer, hoewel die howe oor die algemeen verkies het om die bepaling so uit te lê dat daar vir hulle nie eers 'n formele toetsingsjurisdiksie ten opsigte van gewone wette bestaan het nie.⁴⁷ Artikels 18 en 34 van die nuwe grondwet bring in hierdie opsig vernuende helderheid.

Artikel 34(3) herbepaal die kernbewoording van die ou artikel 59(2), behalwe dat die verwysing na die verskanste artikels weggelaat word en dat die verbod op ondersoek en uitspraak aan subartikel (2) onderworpe gemaak word. Hieruit blyk dit dat wat onveranderd gelaat word, 'n absolute verbod is op 'n toetsing of beoordeling van parlementêre wetgewing aan die hand van byvoorbeeld wenslikheids-, morele of regsiedeële maatstawwe: die hooggeregshof word dus geen hof soos die Verenigde State van Amerika se *Supreme Court* of die Duitse *Bundesverfassungsgericht* nie.

Artikel 34(2)(a) besleg egter die vraag of die howe bevoeg is om wette wat formeel gebrekkig aangeneem is, ongeldig te verklaar. Daarin word enige afdeling van die hooggeregshof, dus plaaslike en provinsiale afdelings, sowel as die apèlafdelling, gemagtig om ondersoek in te stel na en uitspraak te doen oor die vraag of die bepalings van die Grondwet by die maak van die wet nagekom is. Die betrokke "wet" word in die bepaling beskryf as "'n wet wat te kenne gee dat dit die bepaling van die Staatspresident en die Parlement of van die Staatspresident en 'n Huis is." Ingevolge artikels 34(1) en 33(1) is 'n wetsontwerp wat ôf deur die parlement, ôf deur 'n huis goedgekeur is, of ten opsigte waarvan die presidentsraad beslis het dat dit goedgekeur moet word, en waartoe die staatspresident toestemming verleen het, 'n "Wet van die Parlement." Gee "'n wet" nou "te kenne" ("is expressed to be") dat dit so 'n wet van die parlement is (en dit doen elke parlementêre wet natuurlik), is die hooggeregshof ingevolge artikel 34(2)(a) veroorloof om na te gaan of die betrokke dokument die benaming "wet van die Parlement" waardig is, dit wil sê of die formele, grondwetlik-voorgeskrewe prosedure by die indiening, debattering, verwysing na die presidentsraad, ter tafellegging, oorweging deur 'n gesamentlike komitee, en so meer behoorlik nagekom is. Die implikasie is dat, indien die hof sou bevind dat daar die een of ander formele gebreke ten opsigte van so 'n "wet" bestaan, bevind sou kon word dat dit nie 'n wet van die parlement is, soos wat dit voorgee te wees nie, en dat dit dus geen regsrag het nie.

Wanneer dit oor 'n eie-sake-wet handel, het die hooggeregshof dieselfde bevoegdhe en kan daar ook ingevolge artikel 18(1) getoets word of die staatspresident die speaker en voorsitters van die huise ingevolge artikel 17(2) behoorlik geraadpleeg het voordat hy 'n wetsontwerp as handelende oor eie sake gesertifiseer het. Wat egter uitdruklik deur artikel 18(2) van die howe se jurisdiksie uitgesluit word, is 'n materiële toetsing van die staatspresident se beslissing oor eie en algemene sake ingevolge artikels 16 en 31. Hierdie beslissings word klaarblyklik ook deur die grondwetgewer as materieel van aard en nie bloot as formeel nie, beskou. Weens die voorbehoud in artikel 14(2) van die bepalings van artikel 16, bestaan daar ook nie 'n moontlikheid dat 'n hof beslissings oor eie en algemene sake aan die hand van die riglyne in bylae 1 van die Grondwet kan toets nie.

47 Vgl *Cowburn v Nasopie (Edms) Bpk* 1980 2 SA 547 (NK) 554-555 in teenstelling met *Mpangele v Botha* (2) 1982 3 SA 638 (K).

Dit is dus duidelik dat die Grondwet geensins afdoen aan wetgewersower-einiteit deur 'n materiële toetsingskompetensie vir die howe te skep nie. So 'n toetsingskompetensie sou per slot van rekening onversoenbaar wees met wet-gewersower-einiteit as grondwetlike beginsel. Die formele toetsingskompetensie wat ingevoer word, moet egter nie versmaai word nie. Dit kan meebring dat die parlement voortaan nie meer so onagsaam sal omgaan met grondwetlike voorskrifte soos in die verlede nie.⁴⁸

8 DIE PROVINSIALE OWERHEDE

Die nuwe Grondwet bevat slegs enkele bepalings wat regstreeks op die provin-siale regering betrekking het. Die 1961-grondwet word deur artikel 101 en bylae 2 deel 1 in alle opsigte, behalwe die bepalings wat op die provinsiale regering-stelsel betrekking het (deel VI), herroep en die kort titel sowel as die lang titel word gewysig. Wet 32 van 1961 word daardeur tot 'n wet gemaak wat bedoel is "om voorsiening te maak vir provinsiale rade en hul magte en die admin-istrasie van provinsiale sake, en vir aangeleenthede wat daarmee in verband staan" en wel met die kort titel Wet op Provinsiale Bestuur van 1961. Hier word slegs aandag gegee aan die werklike veranderings wat aan die grondwetlike be-palings rakende die provinsiale stelsel teweeggebring is.⁴⁹

Artikel 80 van die 1961-wet bring die voortbestaan van die owerheidsgesag van die provinsiale uitvoerende komitees mee, maar bylae 2 deel 1 A 2 (g) van die nuwe Grondwet voeg daaraan die woorde "behalwe vir sover sodanige be-voegdhede deur die Staatspresident aan 'n Minister opgedra word . . ." toe. Ar-tikel 95 van die nuwe Grondwet kan as tweelingbepaling van die gemelde artikel 80 beskou word. Daardeur word alle provinsiale gesag wat vroeër by die unie se goewerneur-generaal en by die provinsies se uitvoerende komitees berus het, sover doenlik *mutatis mutandis* oorgedra aan die staatspresident, die provinsiale uitvoerende komitees, "of die gesag wat soortgelyke magte in die Republiek uitoefen," maar daaraan is weer die uitsondering gekoppel "van magte, be-voegdhede en funksies wat by hierdie Wet of 'n ander wet aan 'n ander gesag opgedra word." Vir hierdie oordrag van provinsiale gesag, veral aan ministers en veral ten opsigte van eie sake, maak artikel 98 voorsiening. Voordat hierdie bepaling nader bekyk word, kan ook kennis geneem word dat die inleidende paragraaf van die bepaling waardeur die omvang van die provinsiale owerhede se gesag bepaal word (artikel 84(1) van die 1961-wet) deur bylae 2, deel 1 A 2 (h) van die nuwe Grondwet sodanig gewysig word, dat die gesagstoekening geskied behoudens onder meer die verklaring van 'n ordonnansie tot 'n eie saak van 'n bevolkingsgroep of 'n algemene saak, wat vir uitvoering aan 'n minister (kabinetsminister of lid van 'n ministersraad) opgedra is.

Artikel 98 is 'n oorgangsbepaling wat as uitgangspunt die gesagsuitoefening by die inwerkingtreding van die Grondwet in die hande laat waar dit tot in daardie stadium berus het, maar maak dan in subartikel (3) daarvoor voorsiening dat die staatspresident proklamasies kan uitvaardig waardeur verklaar word dat bestaande wetgewing eie of algemene sake raak en die uitvoering daarvan aan

48 As *locus classicus* van sulke optrede kan na die geskiedenis van a 149 van die *South Africa Act* 1909 en sy opvolger, a 114 van Wet 32 van 1961 verwys word.

49 Klaarblyklik kan binnekort verdere aanpassings aan die provinsiale regeringstruktuur ver-wag word.

die toepaslike ministers opgedra word. Wat provinsiale ordonnansies betref, moet die staatspresident die betrokke provinsies se uitvoerende komitees raadpleeg alvorens hy verklaar dat dit betrekking het op 'n eie of algemene saak en die uitvoering daarvan aan 'n minister opdra. Ruimte word dus deur artikel 98 geskep vir die geleidelike inkrimping van die provinsiale owerhede se gesag deur die oordrag daarvan aan veral die ministersrade en die onderskeie huise. In die lig van die feit dat paragraaf 6 van bylae 1 van die Grondwet plaaslike bestuur as 'n eie saak kenmerk, is dit denkbaar dat dit mettertyd grootliks uit die hande van die provinsiale owerhede geneem en in die hande van die ministersrade geplaas kan word en dat gemeenskaplike plaaslike owerheidsaangeleenthede 'n kabinetsaak kan word.

Artikel 114(b) van die 1961-wet word verder deur bylae 2 deel 1 A 8 sodanig gewysig dat 'n petisie van die betrokke provinsiale raad nie meer vereis word wanneer sy wetgewende gesag "ingekort" word nie. Sodanige petisie word egter steeds vereis voordat 'n provinsiale raad afgeskaf of provinsiale grense verskuif kan word.

'n Laaste vraag wat hier in verband met die provinsiale regeringstelsel ondersoek kan word, is of die howe 'n formele toetsingskompetensie het ten opsigte van die staatspresident se demontering of ombouing van die provinsiale stelsel. Hierdie vraag is nie in alle opsigte maklik te beantwoord nie, maar hier kan enkele tersaaklike oorwegings kortliks na vore gebring word:

- a Artikel 114 van die 1961-wet word nie deur artikel 34(2)(a) van die nuwe Grondwet geraak nie, omdat laasgenoemde bepaling alleen die nakoming van die Grondwet se prosessuele voorskrifte en nie die prosessuele voorskrifte van ander wette nie, deur die howe toetsbaar maak.
- b Artikel 18(2) sluit die howe se toetsingsjurisdiksie uitdruklik uit by besluite van die staatspresident oor eie en algemene sake en dit is wesenlik waaroor die staatspresident ingevolge artikel 98 moet besluit.
- c Aan die ander kant handel die staatspresident ingevolge artikel 98(3) deur ondergeskikte wetgewing (wat nog altyd as toetsbaar beskou is).⁵⁰ In hierdie geval word die proklamasie nie bloot (soos in artikel 16(2)) as kennisgewing benut nie, maar as statutêre verklaring van deel IV van die Grondwet as toepaslik op 'n ordonnansie. So gesien, lyk dit moontlik dat 'n hof sou kon bevind dat so 'n proklamasie van die staatspresident (dus nie sy besluit oor eie of algemene sake as sodanig nie) gebrekkig en dus ongeldig is as die betrokke provinsiale uitvoerende komitee nie daarvoor geraadpleeg is nie.
- d Dit is seker ook nie ondenkbaar nie dat 'n hof, indien hy oortuig kan word van die doelmatigheid daarvan, kan besluit om vir homself 'n formele toetsingskompetensie in bogenoemde gevalle te konstrueer, nie op grond van artikel 34(2) nie, maar na analogie daarvan en van artikel 18(1).

⁵⁰ So is Prok R121 van 1982 van die staatspresident byvoorbeeld in *Government of the Republic of South Africa v Government of KwaZulu* 1983 1 SA 164 (A) ongeldig verklaar.

9 ALGEMENE EN OORGANGSBEPALINGS

Artikels 89, 90 en 91 skryf op die reeds gebruiklike wyse⁵¹ die gelykberegtiging van Afrikaans en Engels voor en artikel 99(2) verskans artikel 89 deur 'n tweederde meerderheidstem in al drie huise vir 'n wysiging daarvan te vereis. Opvallend is die feit dat Afrikaans nie meer, soos in artikel 119 van die 1961-grondwet, omskryf word as sou dit ook Hollands insluit nie.

Artikel 99(3) bevat 'n andersoortige “verskansing” van 'n aantal bepalings, naamlik 'n verbod op die wysiging daarvan sonder dat al drie huise (by gewone meerderheidstem) daartoe toegestem het. Die kerneffek van die bepaling is in gevolge subartikel (4) dat die presidentsraad se kompetensie om in geval van onenigheid tussen die huise oor 'n wysigingswetsontwerp uitsluitel te gee, uitgesluit word. Die bepalings wat so “verskans” word, het onder meer betrekking op die samestelling van die kieskollege, die ampstermyn van die staatspresident, die beslissing oor eie en algemene sake, die hantering van die uitvoerende en wetgewende gesag en die samestelling van die betrokke organe, die beslegting van geskille tussen die huise, die formele toetsingskompetensie van die hooggeregshof, stemreg en kwalifikasies van lede van die huise, die samestelling en ampsduur van die presidentsraad en sy beslissingsfunksie oor wetsontwerpe, die wysigingsartikel self en bylae 1 (waarin eie en algemene sake in den brede geïdentifiseer word). Aldus word dit onmoontlik gemaak dat een of twee huise se wil rakende veral die segmentele aandeel van die onderskeie bevolkingsgroepe aan die owerheidsgesag met behulp van die presidentsraad of die ander huis of huise afgedwing kan word. Hierdeur word die buigsamheid van die Grondwet aansienlik verminder.

Die waardigheid van die nasionale vlag, wat vir die eerste keer deur artikel 5A van die 1961-grondwet, soos in 1981 gewysig, beskerm is, word nou deur artikel 92 beskerm en wel op woordeliks dieselfde wyse. Soortgelyke beskerming wat artikel 13 van die 1961-grondwet aan die waardigheid en eer van die staatspresident verleen het, kom egter nie in die nuwe grondwet voor nie: in die lig van die feit dat die staatspresident nou as regeringshoof midde in die politieke stryd staan, is dit te verstane en te verwelkom.

Artikel 93, wat 'n herbepaling van artikel 111 van die 1961-grondwet is, (wat op sy beurt weer oorgeneem is uit artikel 147 van die *South Africa Act* van 1909) dra die “beheer oor en administrasie van Swart sake” aan die staatspresident op. Vir ooglopende redes is die gedeelte van die vorige bepalings wat die beheer en administrasie “van sake wat Asiate dwarsdeur die Republiek spesiaal of afsonderlik raak,” nie in artikel 95 herbepaal nie.

10 SLOTOPMERKINGS

Die Grondwet van die tweede republiek van Suid-Afrika is 'n dokument wat potensiaal vir fundamentele staatsregtelike vernuwingskep. Of die nuwe beveling gaan slaag en die vernuwingspotensiaal vrugbaar benut gaan word, kan geen grondwet waarborg nie – dit is grootliks afhanklik van die wyse waarop die nuwe staatsordening deur die nuwe owerheidsorgane behartig word.

51 Vgl aa 108-110 van Wet 32 van 1961 en a 137 van die *South Africa Act* van 1909.

Wet 110 van 1983 is in elk geval die eerste oorspronklike republikeinse grondwet van die nie-swart Suid-Afrikaanse bevolking sedert dié van die boererepublieke. Dit verteenwoordig in vele opsigte 'n breuk met die Brits-koloniale staatsregebeginsels wat tot dusver in hierdie eeu in Suid-Afrika nagevolg is en indien daar suksesvol gebou word op die fundamente wat daardeur gelê word, kan dit meebring dat 'n unieke en outentiek Suid-Afrikaanse staatsreg daaruit ontwikkel.

In 'n sekere sin kan die Grondwet as vloeibaar beskou word. Hierbo is aangedui dat heelwat belangrike reëlins, prosedures en gebruike uit die Grondwet in die staatspraktyk ontwikkel sal moet word. Daarbenewens spreek dit vanself dat die relatief oorheersende rol van die blanke instellings nie onbepaald onaangetas sal kan bly sonder om die betekenis van die ander twee bevolkingsgroepe se deelname af te water nie. Die Grondwet bevat egter die potensiaal om die betrokkenheid by die owerheidsgesagshantering van die Kleurling- en Indiërbevolking stapsgewys te laat groei tot 'n punt waar dit ook aan hulle volle bevrediging kan gee sonder om staatkundige stabiliteit prys te gee. Om so 'n punt te bereik, sal dit mettertyd nodig wees dat die drie huise saam die Grondwet self aanpas en wel deur gebruikmaking van die konsensussoekende prosesse wat as potensiaal daar ingebou is. Nóg die staatsreg, nóg die politieke wetenskap kan nou reeds die vorm van so 'n eindpunt voorskryf, aangesien die ontwikkeling in daardie rigting evolusionêr sal wees en bestem sal word deur die onvoorspelbaarhede van die politiek. Dat idees uit die leer van konsosiatiewe demokrasie in die konstruksie van die Grondwet benut is, is ooglopend, maar die realisering van Suid-Afrikaanse konsosiasiestaatsreg is as versweë opdrag aan die owerheidsgesagsdraers in die Grondwet ingebou. Die eerste jare van die gelding van die Grondwet sal gevolglik 'n toets vir die vaardigheid en rypheid van die belangrikste politieke leiers van die drie betrokke bevolkingsgroepe wees.

In 'n ander sin kan gesê word dat die Grondwet nie so buigsaam is soos die vorige twee Suid-Afrikaanse grondwette nie. Hoewel daar nie sprake is van 'n algemene verskansing as sodanig nie (behalwe in die geval van die taalbeskerming), is dit duidelik dat die Grondwet 'n algemene wet is wat, behalwe as een of meer huise verkies om obstruksionisties te wees en die toepassing van artikels 32 of 37(2) in die gevalle waar dit moontlik is, afdwing, alleen met samewerking van al drie huise gewysig kan word. Daarbenewens is die vergrote rol in die formele kontrole oor die nakoming van sekere prosedurevoorskrifte van die Grondwet wat ingevolge artikel 34(2) aan die hooggeregshof toegeken is, ook 'n potensiele rem op onagsame omgang deur die staatspresident en die parlement met die buigsaamheid van die Grondwet. Kortom, die Grondwet bevat ook die potensiaal om die reg 'n groter rol as tot dusver te laat speel in die wyse waarop die owerheidsgesag in Suid-Afrika uitgeoefen word. Daar kan net gehoop word dat regswetenskaplikes en politici hierdie grondwetlike potensiaal sal benut en ontwikkel ten einde ordelikheid en geregtigheid hulle regmatige plekke in die staatsordening van die tweede republiek te laat inneem.

“Judges shall be independent and subject only to the law”*

R Zimmerman

Dr Iur

Professor of law, University of Cape Town

OPSOMMING

“Regters is Onafhanklik en is Slegs aan die Reg Onderworpe”

In hierdie artikel word twee probleme ten opsigte van die reg met betrekking tot skadevergoeding bespreek. Kan die eienaar van 'n winkel 'n beloning wat hy moes betaal aan 'n klant wat die diefstal opgemerk en aan hom gerapporteer het, as deel van sy skadevergoeding van die dief verhaal? En kan 'n vrou, wat as gevolg van die nalatigheid van 'n apteker tablette vir slegte spysvertering ontvang het in plaas van 'n voorbehoedmiddel, skadevergoeding eis vir die kind wat toe gebore is? Daar word aan die hand gedoen dat die beslissings van die Duitse Federale hooggeregshof in beide gevalle in twee opsigte verkeerd is: eerstens omdat die hof skadevergoeding toeken; tweedens — en nog belangriker — omdat die hof die omvang van die skadevergoeding op 'n baie willekeurige wyse beperk. Die regbank matig dus vir homself 'n bevoegdheid aan wat uitdruklik deur die grondwet van die houe weerhou word. Ondergeskiktheid aan die reg en onafhanklikheid van die regbank is wedersydse korrelate. Hoe meer die regters hulle van die bande van die reg bevry, hoe meer stel hulle die regterlike onafhanklikheid in gevaar.

I have tried during these last few days to obtain some information about this famous and remarkable man whose memory we are celebrating today. The characteristic feature of his lasting effect on South African legal culture is that it did not come about by means of books or articles, but by his lectures to the students of this university,¹ many of whom, in their turn, later also became celebrated scholars. In his lectures he displayed a great knowledge of vast areas of the law. Especially remarkable, however, seems to have been his mastery of a whole range of languages (including even a smattering of Sanskrit) and the fact that he paid so much attention to the legal systems of countries other than South Africa. It is for this reason that I feel it might not be inappropriate to talk to you about a specific feature of German law — a legal system which, generally speaking, offers interesting comparative perspectives for South African lawyers: many of the rules and concepts that have come down to us from Roman law, appear in a statutory form in the German civil code. This code marks the

* M Malherbe Memorial Lecture, delivered on 1982-09-22 at the Faculty of Law, University of Stellenbosch. The form of a lecture has been maintained, but footnotes have been added. The article is up to date to 1983-01-01.

1 Cf De Vos 1964 *Acta Juridica* ix.

culmination of that famous era of legal science, pandectism, a branch of continental Roman common law, of which Roman-Dutch law is an off-shoot, and a closely related one, as well.

However, I am not going to deal with the Romanistic background of the German code today.² I should like to start with a brief discussion of two very recent decisions of the German federal supreme court which, already interesting in themselves, might prove to be interesting precedents for a South African lawyer as well, because they highlight a problem which every legal system has to tackle and which is not determined by certain particularities of the code: the concept of damages and how far they can be recovered. This discussion will be followed by some more general remarks about the position of the judiciary in a codified legal system.

Since 1963 the annual German criminal statistics have had a specific rubric for "shoplifting." This is an apposite reflection of the fact that this crime has grown in popularity with alarming rapidity with specific and significant criminological differences from other cases of theft. From 1963 to 1974 the rate of shoplifting increased by 369,5%; in 1981, according to newspaper reports, no fewer than 286 635 cases of shoplifting were registered, but it has to be kept in mind that this is only the tip of an iceberg. It is estimated that only every two-hundredth crime is discovered and brought to the knowledge of the police. According to an estimate published in 1976³ about 40 to 50 million crimes of shoplifting are committed annually. It is understandable that in the light of these figures a normal and orderly criminal prosecution is practically impossible.⁴ Moreover, the criminological exploration of this type of crime, which is closely connected with and so typical of an affluent society, has become, in the words of Richard Lange,⁵ a place of scientific confusion.

However, since the beginning of the 'seventies, forensic disputes and academic discussions have centered increasingly around problems of civil law, more precisely the law of damages. The reason is simple: since the tools of criminal law have apparently proved powerless and general prevention consequently cannot satisfactorily be achieved,⁶ the shop-owners have started to seek protection by means of private law. In order to encourage their employees as well as customers

2 On the influence of Roman law on the German civil code see Kaser 1967 *Juristische Schulung* 337 *et seq.* For a general characterisation of the German code and its historical and ideological background, cf Wieacker *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1976) 468 *et seq.*, 474 *et seq.*

3 Schoreit 1976 *Juristenzeitung* 52.

4 For more details about the criminological aspects of shoplifting cf Naucke "Empfiehl es sich, in bestimmten Bereichen der kleinen Eigentums- und Vermögenskriminalität, insbesondere des Ladendiebstahls, die strafrechtlichen Sanktionen durch andere, zum Beispiel zivilrechtliche Sanktionen abzulösen, gegebenenfalls durch welche?" *Gutachten für den 51. Deutschen Juristentag in Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages* vol 1 (1976) D 11 *et seq.*

5 "Der Ladendiebstahl - Ein Ort wissenschaftlicher Verwirrung" in *Festschrift für Hermann Jahrreiss zum 80 Geburtstag* (1974) 117 *et seq.*

6 For reform proposals as far as the criminal sanction is concerned, cf "Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl" *Recht und Staat* vol 439 (1974) Arzt "Empfiehl es sich, in bestimmten Bereichen der kleinen Eigentums- und Vermögenskriminalität, insbesondere des Ladendiebstahls, die strafrechtlichen Sanktionen durch andere, zum Beispiel zivilrechtliche Sanktionen abzulösen, gegebenenfalls durch welche?" *Referat für den 51. Deutschen Juristentag in Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages* vol 2 (1976) N 43 *et seq.*

to be on the look-out for and to report cases of shoplifting, they will usually announce a reward, the so-called catch-reward (in terms of §657 *BGB* a phenomenon unknown in South African law)⁷ which constitutes a binding promise.⁸ After the thief has been caught and the reward has been paid to the person who detected the crime, the shopkeeper normally tries to recover this loss from the thief, thus making him pay for the costs of his own detection. Secondly he usually tries to recover from the thief petty expenses arising as a consequence of the theft (like postage and telephone charges) as well as compensation for the resulting loss of time, the frustration of his employee's time and so on. And, finally, he also tries to shift onto the thief a proportionate share of the expenses he has incurred in order to prevent or at least to spot as many cases of shoplifting as possible: the installation of mirrors or television sets and the employment of professional detectives (so-called precautionary costs). I do not propose to deal with these two last-mentioned claims, because both issues have now at last been settled by the federal supreme court.⁹ The court has ended a long and heated debate¹⁰ by deciding that the shopkeeper cannot include these items in the calculation of his damage.¹¹

More interesting is the question whether the catch-reward is recoverable or not. Great confusion had arisen over the years, and many conflicting decisions of the lower courts were reported.¹²

Legal certainty was totally lost for a couple of years, because nobody could any longer predict which line a specific court would take. No prevailing opinion emerged from the dust and smoke of this academic battle. Especially awkward was the fact that it seemed to be virtually impossible to obtain an authoritative judgment of the federal supreme court.¹³ It is a typical feature of the crime of shoplifting that the value of the stolen property is usually very low (according

7 In *Bloom v The American Swiss Watch Company* 1915 AD 100 German law on this point was considered, but not accepted.

8 The reward as a unilaterally binding promise did not come down from Roman law, but came to be recognised only in the *usus modernus pandectarum* of the 17th century: cf Dreiocker *Zur Dogmengeschichte der Auslobung* diss Kiel (1969).

9 *BGHZ* 75 230 *et seq* 237 *et seq*.

10 Cf e.g. Canaris 1974 *Neue Juristische Wochenschrift* 521; *contra* Wollschläger 1976 *Neue Juristische Wochenschrift* 12.

11 As far as the precautionary costs are concerned, the question arises whether this solution can be reconciled with and distinguished from earlier decisions, where it was held, e.g., that in case of a traffic accident, when a tram has been damaged negligently, the traffic administration is allowed to claim a proportionate share of the costs necessary for keeping and maintaining a reserve vehicle (cf *BGHZ* 32 280 *et seq* *BGHZ* 70 199 *et seq*.) The main problem is that in these cases a claim for damages has been allowed, even though the occurrence of this accident (in the case of shoplifting this theft), is by no means a *conditio sine qua non* for these expenses. They would have been incurred by the traffic administration and the shopkeeper in any event.

12 Cf Hamburg 1977 *Neue Juristische Wochenschrift* 1347; Braunschweig 1976 *Neue Juristische Wochenschrift* 1640; *contra* Braunschweig 1976 *Neue Juristische Wochenschrift* 60; Koblenz 1976 *Neue Juristische Wochenschrift* 63.

13 When I say authoritative, I mean persuasive authority; even decisions of the federal supreme court (whose status is comparable to the appellate division in South Africa) are not binding on the lower courts. For an interesting example of cases where many lower courts refuse to follow a consistent line of decisions of the federal supreme court, cf *BGHZ* 23 281 *et seq*; *BGHZ* 57 229 *et seq*; Hippel 1965 *Neue Juristische Wochenschrift* 664 (damages in case of adultery); for a comparative study see Aden 1978 *Monatsschrift für Deutsches Recht* 536.

to an investigation in Germany in 1976 it does not exceed 10 DM in the majority of cases),¹⁴ consequently the value in dispute does not exceed 500 DM, the sum necessary to bring litigation up through the instances to the higher courts.¹⁵ Only in 1979 did the court get the opportunity to decide on this question, as in this case the parties side-stepped the procedural restrictions by agreement and raised the catch-reward in dispute to an amount of 550 DM. In its eagerly awaited decision, the federal supreme court in principle gave the shopkeeper the right to claim the catch-reward, but added an important proviso: the reward could be recovered only up to a reasonable amount. As the sum of 550 DM was regarded as grossly excessive, it was reduced by the court to 50 DM.¹⁶

I do not agree with this decision. Admittedly, one cannot deny that there is a causal link: if the theft had not taken place, the shopkeeper would not have had to pay the reward. However, the *conditio sine qua non* test¹⁷ does not finally determine the question of liability. The range of consequences for which a person can be held liable has to be restricted further. This requires an investigation into the rule on which the liability is based. Does this specific consequence fall within the protective ambit of delictual liability?¹⁸ Are we dealing, in other words, with a loss against which §823 BGB (from which the duty of compensation in case of unlawful injury to property arises)¹⁹ is intended to protect the shopkeeper? This question, in my view, cannot be answered in the affirmative. It has to be taken into consideration that the problem of shoplifting arose only because of drastic changes in sales methods. In the traditional Oom Koos shops²⁰

14 Cf Deutsch "Empfiehl es sich, in bestimmten Bereichen der kleinen Eigentums- und Vermögenskriminalität, insbesondere des Ladendiebstahls, die strafrechtlichen Sanktionen durch andere, zum Beispiel zivilrechtliche Sanktionen abzulösen, gegebenenfalls durch welche? Gutachten für den 51. Deutschen Juristentag in Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages vol 1 (1976) E 90.

15 The hierarchy of courts in Germany is somewhat complicated. If the value in dispute is below 3000 DM, the plaintiff normally has to sue the defendant before the local court. Against the decision of the local court an appeal on points of fact and the law lies to the regional court. From there, no further appeal is possible: above the regional court there is, according to popular saying, only the blue sky. In cases where the value in dispute exceeds the sum of 3000 DM litigation starts at regional court level; from there an appeal is possible (on points of fact and law) to the regional supreme court; from there an appeal only on points of law lies to the federal supreme court cf §§ 23 71 72 119 *Gerichtsverfassungsgesetz*. This applies to the ordinary courts and to civil litigation only. It is, however, possible, under certain circumstances, for the parties concerned to agree otherwise: cf §§ 38 *et seq* *Zivilprozessordnung*. The other stumbling-block is provided by §511 (a) *Zivilprozessordnung*: an appeal may be lodged only if the value in dispute exceeds 500 DM.

16 *BGHZ* 75 230 (235 *et seq*.)

17 On the relevance of the *conditio sine qua non* test to determine liability ("Äquivalenztheorie") cf Grunsky in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* vol 2 (1979) vor § 249 no 36; Lange *Schadensersatz 1979* 54 *et seq*; Schünemann 1979 *Juristische Schulung* 19 *et seq*.

18 This approach has been developed by Caemmerer "Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht" *Gesammelte Schriften* 1 (1968) 395 *et seq* and is widely accepted today: cf Teichmann in *Jauernig BGB* 2 ed 1981 vor §§ 249-253 V 4; Esser Schmidt *Schuldrecht* vol 1 5ed (1976) §§ 33 III; Deutsch *Haftungsrecht* 1 (1976) 234 *et seq* Zimmermann 1980 *Juristenzeitung* 10 *et seq* (12).

19 § 823 I *BGB* reads (I translate): "A person who, wilfully or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or other right of another is bound to compensate him for any damage arising therefrom."

20 my South Africanised version of the proverbial German "Tante Emma" shop, i.e. the traditional small retail shop "round the corner."

shoplifting never was (and still is not) a major problem, because the owner of the shop takes reasonable precautions. He can supervise what is going on in his shop and has his goods under control. Shoplifting became a criminological problem once huge department stores and supermarkets sprang up and especially since the system of self-service became increasingly popular. It was for reasons of staff reduction and also to achieve an increase in profits that shopowners decided to adopt this self-service system: the specific arrangement of the goods and also the fact that the customer is brought into immediate contact with them, that he can touch them and examine them closely, is intended to induce the customer to buy, and to create a spontaneous desire to buy.²¹ But it is, and remains, an entrepreneurial decision of the shopowner; how he organises his own sphere is his own business. A consequence of this decision, which he should bear in mind, is that custody, control over his goods, is relaxed, because they are now very much exposed to the grasp of the customers. If the shopowner thinks it necessary, by announcing a reward, to encourage his employees and customers to catch thieves, he simply uses them as his extended arms and as a substitute for the traditional safety devices. As this appears to be a necessary implication and corollary of the decision of how to organise his internal sphere of activity, it should not make any difference in external relations, that is, it should not affect his claim against the wrongdoer.²²

Insomuch as he has to assume the consequences of his entrepreneurial decisions himself, a second point might be added. The reason for announcing the reward is not this specific theft. It is the great number of thefts as such, taking place week after week that provoke this reaction. The catch-reward, therefore, does not so much intend to ward off this concrete, imminent infringement of his property. Its purpose is to provide a reasonable protection of the property generally; it serves the function of general prevention. It is therefore nothing but a specific sub-category of the precautionary costs which the federal supreme court itself does not regard as recoverable. However, whether the supreme court is right or wrong in this regard, is not my main concern. The case raises a tricky and problematical question and the opinion of the supreme court does not, in any event, seem to be indefensible. There is another aspect which is more interesting; the supreme court does not in fact decide between the two alternatives (whether the catch-reward is recoverable or not), but tries to find a compromise solution: the reward is recoverable, but only up to a reasonable amount. However, when the German civil code speaks of compensation (as in §823 I), it means full compensation.²³ If the reward can be recovered by the shopkeeper and this forms part of his damage, then the thief owes the full amount; if not, he owes nothing. *Tertium non datur*. I will return to this point after we have briefly discussed a second case. In 1968 a woman went to a pharmacist to buy a contraceptive. She and her husband decided to have no more children. The

21 Cf Deutsch E 16 *et seq*, Arzt N 47 *et seq*.

22 For a differentiation in terms of spheres in order to determine what the injured party can recover and what he has to carry himself, see Zeuner 'Gedanken zum Schadensproblem' in *Gedächtnisschrift für Rolf Dietz* (1973) 99 *et seq*.

23 See § 249 I BGB: "A person who is obliged to make compensation shall restore the situation which would have existed if the circumstance rendering him liable to make compensation had not occurred."

pharmacist, however, made a mistake and gave the woman a stomach preparation. The consequence of this was not only that her digestion functioned exceptionally well during the following weeks, but also that after nine months she gave birth to another healthy child. She sued the pharmacist for damages, and the regional court in the small North German town of Itzehoe decided in her favour.²⁴ Since this time German legal discussion has been enriched by the "damnatus filius ex coitu coniugali,"²⁵ also mockingly referred to as "the pharmacist's child."²⁶ In due course other cases cropped up²⁷ (also involving doctors who, when undertaking to sterilise a woman, did not do so properly, and a heated and very controversial debate followed.²⁸ Again, one had to wait for more than a decade until the federal supreme court had the opportunity to decide a case of this type in 1980. Setting aside the judgment of the court *a quo*, the supreme court awarded damages to the woman who had given birth to the unwanted child.²⁹ However, according to the supreme court,³⁰ the liability of the pharmacist or doctor is limited to the amount to maintain the child according to average requirements. As a guide-line, the judges are, in this context, referred to the rules governing ordinary maintenance payment rates for illegitimate children³¹ to which, normally, a reasonable additional sum should be added. Otherwise the amount of damages would vary according to the standard of living of the child's family: rich parents are entitled to a higher maintenance claim for their children than are poor parents.³²

Again I do not share the opinion of the supreme court. According to the standards of our civilisation as established by humanism and Christianity, a child cannot be regarded as "damage." Even if children are unwelcome, they have to be regarded as exceptionally valuable. This is apparent even from article 1 of the German Constitution,³³ according to which the dignity of man is inviolable;³⁴ the legal system does not only have to accept and tolerate the birth and existence of children but has to appreciate it as the basis for the practical realisation of all the other basic rights. The federal supreme court does not actually contest this. Admittedly, the child cannot be regarded as the constituting damage in question. However – so runs the argument of the court – its birth

24 1969 *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 90.

25 Bosch 1969 *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 91.

26 Cf the voices quoted by Selb 1971 *Juristenzeitung* 201.

27 Cf e.g. OLG Düsseldorf 1975 *Neue Juristische Wochenschrift* 595; OLG Zweibrücken 1978 *Neue Juristische Wochenschrift* 2340; OLG Celle 1978 *Neue Juristische Wochenschrift* 1688 (from compensation); OLG Bamberg 1978 *Neue Juristische Wochenschrift* 1685; LG München I 1970 *Versicherungsrecht* 565 (against compensation).

28 Cf esp. Sigel *Zivilrechtliche Haftung bei fehlgeschlagener Sterilisation* diss. Tübingen (1978).

29 *BGHZ* 76 249 *et seq.*

30 *BGHZ* 76 259 *et seq.*

31 cf § 1615 (f) *BGB*.

32 § 1610 *BGB*.

33 The basic rights set out in the Constitution provide a system of fundamental values (cf *BVerfGE* 5 85 204 *et seq.* 7 198 205; Stern *Staatsrecht* I (1977) § 3 III 10 b), in the light of which private law also has to be interpreted. On the influence of the basic rights on private law see Hesse *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (1982) 139 *et seq.*, Dürig "Grundrechte und Zivilrechtsprechung" in *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung – Festschrift für Hans Nawiasky* (1956) 157.

34 On the historical, ideological and metaphysical background of human dignity as constitutional guarantee, cf Starck "Menschenwürde als Verfassungsgarantie" in (ed. Valliuri and Dilcher) (1981) 805 *Christentum, Säkularisation und modernes Recht*.

has given rise to and is burdening the parents with a liability to provide maintenance. It is this liability that constitutes the damage to the parents. I do not find it convincing to isolate, in this artificial way, the duty of maintenance from the aggregate of consequences to which the birth of a child gives rise. Does it not have to be taken into account that a child is (or at least can be) a source of joy and pleasure? Apart from such immaterial advantages, the parents also gain pecuniary rights: children in their later life may find themselves in the position of now having to maintain their parents. According to the opinion of the supreme court, the parents cannot claim damages if they subsequently accept their child and regard it, in modification of their original family planning, as welcome and desired. In order to obtain damages, the parents would therefore not only have to prove that the child was not wanted, but also that it remains unwanted. It is submitted that this would be in contradiction to the aforementioned basic values, which can be derived from article 1 of the constitution and which have to be respected in the shaping of the private law. In my view parents have a natural duty to accept their children and to devote to them their full love and care.³⁵ If one keeps this in mind as the basic value consideration, it does not seem to be acceptable that the law should by awarding damages to parents who still regard their child as unwanted, treat them more favourably and place them financially in a better position than those parents who have fully accepted their child. Besides that, it should also be taken into account that the conception of the child, after all, is not due to the act of the pharmacist or the doctor, but to the marital intercourse of its parents, and to certain biological consequences arising from that. I should think that this is a very personal and existential act for which the parents must accept responsibility. They cannot simply shift the risks (if one wants to use the term "risk" for such a consequence intimately connected and naturally concomitant with sexual intercourse),³⁶ onto the shoulders of a third party. Furthermore, it may also be asked, how a child would react when it learns later in life that a third party is paying maintenance, that its existence is due to the fault of this third party, that its parents did not want it and still do not want it and that the legal system has somehow construed its birth as a damaging event. However, I am again not so much concerned about whether one accepts these arguments or not. A disturbing feature of this decision is that the supreme court, on the one hand, maintains that the parents can claim damages. On the other hand, however, the court modifies the amount of damages and (where a child of rich parents is concerned) does not award full damages. The amount of damages is standardised – a radical deviation from the accepted general principles of the law of damages. To return to our case about the catch-reward: it appears that the *tertium comparationis* of both these decisions lies in the fact that the supreme court has *usurped* the power of determining the amount of damages according to its discretion. It has thus tried to avoid the strict all-or-nothing approach³⁷ which forms the basis of our law of damages and which is modified only in case of contributory negligence,³⁸ where the fathers of the

35 Cf also Maunz-Dürig-Herzog-Scholz *Grundgesetz* art 6 no 32.

36 To do this would go against, e.g., the concept of the Catholic Church on sexual intercourse between married people. It can only be justified on the basis that the ultimate aim of the spouses is actually to give life to a child.

37 Cf e.g. Bühnemann "Gedanken zum Alles-oder Nichts-Prinzip im deliktischen Haftungsrecht" in *Festgabe für Hans Möller* (1972), 135.

38 § 254 *BGB*.

civil code have moved away from the *compensatio culpa* of Roman common law.³⁹ The court has therefore tried not to look at and decide between the two alternatives (full compensation or none) but has opened up a third avenue. I would submit that this seemingly agreeable compromise solution has induced the court basically to accept the wrong solution in both cases and to award damages (no matter how much reduced) where the claim should in actual fact have been dismissed. A specific danger inherent in such a compromise approach therefore seems to be that the real issues are obscured and are not properly appreciated. Further criticism can be levelled against the approach adopted by the supreme court: it is not clear how this *ius moderandi* fits into our law of damages. There are no specific arguments which require a reduction in the amount of damages in clearly defined or definable situations. Equitable considerations are responsible for the deviation from the all-or-nothing approach – equitable considerations which are equally applicable in many other situations where damages have arisen. There are, for example, many people who believe it to be too harsh that, according to the code, one is held liable for full compensation in case of *culpa levis*.⁴⁰ Why should the courts not have the power to intervene in these cases as well, and to fix the damages according to the degree of negligence involved? A grave danger of such equitable “patches,” introduced into the legal system in an illegitimate and uncontrolled way, is the swiftness with which they spread and with which they undermine and erode the *ius strictum*.⁴¹ But why should the law be so strict? Why should the judge not generally have the discretion to mitigate harshness and to bring about equity? Here we come to my main objection against these two decisions (to which others could be added).⁴²

In German law the judge is bound by the law, and that means, in the context of private law, the code and such other legislative enactments as there may be. This principle is of such importance that it is mentioned at two different places

-
- 39 Mugdan *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich* vol 2 (1899) 13; Windscheid-Kipp *Lehrbuch des Pandektenrechts* (1906) vol 2 § 258; cf also Aumann *Das mitwirkende Verschulden in der neueren juristischen Dogmengeschichte* dis Hamburg (1964).
- 40 Lange “Empfiehl es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadensersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden?” *Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag in: Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages* vol I (1960) 26; *Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften* (1967) art 1 2.
- 41 Cf the warnings of Hedemann *Die Flucht in die Generalklauseln, Eine Gefahr für Recht und Staat* (1933) 7 12 *et seq* 56 on the eve of the national socialist take-over. Indeed, soon after 1933 the general clauses of the code were conveniently used to infiltrate the legal system with the new values (cf Rüthers *Die unbegrenzte Auslegung, Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* (1973) 210 *et seq*; on the use of “public welfare” clauses see Stolleis *Gemeinwohlklauseln im nationalsozialistischen Recht* (1974)). Hedemann himself, by the way, became a leading exponent of the science of private law during the “Third Reich.”
- 42 Cf in particular the tendency of the courts in some cases to uphold contracts *contra bonos mores* in a modified form, even though they should be declared void according to § 138 BGB: cf OLG Hamburg 1968 ZMR 198; LG Hamburg 1971 NJW 1411 in regard to usurious contracts of lease and BGH 1972 WM 1224; BGH 1975 WM 850 in regard to contracts which are objectionable because one party is bound for more than 20 years. These decisions are discussed in detail in Zimmermann *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?* (1979).

in the federal constitution.⁴³ Its importance is derived from the fact that this subjection of the judge to the law is inextricably linked with, and has to be regarded as a necessary prerequisite for one of the corner-stones of the concept of a state governed by the rule of law, namely judicial independence. Article 97 I of the German constitution makes it quite clear: judges shall be independent and subject only to the law. Judicial independence can be justified only on the basis and against the background of this subjection to the law. Unlike parliament, the judiciary does not have any legitimacy (that is, democratic legitimacy)⁴⁴ to impose its values and its policies on the people. Judges are neither democratically elected, nor are they in any way politically responsible for their decisions.⁴⁵

For several reasons judicial independence,⁴⁶ recognised and entrenched as a bulwark for the protection of civil liberties which were successfully established by the middle of the eighteenth century against the concept of the absolutistic welfare state,⁴⁷ has become problematical in recent years. Sociological research has looked into the social background, education and prevailing political tendencies amongst the judges.⁴⁸ Attempts have been made to politicise the judiciary.⁴⁹ But the main argument has always been that judicial independence can no longer be justified because judicial subjection to the law has been revealed as a pleasant illusion of bygone times. The judicial positivism⁵⁰ which prevailed at the beginning of this century has not only been rendered obsolete by new methodological insights into the process of the application of law,⁵¹ but has historically also been blamed for the perversion of law and justice during the period after 1933,⁵² and has therefore been branded as undesirable and dangerous.

This last-mentioned criticism has, since the Second World War, led to a sharp reaction and has induced courts and legal writers to rely heavily on natural justice.⁵³ Certainly, once Savigny's so-called historical school had degenerated into pandectism, every idea that law, and its formation and application has to

43 a 97 I 20 III. The exact meaning of a 20 III (it uses the words "bound by law and justice") has been the subject of much controversy. See Zimmermann *op cit* 98 *et seq* for further references.

44 Cf a 95 II *Grundgesetz* and the *Richterwahlgesetz*.

45 This and other arguments are discussed by Zöllner "Recht und Politik, Zur politischen Dimension der Rechtsanwendung" in *Tradition Und Fortschritt im Recht-Festschrift, gewidmet der Tübinger Juristenfakultät zu ihrem 500 jährigen Bestehen* (1977) 131 Ipsen *Richterrecht und Verfassung* (1975) 196 *et seq*.

46 About the different aspects of judicial independence cf esp the brilliant survey by Simon *Die Unabhängigkeit des Richters* (1975).

47 Cf Eichenberger *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem* (1960) esp 74 *et seq*.

48 Cf Kaupen *Die Hüter von Recht und Ordnung* (1969); Lautmann *Justiz die stille Gewalt* (1972); Rottleuthner *Richterliches Handeln* (1973).

49 Wiethölter e.g. "Privatrecht als Gesellschaftstheorie" in *Funktionswandel der Privatrechtssituationen-Festschrift für Ludwig Raiser Zum 700. Geburtstag* (1974) 645, for further references.

50 Rüthers 91 *et seq*. For its methodology cf the essays collected in (ed Krawietz); cf also Fikentscher *Methoden des Rechts* III (1976) 79 *et seq* *theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, (1976).

51 Esser *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (1964) is particularly important and influential.

52 Weinkauff *Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus* I (1968) 30 *et seq*.

53 Cf Weinkauff (first president of the federal supreme court after the war) "Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs" 1960 *NJW* 1689; cf also the essay collected in (ed Maihofer) *Naturrecht oder Rechtspositivismus* (1966).

be independent on certain fundamental values, vanished as well. Legal thinking seemed to have become a question of logical operations only:⁵⁴ but the question remains whether a more politicised judicial approach would have prevented the disaster. It always depends on the simple question whether the judges would have had the "right" political awareness, as was not the case in 1933. Most of them had received their legal training during the time of the Kaiser; they came from a social environment which did not normally nurture rebellious characters. One only has to look at the conditions of recruitment for judges to appreciate that the bench in fact was open only to candidates from very wealthy families:⁵⁵ a legal training of three or four years was followed by a post-graduate judicial service training of about the same length (to which, in Prussia, one was admitted only after having deposited a sum of 7 500 M – approximately the sum necessary to maintain an above-average standard of living for five years). After this practical legal training it normally took another five years until one was appointed as a judge; until then one had to render gratuitous services in the capacity of an assistant.⁵⁶ Inevitably many of these judges, at that time, had very conservative attitudes and convictions; in fact, they were not at all enthusiastic about the Weimar republic, and merely tolerated the democratic system without supporting it.⁵⁷ The same applied, by the way, to a large extent, to the bureaucracy⁵⁸ and to the army. Besides, to a certain extent they had already paved the way for the new régime in a much more subtle way. One does not only have to look at the famous political cases and criminal trials during the time of the Weimar republic⁵⁹ to become aware of the changes that had taken place. Even in the area of private law, relatively undisturbed by the political turbulence of that time, the impact of judicial influence in retrospective analysis is not inconsiderable.⁶⁰ However, the alarming and disquieting aspects of these changes even in private law were hardly realised at that time because they took place in pseudo-legalistic forms. When in actual fact a decision had forsaken its legal basis, it was covered up by artificial constructions and arguments; the positivist methodology came to prevent judicial policy considerations from being recognised as such; the old methodological framework still seemed to function, but underneath this artificial surface many of the material restrictions on judicial policy-making had become relaxed to a large extent.

The German lawyer traditionally looked upon the code as containing an answer to all the questions that could arise.⁶¹ He was therefore always tempted to read

54 Satirical criticism of these "methods" by *Jhering Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (1904) 6 *et seq.*

55 Cf Simon 41 *et seq* and for further references 58 *et seq.*

56 It should perhaps be mentioned that the position of a judge in Germany generally is much less prestigious than, e.g., in England or in South Africa; it is not the culmination of a lawyer's career, but a legal profession which can be chosen by anybody who has passed the state examinations, provided there is a vacancy. The structural difference is revealed by taking into consideration that there are today about 16 000 judges (all enjoying judicial independence) in the various courts in Germany; for details see (ed Deutscher Richterbund) (1982) *Handbuch der Justiz*

57 Kübler 1963 *Archiv für die civilistische Praxis* 104.

58 Cf Hattenhauer *Geschichte des Beamtentums* (1980) 295 *et seq.*

59 Cf Bracher *Die Auflösung der Weimarer Republik* (1971) 172 *et seq.*

60 This is the subject of the abovementioned book by Rütters (*supra* n 41).

61 Cf e.g. Esser "Methodik des Privatrechts" in *Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden* 1972.

into the code what he wanted to get out of it rather than to confess that the code was silent on a particular point. Probably the most dangerous aspect of the prevailing legal attitude at the beginning of this century was that it allowed policy considerations which did not have to be revealed and therefore were neither noticed nor controlled, to creep into the decisions of the courts. In other respects the case against positivism in Hitler's totalitarian régime often tends to be overstated, because it is not sufficiently kept in mind that a positivist attitude works both ways: it does not question the validity of unjust laws, but it is also not inclined to change openly the established legal system from new, over-riding ideological points of view. It is well-known that Hitler used to look with contempt on the lawyers' obedience to the letter of the law;⁶² in his view, their formalistic attitude stood in the way of the utilisation of the law as an instrument of national socialism. Research into continuity and discontinuity in recent German legal history, particularly where the role of the judiciary is concerned, is unfortunately still only in its initial stages. All that one can say at this moment is that the positivist tradition certainly brought with it specific dangers, even though it would, in the German context, be an idealistic exaggeration to think that a totalitarian system could have been prevented or gravely endangered by specific judicial attitudes. The disquieting fact is that in many other respects the arguments of those academics who question the legitimacy of judicial independence are also not entirely without merit. Most of the central parts of the civil code have remained unchanged for some eighty years.⁶³ Nevertheless the actual law, as it is applied, has changed dramatically. If a lawyer were asked to give a legal opinion, he would be ill-advised to consult only the code. Most of the changes are due to judicial intervention, to judicial law-making. The civil code contains some general clauses; they have been taken as a convenient starting-point and as a positivist legitimation of the dismantling and remodelling of entire areas of private law. Today the largest commentary on the *BGB* devotes a volume of more than 1500 pages to the explanation of one of these sections.⁶⁴ In 1933, at the end of the Weimar republic, one spoke of a judicial flight into the general clauses⁶⁵ and as early as 1911 the code was strikingly compared to a "sickly caterpillar, pining away under the burden of a yellow parasitic chrysalis (i.e. §242)."⁶⁶ In other areas the legislature has laid down broad general rules only: the law of delict or of unjustified enrichment, for example, today consists basically of case law. In other cases the judiciary has to remedy the systematic lapses of the legislature.⁶⁷ It has also happened that the legislature of the late nineteenth century, following too rigidly the then prevailing doctrinaire approach, overlooked specific problems. The most famous example is the story of the action for positive defective malperformance.⁶⁸ The civil code acknowledges

62 Cf Picker *Hitlers Tischgespräche im Führerhauptquartier* (1951) 213 and *passim*.

63 Cf the survey by Laufs "Beständigkeit und Wandel - Achtzig Jahre deutsches Bürgerliches Gesetzbuch" 1980 *Juristische Schulung* 853; Wieacker *op cit* 514 *et seq*.

64 Weber in *Staudinger-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (1961) II 1 b § 242.

65 Cf the title of Hedemann's book (*supra* n 41).

66 Henle *Treu und Glauben im Rechtsverkehr* (1912) 8.

67 Cf the example discussed in Peters-Zimmermann *Verjährungsfristen Der Einfluss von Fristen auf Schuldverhältnisse; Möglichkeiten der Vereinheitlichung von Verjährungsfristen* (1981) 196 (in regard to the different time periods for extinctive and acquisitive prescription).

68 Staub "Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen" in *Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag* (1902) 29; Medicus *Bürgerliches Recht* (1981) 149 *et seq*.

only two types of breach of contract, namely prevention of performance and delay in performance. Soon after 1900, cases which did not fall within either of these categories cropped up: for example, somebody had sold poisonous horse fodder, as a consequence of which the horses of the purchaser died.⁶⁹ If the judiciary had not intervened and given the purchaser a remedy *praeter legem*, as it were, he would not have been able to recover his loss in a simple and straightforward case like this.⁷⁰ But once the judges started to create law *praeter legem* it did not take long before, in some cases, they even started to decide against the law. If, as happened in a very popular newspaper, a female television announcer is said to look like a goat that has been milked for too long,⁷¹ one will not only look in vain for a section of the code allowing her to recover non-material damages: indeed, one will find a section expressly prohibiting it.⁷² The fathers of the civil code still had the old-style gentleman in mind, who would have regarded it as disgraceful to take money from the injuring party; he who sells his honour has no honour to lose. The supreme court, however, has overruled this express provision and awarded non-material damages;⁷³ its decisions have even been confirmed by the constitutional supreme court.⁷⁴

I do not propose to touch on the very intricate question of the circumstances in which the courts in Germany are allowed to create judge-made laws.⁷⁵ The methods of interpretation, of filling loopholes in the law, and of creating law *extra legem* certainly overlap, and it is extremely difficult (if at all possible) to define clearly and to distinguish these types of judicial activity. Wherever one might like to draw the line, one will certainly find that the courts have from time to time stepped across it. The Continental methodological approach has traditionally had great difficulty in recognising and accommodating judge-made law. In any event, in many cases, the judge is today no longer subject to the law; he has emancipated himself from the letter of the law. It is not only the radical academics who have already stated that the traditional methodology has collapsed.⁷⁶ If that is true, the question of the judges' legitimacy immediately arises anew, and this implies that the basis for their traditional independence may have fallen away. I do not pretend to possess an easy solution to this problem. If one thinks, however, as I do, that judicial independence is one of the corner-stones of a free society governed by the rule of law, one should, in my view, bear the following suggestions in mind. Firstly, to cope methodologically with the areas of case law, we have to draw on the experiences of the

69 RGZ 66 289 *et seq.*

70 This is the traditional and still prevailing view; see, however, Emmerich in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* II. (1979) vol § 275 n 184 *et seq* who maintains that there was no gap in the code; according to the view of the legislators cases such as this would have been covered by an extensive interpretation of the concept of impossibility.

71 BGHZ 39 124 *et seq.*

72 Cf § 253 BGB.

73 See the detailed discussion and references provided by Schwerdtner *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* I (1978) § 12 152 *et seq* 250 *et seq*; Weitnauer in Erman *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. (7 ed) I *Anhang zu* § 12.

74 BVerfGE 34 269 *et seq.*

75 On this see Fikentscher *Methoden des Rechts* IV (1977) 269 *et seq.* 313 *et seq* Ipsen *op cit*; Starck "Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung" in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 34 43 *et seq*, Wank *Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung* (1978); Zimmermann *op cit* 97 *et seq* 177 *et seq.*

76 Simon *op cit* 79.

Anglo-American legal systems, where ways and means of binding the judge other than by a code and legal enactments are used. Secondly, living in a post-classical time – if I may speak in terms of cultural history – where generally accepted standards and value horizons have broken down and are not accepted any longer, a thorough legal education becomes more and more important. This is especially imperative in countries like Germany, where the professional socialisation of judges does not play the same role as in England and in South Africa.⁷⁷ I think that Professor Malherbe, who has always laid great emphasis on legal training, would have agreed that Roman law serves a specifically useful function in this regard.⁷⁸ It gives the lawyer a basis for the perception of his own legal system and thus provides him with the opportunity to examine critically and to develop its rules; it introduces him to the basic concepts common to all Continental legal systems and thus serves the function of a *lingua franca* in the legal world; it acquaints the lawyer with the basic tools of his profession, and – last but not least – the *discussion* of Roman legal texts, containing decisions of lawyers of an extraordinary standard, schools the specific legal intelligence and instinct that is necessary to maintain, when deciding new problems, consistency with the law and with its underlying principle. Thirdly, criticism has to be levelled against the legislature, because in many controversial areas of the law it has failed to do its duty.⁷⁹ Lobbyism has often been an unfortunate feature of legislative drafting: probably the most curious example of this is that the code could only come into operation in 1900, after the lobby of the bee-masters in the Reichstag had been satisfied by the insertion of four paragraphs into the code regulating the law of the flight of bees.⁸⁰ In more recent times the legislature has failed – probably because of pressure from the mass media and industrialist interest groups – to lay down rules for the delictual protection of personality rights and to reform the existing rules of vicarious liability.⁸¹ Thus, either because it is unable to regulate pressing new problems at all, or because it produces inadequate, inconsistent, incomplete badly drafted results – the best example is the new law about travelling contracts inserted into the code in 1979 as §§ 651a–k⁸² – the legislature abandons the battlefield, thus implicitly inviting, nay, *forcing* the judiciary, contrary to the spirit of the doctrine of separation of powers, to step in and settle these policy issues in a quasi-legislative fashion. It is, therefore quite understandable that the judiciary may from time to time be tempted to move further than is necessary in the direction of social engineering.

This brings us to my last point, which takes us back to the two cases discussed at the beginning of this lecture. Where specific principles have been established in the code, where these principles are inconsistent neither with fundamental notions of justice nor with basic concepts of the code itself, and where these

77 By professional socialisation I mean achieving a high standard of a sense of justice through long practice and experience.

78 On the role of Roman law at German universities see, however, Seiler 1978 *TSAR* 60.

79 Cf Diederichsen *Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht* (1974).

80 § 961 *et seq* *BGB*.

81 Cf Von Bar "Deliktsrecht – Empfiehlt es sich, die Voraussetzungen der Haftung für laubte Handlungen mit Rücksicht auf die gewandelte Rechtswirklichkeit und die entwicklungen in Rechtsprechung und Lehre neu zu ordnen?" in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts II* (1981) 1752 *et seq*.

82 On this see Seiler in Erman *op cit* vor § 651 a n 1 *et seq*.

principles cannot be regarded as an idiosyncrasy based on wrong assumptions which neglect historical experiences and interfere with the continuity of legal development without good reason – where a judge simply sets aside such principles, he is in my view clearly going too far and is trying to shake off the yoke of the law. He is therefore adding fuel to the fire of those who maintain that subjection to the law, as mentioned in the second half of article 97 I of the constitution, is simply a pale illusion. But as this portion of article 97 I deviates from reality, greater doubt is cast on what the first part of this article formulates descriptively (the judges are independent), and means prescriptively (the judges shall be independent).

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 DJ Joubert
Sameroeper Publikasiefondskomitee
Vereniging Hugo de Groot
Posbus 1263
PRETORIA
0001

1 + 1 + 1 + 1 + 1 = 6: A jurisdictional conundrum

A Beck

B Bus Sc (Hons) LLB

Professor of Law, University of Bophuthatswana

OPSOMMING

'n Jurisdiksionele Raaisel

Volgens die tradisionele benadering het 'n hof jurisdiksie in 'n aksie slegs waar een van die erkende *rationes jurisdictionis* teenwoordig is; dit wil sê, as die verweerder in die hof se gebied woonagtig of gedomisileer is, as die goed waaroor die aksie gaan hulle binne die hof se gebied bevind of as die hele skuldoorsaak binne die hof se gebied ontstaan het.

Die uitspraak van die appèlhof in *Estate Agents Board v Lek* 1979 3 SA 1048 (A) dui op 'n onlangse neiging van hierdie hof om 'n wye uitleg te gee aan die jurisdiksie van die hooggeregshof, veral waar daar vrae van gerief betrokke is. Dit het so ver gegaan dat die houding in verskeie latere uitsprake ingeneem is dat gerief, en veral die gerief van die eiser, ten minste 'n faktor is wat in ag geneem kan word om die jurisdiksie van die hof te bepaal.

Hoewel hierdie stelling wel volgens die *Lek*-beslissing 'n moontlike interpretasie is, is dit die skrywer se betoog dat dit in *Lek* onnodig was om die jurisdiksie van die hooggeregshof op so 'n manier uit te brei en ook dat daar in daardie geval heel uitsonderlike feite aanwesig was. Daar is sekere gevalle waar gerief 'n jurisdiksionele faktor is, maar dit kan nie as 'n algemene beginsel gestel word dat 'n hof jurisdiksie in 'n aksie sal hê net omdat dit gerieflik vir een van die partye is nie.

In *Estate Agents Board v Lek*¹ the appellate division of the supreme court of South Africa unanimously dismissed an appeal from the Cape provincial division, thereby holding that that court had in fact had jurisdiction to hear the matter.

The facts, very briefly, were as follows: *Lek* had applied to the Estate Agents Board for a fidelity fund certificate, which he needed in order to practise as an estate agent. The board refused the application and *Lek* appealed to the supreme court, which he was entitled to do.² The Cape provincial division set aside the decision of the board and remitted it for further consideration.³ The board appealed to the appellate division and, at this stage, the only question at issue was the jurisdiction of the court.

In summing up, Trollip JA, delivering the judgment of the court, said that because

1 1979 3 SA 1048 (A).

2 in terms of s 31 of the Estate Agents Act 112 of 1976.

3 The decision is reported in 1978 3 SA 160 (C).

- "a the respondent [Lek] resided in Cape Town, i e within the area of jurisdiction of the court *a quo*;
- b the decision of the board, taken in Johannesburg, adversely affected his legal capacity or right to practise in Cape Town as an estate agent;
- c in the appeal proceedings brought by respondent under s 31(b) of the Act in the court *a quo* to correct that decision, he did not claim, nor was it necessary for him to claim, any mandatory order on the board;
- d every consideration of convenience and common sense indicated that the court *a quo* was an appropriate court to grant the declaratory or empowering relief that respondent claimed; and
- e any process, judgment or order of the court *a quo* would run throughout the Republic and, if necessary, could be served and have legal effect on the board in Johannesburg under s 26(1) of the SC [Supreme Court] Act of 1959, the present cause i e respondent's appeal proceedings under s 31(b) of the Act, can be said to have duly arisen or originated within the area of the court *a quo*, which therefore had jurisdiction under s 19(1)(a) of the SC Act of 1959 to hear and determine it."⁴

Now, although the basis of jurisdiction is often said to be effectiveness,⁵ it is submitted that this is not strictly accurate. One cannot say that because an effective judgment can be given, the court has jurisdiction;⁶ the position should rather be stated in the negative to the effect that if an effective judgment cannot be given then the court has no jurisdiction. The principle of effectiveness therefore constitutes a limitation on the jurisdiction of the court.⁷ The real basis of jurisdiction would then appear to be that there must be some link between the parties and the court. This may be deduced from the fact that if there is no such link, the court will not exercise jurisdiction in that matter or over those persons.⁸

It is, however, insufficient to state simply that there must be *some* link between the parties and the courts; the courts have, over the years, developed a system which permits certain factors in certain specified cases only. For example, at common law the court in whose area the parties are domiciled will have jurisdiction to grant a divorce; residence of one or both of them is insufficient.⁹ The court in whose area immovable property is situated will have jurisdiction to determine title to the property; domicile of either of the disputing parties is irrelevant.¹⁰ In order to determine which jurisdictional connecting factor is appropriate, one first has to establish what type of action is involved and what relief is being sought.¹¹

4 1069D-G.

5 following the approach put forward by Pollak in *The South African Law of Jurisdiction*. See *Sonia (Pty) Ltd v Wheeler* 1958 1 SA 555 (A) 563C; *Eilon v Eilon* 1965 1 SA 703 (A) 725 and see the qualified statement in *Lek's case* 1063G-H.

6 See Graveson, *Conflict of Laws* (7ed) 97; Anton, *Private International Law* (1967) 94.

7 This is basically the view propounded by Anton, *op cit*.

8 See, for example, *Maritime & Industrial Services Ltd v Marcierta Compania Naviera SA* 1969 3 SA 28 (D): the court declined to exercise jurisdiction where the parties were *peregrini*, the contract was entered into and performable outside South Africa and the attachment of a ship was sought in order to found jurisdiction. See also *Towers v Paisley* 1963 1 SA 92 (E).

9 *Le Mesurier v Le Mesurier* 1885 AC 517. The position has, of course, been altered by a number of statutes, currently the Divorce Act 70 of 1979 s 2.

10 *Rosa's Heirs v Inhambane Sugar Estates Ltd* 1905 TH 11.

11 While it is submitted, following the approach of Pollak *op cit* that the nature of the relief claimed should be the determining factor, the appellate division has opted for an equivocal approach: see *Lek's case* 1063F-1064A.

In the present case, although the matter was brought in the form of an application,¹² it was in the nature of a review of the decision of the board. The possible relief which could be claimed was summarised by the court as

- 1 setting aside the decision of the board;
- 2 ordering the issue of the certificate;
- 3 referring the matter back to the board; or
- 4 any other order, including costs, which the court deems fit.¹³

The court stressed that no mandatory order compelling the board to do anything or abstain from doing anything was involved;¹⁴ if an order were made under point 2 above, the board would simply give effect to the court's judgment by issuing the certificate just as if the application had been granted.¹⁵ Trollip JA went on to state:

"It is only in the unlikely event of the board refusing or failing to give effect to the court's judgment or order that it may become necessary for an appellant to procure a *mandamus* against the board compelling it to comply with its statutory duties. Different problems of jurisdiction may then arise in regard to such proceedings."¹⁶

It was also held that any order as to costs against the board would not be mandatory.¹⁷

To analyse whether or not the relief claimed would be mandatory appears to be a novel thing in South African law; it is certainly not the traditional approach and its relevance will be considered below. The question arises, however, whether in fact the relief claimed was mandatory. If a person is ordered to issue a certificate, or to reconsider a matter or to pay the costs of an action, it is submitted that it is very difficult to see how this cannot be a mandatory order. To argue, as was done by the court, that it would be unlikely that the board would not comply, seems to defeat the object of going to court. If the possibility exists that a further application to court for a *mandamus* would be necessary,¹⁸ then the original judgment could hardly be said to be effective. Moreover, the court acknowledged that different jurisdictional considerations could apply in such an action. It is therefore clear that the initial approach to court would have been largely a waste of time.¹⁹ It is submitted that one cannot regard such orders, and particularly an order as to costs, as being anything other than mandatory; the approach taken by the court is accordingly deprived of some of its weight.

The court indicated the relevance of the "mandatory" enquiry by stating that:

"As the relief claimable and grantable by a court in appeal under s 31(b) is not mandatory, the Transvaal courts cannot be said, on the principle of effectiveness, to have exclusive jurisdiction in such proceedings. The judgment or order of any other court having jurisdiction will be equally effective as one of theirs. For, apart from the order of costs, the judgment or order granting substantive relief is not executable in the ordinary sense; it is more of a declaratory or empowering nature, to which the board, being bound by the provisions of the Act, will give effect, since, according to s 26(1) of the SC Act of 1959,

12 See 1058C and 1065C-D.

13 1065F-G.

14 1065H.

15 *ibid.*

16 1066B-C.

17 1066F.

18 This seems to be the only inference which can be drawn from the quotation *supra*.

19 It is also interesting to speculate how the court could grant a *mandamus* on the second occasion when the relief claimed was specifically described as non-mandatory.

it runs throughout the Republic and, if necessary, can be effectively served on the board at its residence in Johannesburg. The order for costs can similarly be enforced against the board, if necessary.”²⁰

Whether the relief is mandatory or not does not by itself indicate which court has jurisdiction; nor does it establish conclusively that one court does not have exclusive jurisdiction. It does appear to be true to say, however, that, where a declaratory order is involved, any court *having jurisdiction* would be able to grant an effective judgment. It must be stressed that the court must have jurisdiction on one of the recognised grounds – any court may not simply say that because the relief sought is declaratory, it can give an effective judgment and therefore has jurisdiction.²¹

The jurisdictional problem has not been resolved by showing that the court’s order could be enforced throughout the Republic; the judge held earlier in the judgment that

“the inference is irresistible that the Legislature did not, by enacting ss 25, 26 and 28(1), intend to endow a Division with jurisdiction in any proceedings merely because its process commencing the proceedings or its judgment or order therein could be served and executed, as hitherto, on a South African *incola* outside its area of jurisdiction.”²²

This is of particular importance as far as costs are concerned. Although the court summarily stated that such an order could be enforced against the board this is an order sounding in money and would normally be enforceable in the court of the board’s residence. It has been held by the appellate division that such an order may be “tacked on” where the court has jurisdiction to determine the main claim,²³ and this brings the enquiry back to the the all-important question, so succinctly phrased by the court:

“Did the Court *a quo* have jurisdiction?”²⁴

To determine this, the links between the parties and the court – the Cape provincial division – must be examined. These were listed by the court²⁵ and it is immediately apparent that none of the conventional links was present.

a *Residence of the applicant*

The place of residence of the applicant is largely irrelevant, for the approach which has come down from Roman law is *actor sequitur forum rei*, and the tendency has been to protect defendants from being summoned to foreign fora at the whim of a plaintiff.²⁶ Had the matter been simply an *ex parte* one, this factor may have carried some weight although if the true nature of the case is that it concerned Lek’s status, then his domicile should have been considered.²⁷

b *Effect on capacity*

The court held that the effect of the decision of the Estate Agents Board was to disqualify *Lek* from “continuing to carry on his business as an estate agent,

20 1066G-H.

21 The statement to this effect in Bophuthatswana should therefore not be followed. See my note “The Convenience of Jurisdiction” 1983 *SALJ* 43.

22 1062E-F. Thus was resolved a dispute which had previously existed concerning the effect of the sections. For a discussion of this see Forsyth and Bennett *Private International Law*.

23 *Sonia (Pty) Ltd v Wheeler supra*.

24 1066H.

25 See the quotation *supra*.

26 See Forsyth and Bennett 131.

27 *ibid* 194 *et seq*.

thereby diminishing *pro tanto* his legal capacity or personality, and effecting, as it were, a kind of *capitis diminutio*.”²⁸ It was therefore, according to the judge, natural for him to turn to the court immediately at hand in order to restore his lost status.

Now it must be noted that the decision of the board has no effect on the status of Mr Lek. All the board was doing was deciding, according to the evidence before it, whether Lek was a suitable person to possess the desired certificate. The factor affecting his status, if any, was his own previous criminal conduct.²⁹ To argue that the decision of a board such as this changes the status of a person means that administrative tribunals would be constantly involved in such matters. Even the refusal of a liquor licence could be construed as an alteration in status. Furthermore, if the status of a person is affected, the court of the area of his domicile should have *exclusive* jurisdiction.³⁰

c *Mandatory relief*

This question has already been discussed above. Suffice it to say here that even where a declaratory order is concerned, the courts have required some recognised *ratio jurisdictionis*.³¹

d *Effectiveness under section 26*

The court itself held, as mentioned above, that section 26 did not increase the jurisdiction of any provincial division. As an individual item, therefore, this does not bring the court any nearer to having jurisdiction.

e *Convenience*

Subject to what is said below, it must be acknowledged that on no occasion has it been laid down that convenience, and convenience to the applicant at that, should be regarded as a jurisdictional connecting factor, although it has been relied on in conjunction with other factors.³²

On the basis of these five points, the appellate division concluded that the provincial division had had jurisdiction to hear the matter. With respect, it would seem that this is either an application of the *gestalt* principle, or else the court has enunciated a hitherto unrecognised ground of jurisdiction.

The court maintained that as a result of these factors, the cause could be said to have arisen within the area of jurisdiction of the court *a quo* which therefore had jurisdiction.³³ This does not, however, really explain the basis on which jurisdiction was ascribed to the court.

28 1067C.

29 See 1058A.

30 and it is clear that the court considered that the Transvaal courts would have had jurisdiction – 1066G – so the approach is, with respect, hardly consistent.

31 *Towers v Paisley, supra*.

32 One of the strongest examples being *Sonia v Wheeler supra; Appleby (Pty) Ltd v Dundas Ltd* 1948 2 SA 905 (E), which was cited by the court in support of its approach, appears to be limited to the situation of foreign corporations carrying on business locally.

33 This would appear to be a straightforward application of s 19(1) of the Supreme Court Act, but the section has been interpreted as merely re-enacting the common law; *Steytler v Fitzgerald* 1911 AD 295. The meaning of having jurisdiction to try all “causes arising” within its area has been determined as having “jurisdiction to try all matters for which by the common law of the country the highest court of first instance would, in that area, be the proper forum” (*Steytler’s case* 315).

In order to explain this, Taitz argues that a new approach of *forum conveniens* had been developed³⁴ and there ensued a debate between him and Spiro on the nature of this doctrine.³⁵ Taitz considers that even without taking into account the question of convenience, the court *a quo* had jurisdiction on the other four bases set out above. It has been argued above, however, that the court did not have jurisdiction even if convenience is considered. It is submitted that the court may be argued to have jurisdiction only if it can be shown that, in a suitable case, convenience is to be regarded as a jurisdictional connecting factor.³⁶

Taitz seems to suggest that the judgment will become the basis of a doctrine of *forum conveniens*³⁷ but he is at pains to point out that this doctrine involves a choice between two *fora*, both of which have jurisdiction.³⁸ It is my submission that this is not the real import of *Lek's* case and in any event, it appears to say little more than that the plaintiff is *dominus litis*; it would only have been significant if *Lek* had been able to raise an objection to being sued in the Transvaal, had the action been brought there and this, it is submitted, would not have been the case. The true effect of the decision is, in fact, more far-reaching and is the culmination of a trend which has been developing in the appellate division decisions on the subject.

While it is proposed that fairly general principles were consulted and laid down by the court in *Lek's* case, it must be constantly borne in mind that this was in fact in the nature of a review and therefore not strictly concerned with original jurisdiction. Because of the wording of the Act, however, the court in effect treated the question of jurisdiction as original jurisdiction and this approach will be assumed for the purposes of analysing the trend in the cases.

In *Sonia (Pty) Ltd v Wheeler*³⁹ the appellate division confirmed that the Eastern Districts local division had been correct in entertaining a claim for the rescission of a sale of immovable property situated within its area of jurisdiction despite the fact that the defendant carried on business in the Transvaal and the contract had been concluded at Kroonstad in the Orange Free State. Following Pollak's approach, the court held that it was in the best position to deal with the property involved in the action and to order its retransfer.⁴⁰ The court relied on the decision in *Palm v Simpson*⁴¹ as well as common sense in order to reach its conclusion. It was also remarked that prior to Act 27 of 1912 the plaintiff could have attached property to found jurisdiction and this requirement fell away with the passing of the Act, provided that some jurisdictional connecting factor still

34 Taitz "Jurisdiction and Forum Conveniens - A New Approach" 1980 *THRHR* 187.

35 Spiro "Forum non Conveniens" 1980 *CILSA* 333. Taitz "Jurisdiction and Forum Conveniens - A Reply" 1981 *THRHR* 372 (Taitz (2)). It seems that the debate centres around the meaning of the term *forum (non) conveniens* and that the two protagonists are essentially at cross-purposes. The difficulty could probably be solved by discussing convenience as a jurisdictional connecting factor and avoiding reference to the term *forum conveniens*.

36 Taitz (2) maintains that it was unnecessary for the court to consider convenience (377-378). It is submitted, on the contrary, that it was vital to the decision.

37 195.

38 194.

39 1958 1 SA 555 (A).

40 562A-D.

41 (1848) 3 M 565.

existed.⁴² A problem arose, however, in connection with the part of the claim which concerned the return of the purchase price and costs. This was, of course, a claim sounding in money and there was no connecting factor linking it to the Eastern Districts local division. It was in this connection that the court made its oft-quoted pronouncement:

"If the Eastern Districts Court has jurisdiction to decree cancellation of the contract of sale, every consideration of convenience and common sense would suggest that it may exercise jurisdiction in respect of any consequential claims, such as a claim for return of the purchase price and costs. It would be monstrous if the plaintiff were entitled to sue in the Eastern Districts Court for cancellation of the sale, but the law obliges him to sue in some other Province where the defendant is domiciled for any consequential money claims, especially where the Eastern Districts Court is quite able to give an effective judgment which it can enforce in respect of the money claims."⁴³

One thing becomes immediately apparent: a court will have jurisdiction to grant an order of costs or a related order if it has jurisdiction to pronounce on the subject-matter of the suit. It is not necessary to establish a separate ground of jurisdiction. It would also seem that where two claims are inextricably interwoven, the court may exercise jurisdiction as a matter of convenience. However, it cannot on the basis of this decision be maintained that a plaintiff may sue in a particular court merely because it is convenient for him to do so. It is therefore respectfully submitted that the appellate division in *Lek's* case drew an incorrect conclusion from this when it stated that

"convenience and common sense are, *inter alia*, valid considerations in determining whether a particular Division has jurisdiction to hear and determine the particular cause."⁴⁴

In *Roberts Construction Co Ltd v Willcox Bros (Pty) Ltd*,⁴⁵ the appellate division had to consider whether or not the Orange Free State provincial division had had jurisdiction to hear a case involving a contract for the destruction of a bridge over the Orange river between the Orange Free State and the Cape Province. The contract was concluded in Johannesburg and performance was required partly in the Free State and partly in the Cape. Neither party was domiciled in the Free State and certain misrepresentations which had been relied on were also made in Johannesburg. The only link with the court was, therefore, that part of the contract was to be performed in its area of jurisdiction.

The court found that the court *a quo* had had jurisdiction and revived the *causae continentia* doctrine of Roman-Dutch law in order to explain this. It was, it is respectfully submitted, completely unnecessary to invoke this doctrine

42 563F-H. The court stated that attachment would not be needed because an effective judgment could still be given but it seems that the true basis is that a connecting factor is required. *Brooks v Maquassi Halls Ltd* 1914 CPD 371.

43 564A-B. The basis on which effectiveness is claimed is not clear. If this argument is to be adopted, however, every court in South Africa would be able to entertain an action, regardless of any link with the court. This view was rejected in *Lek's* case 1062F.

44 1067E. The other decision relied on by the court was that of *Appleby (Pty) Ltd v Dundas Ltd* 1948 2 SA 905 (E). It is true that considerations of convenience were mentioned there (911) and in the case of *Wright v Stuttaford & Co* 1929 EDL 10 37. In both instances, however, the court was dealing with a very specific situation, namely the problem which arises when a company carries on business in South Africa but has its head office overseas (a problem which seems largely to have disappeared with industrial expansion). The courts nevertheless held such companies to be resident in South Africa for jurisdictional purposes, chiefly for the sake of commercial convenience. This is very far from the general propositions suggested by the court.

45 1962 4 SA 326 (A).

because there were at least two other *fora* readily available to the plaintiff in the Transvaal. The rationale behind the decision, however, appears to be:

“die onnodige vermenigvuldiging van prosesse en die moontlikheid van strydige uitsprake oor dieselfde saak moet vermy word, en met die meer gerieflike afhandeling van sake moet rekening gehou word.”⁴⁶

The reasoning is quite clear, if misplaced, for on the basis of the reported decision, there is no suggestion why it should have been more convenient to sue in the court *a quo* than anywhere else. The defendant was resident in Johannesburg; the plaintiff's place or residence was not stated, but would not generally be regarded as relevant in so far as the principle is *actor sequitur forum rei*. Although it may, with respect, be difficult to justify the application of the principles cited by the court to the main claim in *Roberts Construction*, they are nevertheless of considerable importance. On this basis, for example, the decision in *Sonia's* case can be very satisfactorily explained; so can the court's approach to the alternative claim in *Roberts Construction*. The court considered that had this claim stood alone, the grounds of jurisdiction would have been doubtful, but because it was an alternative claim linked to the main claim, the two were in fact the same matter and on this basis, the court could entertain either.⁴⁷ There can be no objection to this sort of reasoning, provided, of course, the main claim is not fraudulently frivolous.⁴⁸

It is difficult to draw any firm conclusions from this case because the court specifically refrained from defining the limits of the *causae continentia* doctrine.⁴⁹ Although, as has been pointed out above, it was unnecessary for the court to have regard to questions of convenience, this nevertheless seems to have been the motivating factor behind the decision. This appears as well from the case of *New York Shipping Co Ltd v E M M I Equipment Ltd*⁵⁰ where the court, in dealing with actions against a number of parties to certain promissory notes, several of whom were not amenable to its jurisdiction, asked:

“Why then must there be a multiplicity of actions with, as pointed out in the *Roberts Construction Co* case, the possibility of conflicting judgments, when this court can conveniently dispose of the matter in one judgment to which effect can be given in South-West Africa as well as in the Republic of South Africa?”⁵¹

The great significance of the decision is, however, that for the second time the appellate division adopted a liberal or extensive approach to the question of the jurisdiction of a lower court and upheld such jurisdiction in circumstances where it may have been tempted to clamp down and insist on compliance with the accepted principles of the law. The stage was therefore set for the fundamental statement in *Estate Agents Board v Lek*. Whether the matter is treated as one of review, as it was in substance, or a substantive application, as it was in form,

46 336F. (The unnecessary duplication of processes and the possibility of conflicting judgments in the same matter must be avoided and more convenient ways of dealing with cases must be taken into account.)

47 337F-H.

48 as, for example, where the plaintiff trumps up a “main claim” to bring the action within the jurisdiction of the court of his own area. Costs could of course compensate for this to a certain extent; but it seems unfair that a defendant should be manipulated in such a manner.

49 336D-E.

50 1968 1 SA 355 (SWA).

51 365A.

it is necessary to establish some link between the matter and the court.⁵² The decision of the board, which amounted in effect to the cause of action, was taken in Johannesburg.⁵³ The board resided in Johannesburg⁵⁴ and no other conventional jurisdictional connecting factors were present. It is therefore clear that the matter could have been brought without difficulty in the Witwatersrand local division or the Transvaal provincial division. Just as in the *Roberts Construction* case, therefore, there was no pressure on the court to find in favour of the jurisdiction of another court. What is amazing is that both the Cape court and the appellate division found that the Cape court did have jurisdiction – and for totally different reasons! At first glance, this would appear to be an extension in the liberal trend set by the appellate division which has been mentioned above.

Most of the arguments used by the court to substantiate its decision have been dealt with above. There remains the all-important topic of convenience, about which the following was said:

“In the circumstances of the present case I think that (to use the words of PRICE AJA in *Sonia's* case) ‘every consideration of convenience and common sense’ indicated that the court *a quo* was the appropriate court to hear and determine the matter. In saying that, I am not unmindful of possible inconvenience to the board in having to intervene and contest appeals under s 31 of the Act in courts outside the Transvaal. But that is not a relevant or weighty adverse consideration. For the board is a body that represents all estate agents in the Republic; they sustain it financially by their levies and annual contributions; the ambit of its functions, powers and decisions extend throughout the country, reaching estate agents wherever they may be; and it is therefore not unreasonable that it should have to put up with any such inconvenience for the benefit of the estate agents it represents. Moreover, if such inconvenience were a serious factor, the Legislature might well have enacted that only the court within whose area the board was located should have jurisdiction, but it did not so enact . . . In this regard it is also of some significance that, when the Legislature did apply its attention specifically to jurisdiction in s 18(2) of the Act concerning actions against the board in respect of the Fidelity Fund, it enacted, not that the *forum rei* should have exclusive jurisdiction, but that a court within whose jurisdiction the cause of action arose should have jurisdiction too, despite any inconvenience thereby caused to the board.”⁵⁵

There are not many legal arguments contained in this extract. The idea of allowing a person to sue where it is convenient to him is foreign to our law and needs some buttressing; the notion that convenience to the parties must be weighed and balanced in a reasonable way is without precedent. It was not necessary for a statutory enactment to repeat the common law of jurisdiction and the reference to fidelity fund actions is, with respect, irrelevant. In such a case there would be a clear link with the court.

Ultimately, it seems that what has emerged out of this decision is that where a declaratory order is required, then it may be sought in a forum which is, on a reasonable balance, convenient to the plaintiff or applicant.⁵⁶ However one views such a proposition, the trend is marked: jurisdiction now exists where no one ever expected it previously. Where are the limits to this extension?

52 See 1063E.

53 The court disapproved the finding of the court *a quo* that the decision was only communicated in Cape Town, thus providing the CPD with jurisdiction (1067A).

54 See 1059B.

55 1067F–1068A.

56 This would not apply to international actions because s 26 would not operate, and this seems to be material.

In *Safcor Forwarding (Jhb) (Pty) Ltd v National Transport Commission*,⁵⁷ in a matter similar to *Lek's* case, involving a refusal by the respondent to grant public permits in respect of certain motor vehicles, *Lek's* case was subjected to criticism by counsel for the applicant, who attempted to distinguish it on a number of grounds, *inter alia* that an order *ad factum praestandum* was required.⁵⁸ No argument made any impression on the judge, Vermooten J, who simply quoted from *Lek's* case without questioning the approach. Regrettably, it is submitted, this judgment was confirmed without comment by the appellate division,⁵⁹ which also expressly approved the decision in *Lek's* case.⁶⁰ It would seem, therefore, that as far as this type of situation is concerned, one's right to do certain things – which decisions of tribunals may affect – has been elevated to a component of status and the jurisdictional rules accordingly altered.

Although it has been suggested in two cases that the *causae continentia* rule is of application only where no other forum exists which would have jurisdiction,⁶¹ and this would appear, with respect, to be an eminently sensible solution, it is quite clear that this cannot be derived from the approach taken by the appellate division in the *Roberts Construction* case; there it is evident that more than one court did have jurisdiction. It seems therefore that this cannot be taken as a limitation to be placed on the general trend of jurisdiction extension.

A more alarming statement is to be found in *Ramphele v Minister of Police*⁶² where Philips AJ held that

“[i]f any one element of the cause of action occurred within the jurisdiction, this court has jurisdiction in respect of the whole dispute.”⁶³

The authority cited for this proposition was *Roberts Construction*, which clearly does not support such pronouncement, even if on its own facts that is what the decision amounted to. If the statement in *Ramphele's* case is to be regarded as an accurate reflection of the law, then the situation has advanced even further than that already sanctioned by the appellate division – even the remotest link with a court would suffice to establish jurisdiction and it is submitted that this stage has not yet been reached. In other words, this *dictum* is, with respect, framed in terms which are unjustifiably wide.

In *Kruger v The Master*,⁶⁴ an application was made in the Witwatersrand local division for a review of the master's decision not to recommend rehabilitation and for rehabilitation itself. Although the master raised no objection to jurisdiction, the court raised the matter *mero motu* because of the decision in *Jooste v Laubscher*⁶⁵ holding that the master was appointed to the provincial division and ought to be cited there. Partly, no doubt, because the master had effectively

57 1980 3 SA 1108 (W).

58 It has, of course, been argued above that this was so in *Lek's* case as well. It was accordingly impossible to distinguish the decision on this basis.

59 *Safcor Forwarding (Pty) Ltd v National Transport Commission* 1982 3 SA 654 (A).

60 677A. Corbett JA, who delivered the judgment of the court was also a member of the court in *Lek*.

61 *NCS Plastics (Pty) Ltd v Erasmus* 1973 1 SA 275 (O) 278B; *Katz v Segal & Others* 1977 2 SA 1038 (C) 1042E.

62 1979 4 SA 902 (W).

63 904E.

64 1982 1 SA 754 (W).

65 1926 TPD 196.

submitted to the court's jurisdiction and partly because the court was the correct one in which to apply for rehabilitation, Slomowitz AJ concluded as follows:

"On every consideration of the convenient disposition of suits, the avoidance of multiplicity of processes and the possibility of conflicting judgments on the same cause of action, I concluded that *Jooste v Laubscher* was distinguishable and decided to hear the matter."⁶⁶

Once again, the authority relied on was *Roberts Construction* and the phrasing of this extract makes that quite clear. Here, of course, the Transvaal provincial division would have had jurisdiction anyway and there is no reason why the application could not have been brought there apart from convenience to the applicant. Admittedly it was a matter involving status, but it was clearly also one where relief was sought involving another person. The order was, however, essentially a declaratory one which would have effect throughout the country by virtue of section 26(1) of the Supreme Court Act. At this point, therefore, it still cannot be said as a general proposition that convenience is a sufficient jurisdictional connecting factor.⁶⁷

In *SAR & H v Chairman, Bophuthatswana Central Road Transportation Board*⁶⁸ application was made for the setting aside of decisions by the Board granting certain certificates to Rent-a-Bakkie Holdings (Pty) Ltd. This company was not joined because it was a *peregrinus* in Bophuthatswana without any assets situated there. The court held that it should have been joined⁶⁹ and that it was subject to its jurisdiction. The reasons for this were based on the principle of continuance of jurisdiction and the fact that a declaratory order was being sought, as in *Lek's* case.⁷⁰ In fact, if the company carried on business in Bophuthatswana and had some office there, which does not appear from the report, it could have been considered resident in terms of *Appleby v Dundas* and *Wright v Stuttaford*. In any event, however, this case does not seem to take the matter much further. What it may indicate, is that convenience may, in such circumstances, be taken into account even across national boundaries.

When the matter, under the same name, came to be decided on the merits,⁷¹ Hiemstra CJ in the course of his judgment made two surprising pronouncements. He stated that:

"I take the view that where no order *ad factum praestandum* is sought, and also no order sounding in money, a third party whose interests are at stake but refuses to consent to jurisdiction has only itself to blame if, with full knowledge of the proceedings, it neglects to intervene. Its failure to do so is no bar to the hearing of the application."⁷²

Exception must be taken to this approach. There is never a duty on a person to consent to the jurisdiction of a court. It is a firm principle that if a person with a direct, substantial and legal interest in a matter is not joined, an objection

66 760B.

67 In another recent case, *Matthews v Matthews* 1983 4 SA 136 (SE) 139E, the view was once again expressed that "convenience and common sense are valid considerations in determining whether a particular court has jurisdiction to hear and determine a particular cause." It is submitted, in the light of the arguments expressed in this article, that this statement is too general.

68 1982 3 SA 24 (B).

69 26F.

70 See 30-31 and my note in 1983 *SALJ* 43 where it is suggested that the ground of convenience could also have been invoked.

71 1982 3 SA 629 (B).

72 630E-F.

of non-joinder may be raised and the reasoning of Steenkamp J in the first judgment is to be preferred.

Secondly, it was stated as follows:

"It was argued that, because Rent-a-Bakkie made an application to an administrative tribunal within this country, it must have foreseen review proceedings, and consequently must be taken to have impliedly submitted to the jurisdiction of the courts. This is quite untenable. In no work or judgment on jurisdiction is it stated to be a source of jurisdiction. In fact any transaction in the country could conceivably end up in court, and a mere transaction is no submission to jurisdiction."⁷³

It would appear that the chief justice had not given proper consideration to the judgment of his brother Steenkamp J (although he was aware of it⁷⁴) and this remark may be regarded as having been made *per incuriam*. The analogy with "any transaction" is hardly apt as an application to a board of this nature is a clear step into the quasi-judicial arena. How can such a person be heard to say that he is not subject to jurisdiction on review? It is lamentable that some harmony was not achieved between these judgments for, as they stand, it seems that the court had no jurisdiction in the second case, which conflicts radically with the first: The question of the role to be played by convenience as a jurisdictional connecting factor is therefore of greater significance and, with all due respect, should have been considered by the court.

Where, then, does all this lead? What appears from the above analysis is that there have been a number of cases in recent years where the accepted grounds of jurisdiction are insufficient to explain why a court has decided to hear a matter. These have been headed by important decisions of the appellate division which have given the impression that considerations of convenience have taken their place on the list of traditional jurisdictional connecting factors. The question which arises, therefore, is whether it may be stated as a general rule that, in deciding whether or not it has jurisdiction to hear a matter, a court will take questions of convenience into account.

It is submitted that, at this stage, the answer must be in the negative. There has been no pronouncement of the courts abolishing the fundamental principle of *actor sequitur forum rei*. To say that A, a resident of Cape Town may sue B, a resident of Johannesburg, in Cape Town, for damages resulting from a collision which occurred in Johannesburg because it is to A's convenience, is fundamentally in conflict with this principle. For the position to change because B is a large insurance company with branches all over the country is also, it is submitted, quite untenable. This is almost the effect of certain *dicta* in *Lek's case*.⁷⁵

There are other reasons for rejecting the generality of the proposition:

- a The cases considered above, apart from *Roberts Construction*, all deal with declaratory orders or associated matters. These are far from general positions.
- b Many of the underlying assumptions in *Lek's case* have been shown to be erroneous, thus depriving the decision of some of its weight. If a matter is purely declaratory and if it relates to the status of the applicant, then it may be brought in the court of his domicile. This, however, is basically trite law.

73 632A-B.

74 See 630D.

75 1067G-H.

- c My submission is that the application of the *causae continentia* doctrine in the *Roberts Construction* case was misconstrued. The doctrine is useful in cases like *New York Shipping v E M M I Equipment* but this too is really nothing new.
- d The principle of *Sonia v Wheeler* on which so much has been placed, has been shown to be nothing more than that an order for costs or a related order may be granted by the court hearing the main action.

In conclusion, it is submitted that there is really no need for convenience as a general connecting factor and the situations where it has been invoked are already covered by the law. To allow this extension of the jurisdiction of the courts could certainly lead to abuse by plaintiffs but, worse still, creates a large area of uncertainty as to the matters which a court is entitled to hear. The only time it seems to be essential is where problems have been created with newly independent states and here the real answer should be sought in statutory provisions.

*Lawyers who are unconscious of their legal ideology are apt to do more harm than their more conscious colleagues. For their self-delusion makes it psychologically easier for them to mould the law in accordance with their beliefs and prejudices without feeling the weight of responsibility that burdens lawyers with greater consciousness of the issues at stake. (per Friedmann in *Legal Theory* 251.)*

The right of a company to purchase its own shares*

FHI Cassim

LLB LLM Higher Diploma in Company Law

Senior lecturer in Law, University of the Witwatersrand

OPSOMMING

Die Reg van 'n Maatskappy om sy eie Aandeel te koop

Daar word aan die hand gedoen dat dit onnodig eng, onbuigsaam en beperkend is om 'n maatskappy te verbied om sy eie aandele te koop, selfs in die geval waar dit te goeder trou, met die toestemming van die lede van die maatskappy en sonder enige bedrog teenoor skuldeisers gebeur. In die VSA word maatskappye toegelaat om hulle eie aandele te koop of af te los onderworpe aan die voorwaardes dat die maatskappy solvent is, die aankoop of aflossing nie die skuldeisers benadeel nie en die maatskappy se aandeelkapitaal nie daardeur nadelig geraak word nie. Hierdie bevoegdheid het nie tot enige misbruik gelei nie en, in die geval waar misbruik wel sou plaasvind, is aanspreeklikheid aan die direkteure opgelê. Die Engelse reg is weer terug waar dit begin het. Die Companies Act van 1981 laat maatskappye nou toe om hulle eie aandele te koop of af te los. Hierdie bevoegdheid is onderworpe aan streng beheer om enige misbruik te voorkom. Maatskappye in Kanada word ook toegelaat om hulle eie aandele te koop en hierdie praktyk kom ook op groot skaal in Europa voor. In Suid-Afrika behoort daar aan maatskappye ook die bevoegdheid gegee te word om hulle eie aandele te koop of af te los. Hierdie bevoegdheid moet onderworpe wees aan sekere voorwaardes: eerstens moet 'n regmatige en behoorlike doel daarmee bevorder word; tweedens moet die transaksie te goeder trou uitgevoer word; derdens moet die maatskappy 'n volle teenprestasie ontvang; en vierdens moet skuldeisers nie benadeel word nie. As daar aan Suid-Afrikaanse maatskappye hierdie bevoegdheid gegee word, is dit van wesenlike belang om beter en doeltreffender beskerming teen die misbruik van binnekennis-transaksies te verleen.

1 GENERAL

One of the foundations of company law is the rule that a company may not purchase its own shares. Gower justified the rule in his textbook as follows:¹

“Such acquisitions are dangerous, not only because they might result in the reduction of the capital yardstick to the detriment of creditors, but also because, if the company paid more than the true worth of the shares, it would dilute the value of the remainder, while if it paid too little it would increase the value of the remainder and might be used by the directors to enhance the value of their own holdings. Moreover such purchases might be used by the directors to maintain themselves in control.”

In the United Kingdom, during the nineteenth century, the purchase by a company of its own shares was commonly included as one of the objects in the

* This article was written in June 1983 (Ed).

1 *Principles of Modern Company Law* 4 ed (1979) 225.

memoranda of several companies. There were *dicta* to the effect that a company did have the right to purchase its own shares. For instance, in *Re County Palatine Loan and Discount Co (Teasdale's Case)*² James LJ said *obiter*: "There is no doubt that a company can give itself power to purchase its own shares, to take surrenders and to cancel certificates of shares." But in *Hope v International Finance Society*³ his lordship appears to have changed in mind. In *Re Dronfield Silkstone Coal Co*⁴ Jessel MR, hearing the case at first instance, ruled that a clause in a company's articles giving that company power to purchase its own shares was invalid. This decision was reversed on appeal by Cotton, James and Lush LJ.⁵ The conflict in the cases was finally resolved by the House of Lords in *Trevor v Whitworth*⁶ which unanimously held that a company had no right to purchase its own shares. In this case, a former shareholder was asserting a claim against a company in liquidation, in competition with creditors, for the balance of the price of shares sold by him to the company. The purchase was made in pursuance of a scheme to keep it a family company. The company had an initial capital of £150 000 represented by 15 000 shares of £10 each. The company had spent in the purchase of its shares nearly £33 000 and had borrowed from its bankers over £30 000. As a result of these purchases over one-fifth of the nominal capital of the company had been withdrawn when the company went into liquidation with many creditors still unpaid. The articles of the company empowered it to purchase its shares from a willing seller at a price not exceeding their market value and to hold them until resale. The House of Lords, reversing the decision of the Court of Appeal, rejected the claim of several shareholders who had sold their shares to the company but who had not been fully paid. The grounds of the decision in *Trevor v Whitworth* and the principles which it affirms, may be summarised as follows:⁷

- 1 Purchase by a company of its own shares is not forfeiture or surrender or anything like it. Where money is paid by the company it is a purchase, but purchase is neither forfeiture nor surrender. Forfeiture is valid, the Act recognises it: the company parts with no money, but resumes dominion of a share upon which something has been paid, and this because further payment cannot be obtained.⁸ As a result of section 92 of the Companies Act 61 of 1973, the question of forfeiture of shares in lieu of non-payment of calls cannot now arise in South African law, except in relation to pre-1973 companies. A surrender of shares is lawful where it is accepted to save the company from going through the formalities of forfeiture.⁹ Surrender is an apparent exception only to the principle of maintenance of share capital since "the extinction of the obligation of a bankrupt shareholder can injure nobody."¹⁰ However, the surrender of partly paid shares which are not liable to forfeiture is unlawful,

2 (1873) 9 Ch App 54 58.

3 (1876) 4 Ch D 327.

4 (1881) 17 Ch D 76.

5 See also *Phosphate of Lime Co v Green* (1871) LR7CP 43 and *Guinness v The Land Corporation of Ireland* (1822) 22 Ch D 349.

6 (1887) 12 App Cas 409.

7 See *Buckley on the Companies Act* 13 ed (1957) 135.

8 See L Herschell in *Trevor v Whitworth* 417 and L Watson 428-9.

9 See L Watson in *Trevor v Whitworth* 429.

10 per L M'Laren in *Gill v Arizona Copper Co Ltd* (1900) 2 F 843 860.

as it amounts to a purchase by a company of its own shares and is an unauthorised reduction of capital.¹¹ The forfeiture and surrender of shares by a public company in the United Kingdom are now regulated by section 37 of the Companies Act of 1980.¹²

- 2 The company cannot be a member of itself.¹³
- 3 The purchase by a company of its own shares is an unauthorised reduction of capital. The Companies Act, in sanctioning a reduction of capital under certain conditions and with certain restrictions, impliedly prohibits it unless the prescribed conditions and restrictions are observed.¹⁴
- 4 The Act impliedly prohibits the return of capital to members.¹⁵
- 5 The transaction cannot be justified as "incidental" to the company's objects, for example in a private company where it is desired to keep the shares in the hands of a few. To the creditor whose interests the Companies Act intends to protect it makes no difference what the object of the purchase is.¹⁶
- 6 It amounts to "trafficking" in the shares of the company, thereby enabling the company in an unhealthy manner to influence the price of its own shares on the market.¹⁷
- 7 It enables directors to maintain themselves in control. It may be used to manipulate the voting control of the company and to buy off *bona fide* opponents of the management.¹⁸

Not all of these reasons are entirely convincing. With regard to the argument that the purchase by a company of its own shares is an indirect method of reducing capital, it is a sufficient answer to point out that the purchase is not necessarily a reduction.¹⁹ With regard to the argument that a purchase by a

11 See Charlesworth and Cain *Company Law* 11 ed (1977) 280-281.

12 Section 37(2) of the Act provides that unless forfeited or surrendered shares are disposed of within three years, the company must cancel them and diminish the amount of share capital by their nominal value. No company or a nominee for it may exercise any voting rights in respect of the shares (s 37(3)).

13 *Re Dronfield Silkstone Coal Co* (1880) 17 Ch D 76 where Jessell MR stated (83) "The purview of the whole Act . . . is utterly inconsistent with the notion that the company can be registered as a member of itself." See further L Watson in *Trevor v Whitworth* 424: "it is inconsistent with the essential nature of a company that it should be a member of itself."

14 See L Herschell in *Trevor v Whitworth* 416 and L Watson 423-4. See also Kitto J in *Davis Investments Pty Ltd v Commissioner of Stamp Duties (NSW)* (1957-8) 100 CLR 392 413, and *Cohen NO v Segal* 1970 3 SA 702 (W) 705-6 where Boshoff J proclaimed: "Whatever has been paid by a member cannot be returned to him and no part of the *corpus* of the company can be returned to a member so as to take away from the fund to which creditors have a right to look as that out of which they are to be paid. The capital may be spent or lost in carrying on the business of the company, but it cannot be reduced except in the manner and with the safeguards provided by the statute. As will appear from ss 40 to 50 [now ss 83 ff] of the Companies Act it is against the policy of the Act that any portion of the capital should be returned to the shareholders without the statutory conditions being complied with . . ."

15 Per L Watson in *Trevor v Whitworth* 423-4.

16 See L Herschell in *Trevor v Whitworth* 416 and 417.

17 per L Herschell in *Trevor v Whitworth* 416-417: "What was the reason which induced the company in the present case to purchase its shares? If it was that they might sell them again, this would be a trafficking in the shares, and clearly unauthorized."

18 See L MacNaghten in *Trevor v Whitworth* 435.

19 See Milne (ed) *Henochsberg on the Companies Act* 3 ed (1975) 160-161 and 167-168.

company of its own shares operates as a fraud upon creditors who deal with the company on the faith that "no part of the capital which has been paid into the coffers of the company has been subsequently paid out, except in the legitimate course of its business"²⁰ the argument fails if there are no creditors. If there are creditors, they will not be injured if the purchase by the company of its shares is made from a surplus which the company has been accumulating. In any event, creditors can be safeguarded by adequate measures²¹ without going to the extreme of denying the company the right of acquiring its shares.²² The same reasoning would apply to the argument that to permit a company to purchase its shares results in giving undue power to the majority. The minority can be adequately protected should there be fraud or bad faith on the part of the majority. With regard to the argument that "it is inconsistent with the essential nature of a company that it should become a member of itself"²³ the courts have in fact permitted a company to take over its shares in satisfaction of a debt due to it, in which event the company, indeed, becomes a member of itself. As Wormser points out,²⁴ the courts appear to have overlooked this theoretical inconsistency and illogicality.

It is submitted that it is unduly narrow, rigid and restrictive to prohibit a company from purchasing its own shares, even in a case where this may have been done in good faith, and with the consent of its shareholders and even though there is no fraud on the creditors.

It is trite that the principle laid down in *Trevor v Whitworth* has been followed and applied in South African law.²⁵ It seems that the rule does not apply to an unlimited company which, by its constitution, is empowered to purchase its shares.²⁶ Furthermore, there are a number of statutory exceptions to the rule, for example, sections 83-90 of the Companies Act 61 of 1973, which provide for a formal reduction of share capital; section 252(3) of the Companies Act, which empowers the court, *inter alia*, to make an order for the purchase of the shares of any members of the company by other members or by the company itself.²⁷ Section 23(5) of the Attorneys Act 53 of 1979 permits a company formed in terms of the act or in terms of section 53(b) of the Companies Act to purchase its shares on such terms as it deems fit. The normal safeguards are not necessary in the case of such companies because the directors are jointly and severally liable together with the company for debts incurred during their periods of office. Redeemable preference shares constitute one of the most important statutory exceptions to the common-law rule. This exception demonstrates that it is possible to provide for the purchase of shares in a way which does not impair capital to the detriment of creditors, and without opening the door to abuse.²⁸

20 per L Watson in *Trevor v Whitworth* 423-4.

21 See later.

22 See Wormser "The power of a corporation to acquire its own stock" 1917 *Yale LJ* 177.

23 per L Watson in *Trevor v Whitworth* 424.

24 See 1917 *Yale LJ* 177 181.

25 See *Wolfe v Liquidators, Smyth and Crawford* 1914 CPD 187 198; *Sage Holdings Ltd v The Unisec Group Ltd and Others* 1981 1 SA 337 (W) 347H; Cilliers and Benade *Company Law* 4 ed (1982) 381; Henochsberg 160; *The Law of South Africa*, Volume Four at 70.

26 *Nelson Mitchell v City of Glasgow Bank* (1879) 6 R (HL) 66; *Re Borough Commercial and Building Society* [1893] 2 Ch 242.

27 It is arguable that this is not a true exception to the capital maintenance rule because s 252(3) requires a formal reduction of capital to be effected.

28 Redeemable preference shares are discussed *post*.

2 THE POSITION IN THE UNITED STATES OF AMERICA

It is necessary at the outset to distinguish between two types of transactions, namely the "purchase" of its shares by the company and the "redemption" of its shares. Shares are redeemed if either the company or the holder of such shares has a right to have the legal incidents connoted by the shares terminated, that is, to have the shares "cancelled" upon payment of a stipulated amount by the company, this right arising from an express provision in the articles of association and applying to shares of the same class. A "purchase" by a company of its shares differs from a redemption in that the right or duty of the company to purchase does not necessarily arise from a provision in the articles and may not relate to the shares of a given class; it results from a specific agreement between the company and the shareholder either at the time the shares are created or subsequently.²⁹ A redemption or purchase by a company of its shares sometimes has an effect similar to a dividend, in the sense that each involves the distribution of cash or other property by the company to its shareholders. In the case of a dividend only a distribution is involved, whereas a redemption or purchase involves an exchange, the surrender by a shareholder to the company of some or all of his shares. A redemption or purchase therefore has tax consequences analogous to those applicable to dividends.³⁰ Where a company purchases its shares it may be permitted by statute to cancel such shares thereby reducing its authorised capital or to hold the shares purchased as "treasury shares"³¹ which may be resold.

The right of an American company to purchase its shares was at one stage a fiercely debated issue. It has, for instance, been said that "no subject presents greater conflict on the authorities than the right of a corporation to purchase its own shares."³² "There is a great conflict of authority as to the right of a corporation to purchase its own stock."³³ In *Pace v Pace Bros Co (Loveridge v Interveners)*³⁴ the court stated that "[n]o verbiage can disguise the fact that a purchase by a corporation of shares in itself really amounts to a reduction of the company's assets, and that the shares purchased do in fact remain extinguished, at least until a reissue has taken place." In *re Tichenor-Grand Co*³⁵ Hand J stated that "[i]f however, it purchases its own shares . . . [i]t is merely a method of secret distribution, against the deceit of which its creditors have absolutely no means of protection. The fund which they have the right to rely upon has been surreptitiously taken from them. It seems to me very little relief against the evils which such a right causes to limit it to cases where the corporation is thought to be solvent. It is a strange thing, I think, that there have been cases which permit the practice, which seems to me to be inevitably mischievous commercially."³⁶

29 See Frey, Morris and Choper *Cases and Materials on Corporations* (1966) 936.

30 See Henn *Handbook of the Law of Corporations and other Business Enterprises* 2 ed (1970) 683.

31 See later.

32 1913-14 *Harv LR* 747.

33 1914 *Col LR* 451; in *Kelly v Central Union F Ins Co* 101 Kan 91 it was said that whether the purchase of its own stock by a corporation is positively forbidden by statute or mere judicial disapproval of such a practice, there is no doubt that the rule is based on sound public policy.

34 (1936) 91 Utah 132; see Baker and Cary *Cases and Materials on Corporations* (1959) 3 ed 1402.

35 (1913) 203 F 720 - see Baker and Cary 1420.

36 See further *Ballantine on Corporations* Rev Ed (1946) par 257 609 where six reasons for prohibiting a company from purchasing its shares are enumerated.

These views have, in modern American law, become obsolete. The right of a company to purchase its own shares is now recognized by the majority of jurisdictions – in fact, one can go further and state that in modern law the purchase by a company of its shares is prohibited in *no* jurisdiction. Many statutes grant the right to do so, while some, instead of permitting purchases out of surplus, accomplish the same result by forbidding its exercise if capital is or will be impaired by the purchase.³⁷ The courts seldom set aside a contract to purchase shares unless it can be proved that the company was insolvent at the time of payment or performance or where the purchase would harm creditors or capital would thereby be impaired, depending on the particular substantive rules that may be applicable. This applies to contracts to redeem as well as to contracts of purchase. Thus a contract of redemption is interpreted to require redemption “if the company is not insolvent or will not thereby become insolvent or harm creditors or impair capital.”³⁸

Corporate statutes often provide that a company shall have the right to purchase or otherwise acquire its own shares except where the company is or would be rendered insolvent. The legally available funds, depending on the statutory formulation, may be surplus or earned surplus and, if permitted by the articles or if approved by shareholders, unreserved and unrestricted capital surplus, with insolvency as an additional general limitation. Section 5 of the Model Business Corporation Act provides as follows:

“A corporation shall have the right to purchase, take, receive or otherwise acquire, hold, own, pledge, transfer or otherwise dispose of its own shares, but purchases of its own shares, whether direct or indirect, shall be made only to the extent of unreserved and unrestricted earned surplus available therefor, and, if the articles of incorporation so permit or with the affirmative vote of the holders of at least two-thirds of all shares entitled to vote thereon, to the extent of unreserved and unrestricted capital surplus available therefor. To the extent that earned surplus or capital surplus is used as the measure of the corporation’s right to purchase its own shares, such surplus shall be restricted so long as such shares are held as treasury shares, and upon the disposition or cancellation of any such shares the restriction shall be removed *pro tanto*.”

There are certain circumstances in which these limitations do not apply; for example, shares may be redeemed or purchased out of stated capital where they are acquired for the purpose of collecting or compromising in good faith, indebtedness to the company or any other claim or controversy; or to discharge an obligation of the company to a shareholder who has exercised the right of dissent from any corporate action and who is entitled to payment of his shares;³⁹ or, subject to the other provisions of the act, effecting the retirement of redeemable shares by redemption or by purchase “at not to exceed the redemption price.”⁴⁰ Section 60 of the Act provides that no purchase or payment of its own

37 See Baker and Cary 1407–8.

38 See Henn 864.

39 The right of a shareholder to dissent from a proposed corporate action and demand a purchase of his shares is, it may be argued, of such fundamental importance that it should not be vitiated by the lack of a surplus for that purpose – see Hills “Model Corporation Act” 1935 *Harv LR* 1334 1372.

40 Several states provide that shares having a par value cannot be redeemed at less than par. But if a redemption price is stated, it is customary to provide that shares may be redeemed at “not exceeding” the redemption price or the price stated in the articles. While the company ought to be permitted to acquire redeemable shares at less than their par value or redemption price, it should not be empowered to force a redemption at less than the redemption price – see Hills 1935 *Harv LR* 1372.

shares shall be made at a time when the company is insolvent or when such purchase or payment would make it insolvent or reduce the net assets below the aggregate amount payable to the holders of shares having prior or equal rights to the assets of the company upon involuntary dissolution. These limits also apply to the exceptions discussed above. Statutes permitting a company to purchase its shares out of earned surplus are interpreted to mean that such purchase may take place only where it will not diminish the company's ability to pay its debts or reduce the amount of its assets to below the amount represented by the aggregate outstanding shares of the company.

The generally accepted principle which emerges from section 5 of the Act is that shares may be acquired out of earned surplus which is the most suitable and least restricted fund available for distribution or withdrawal. Earned surplus stands first in the scale of proprietary.⁴¹ For instance, the New York Business Corporation Law (1963) states that "a corporation, subject to the restrictions contained in its certificate of incorporation, may purchase its own shares, or redeem its redeemable shares, out of surplus except when currently the corporation is insolvent or would thereby be made insolvent" (section 513(a)). Any shares acquired by the company and not required to be cancelled may either be retained as "treasury shares"⁴² or cancelled by the board at the time of reacquisition or at any time thereafter. An important provision contained in section 512(c) of the New York Business Corporation Law, and one which has subsequently been adopted by English Companies Act of 1981⁴³ is that

"no redeemable common shares, other than such shares of an investment company, shall be issued or redeemed unless the corporation at the time has outstanding a class of common shares that is not subject to redemption."

A number of cases support the proposition that a company may, in the absence of statutory or charter restrictions, purchase its own shares, provided it acts in good faith and is neither insolvent nor in the process of dissolution, and provided that such purchase is not prejudicial to the rights of creditors or shareholders.⁴⁴ The general rule is that the transaction is invalid if the company is actually insolvent or if the purchase would cause insolvency. Statutes permitting companies to purchase their own shares from surplus profits will not justify a company in borrowing money for the purpose of purchasing such shares while in contemplation of insolvency. To bring the transaction within the rule, it is not necessary that the ultimate failure or insolvency of the company be related to its having purchased the shares if, in fact, its liabilities exceeded its assets at the time or if that is the result of the transaction.⁴⁵ The shareholder is liable for what he received either in an equity suit on behalf of creditors or in a suit on their behalf by the trustee in bankruptcy.⁴⁶ The time to gauge solvency or prejudice to creditors or the existence of a surplus, if that is to be the legal test, is the time when payment is actually to be made or enforced.⁴⁷

41 See Hills 1935 *Harv LR* 1371.

42 See later.

43 See later.

44 See 19 *Am Jur* 2d par 997 469.

45 *Coleman v Tepel* (1916) 230 F 63; 47 *ALR* 2d par 3 764.

46 It seems that the basis of the decisions is the equitable doctrine of fraudulent conveyances - see 47 *ALR* 2d par 2 762. The so-called "trust fund doctrine" has been rejected by the courts. See also 1913-14 *Harv LR* 747 749.

47 See later.

If it should emerge that the company's debts exceeded its assets at the time of the transaction, the motive and good faith of the directors are of no consequence, even though the transaction was a reasonable attempt to save or improve the business, for example, by changing the management or eliminating discord among the members, or otherwise to save the company from financial disaster.⁴⁸ It is frequently said that the purchase of its shares by a company while insolvent is *void*. It seems, however, that unless bad faith affirmatively appears, the transaction is *voidable*, and voidable only to the extent necessary to give the general creditors priority over the claim of a shareholder for the price of the shares if a surplus of assets is realised in final liquidation.⁴⁹

As a general rule, the purchase by an insolvent company of its shares may be avoided not only in favour of creditors existing at the time of the transaction but also in favour of subsequent creditors. The creditor must prove that the company was insolvent when the transaction was completed or that the transaction had the effect, reasonably to be anticipated, of deceiving subsequent creditors as to the assets of the company.⁵⁰ The basis of the right of subsequent creditors to attack the transaction is that they have given credit to the company in the belief that its capital is unimpaired.⁵¹ In general, the good faith of the shareholder and even his lack of knowledge of the insolvency of the company is immaterial to prevent the subordination of his claim to those of general creditors provided that he was aware, or ought to have been aware, of the fact that he was selling his shares to the company. On the other hand, the transaction will be valid if he had no actual or constructive knowledge of the fact that the person to whom he sold his shares was buying them for the company.

The purchase must be completed while the company remains solvent.

"The rule is general that even if the corporation was solvent when the transaction was entered into, if the transaction is still executory when the company becomes insolvent it cannot be enforced as against the rights of creditors then existing."⁵²

As previously stated, since the time to gauge solvency or prejudice to creditors or the existence of a surplus is the time when payment is actually to be made or enforced, it follows that if a company is solvent when a promissory note is given by it for the purchase price of shares but it becomes insolvent at the maturity date of the promissory note, the shareholder-creditor is postponed to

48 *Boggs v Fleming* (1933) 66 F 2d 859 and 47 ALR 2d par 5 767; *Howell v Crawford* (1905) 77 Ark 12, 89 SW 1046, where there was friction between two brothers and differences of opinion over the management of the business, the court held that the purchase by the company of the shares of the one brother was invalid as the company was either insolvent or on the verge of insolvency.

49 See *First Trust Co v Illinois Central Railway Co* (1919) 256 F 830.

50 *Jarroll Coal Co v Lewis* 210 F 2d 578, 47 ALR 2d 753 787; 19 Am Jur 2d 474.

51 In *Jarroll Coal Co v Lewis supra* it was held that a transaction whereby the shareholders of a company caused it to buy their shares at a price rendering the company insolvent is invalid and constitutes a fraud upon subsequent as well as existing creditors giving them the right to attack the transaction. In *Coleman v Tepel (supra* fn 45) the court stated that "[u]nder the prevailing notion stock repurchases are treated as fraudulent conveyances . . . some courts have simply stated that repurchase was in fraud of subsequent creditors. Other courts have allowed subsequent creditors to recover by giving full effect to the notion of intent to defraud creditors . . ." See also "Rights of Various Types of Creditors in Property unavailable to the Debtor" 1938 *Yale LJ* 1164 1171-2 for a detailed discussion of the authorities.

52 47 ALR 2d 774-775; *Robinson v Wangemann* (1935) 75 F 2d 756.

outside creditors.⁵³ Once the rights of creditors intervene, it would amount to fraud on the creditors to enforce the contract. In *Fechheimer Fishel Co*⁵⁴ a shareholder transferred his shares and accompanying bond to a New York company which was solvent at the time and which gave its promissory note for the purchase price. The company was insolvent when the note matured. The court of appeals unanimously held that payment of the note should be postponed until after the claims of general creditors had been satisfied. The fact that the company had a surplus when the promissory note was given is not decisive if it was insolvent at the time of payment. The basis of the decision is that payment is conditional on the solvency of the company and the company's refusal to pay after it has become insolvent does not constitute a breach of its agreement.⁵⁵ Section 5 of the Model Business Corporation Act specifically bars purchase or payment "when the corporation is insolvent or when such purchase or payment would make it insolvent." Consequently, the principle would still apply that where a shareholder enters into an agreement with a company to repurchase his shares at a time when the company is solvent, the purchase price being payable by notes some of which mature after insolvency, his claim would be subordinated to those of general creditors. "Such persons are centaurs; half creditor, half shareholder. It is only appropriate to treat them as such, unambiguously."⁵⁶

As regards the liability of directors, it seems fairly clear that

"[d]irectors may be held liable for authorizing the corporation to repurchase shares of its own stock in violation of a statutory prohibition against the repurchase of such shares where the corporation is insolvent or where its net assets are less than paid-in capital . . ."⁵⁷

Several states now have statutes which impose liability on directors for having impaired capital. Directors will also be in breach of their duty if they have acted or caused the company to purchase its shares

"solely or primarily because of the desire to perpetuate themselves in office . . . Similarly, if the actions of the board were motivated by a sincere belief that the buying out of the dissident stockholder was necessary to maintain what the board believed to be proper business practice, the board will not be held liable for such decision, even though hindsight indicates the decision was not the wisest course."⁵⁸

Retention of control is not a proper corporate purpose for which funds of the company may be spent, although as *Gilchrist v Highfield*⁵⁹ shows, it is perfectly

53 *In re Tichenor-Grand Co supra*; see also Ballantine 608 and Wormser 1917 *Yale LJ* 186.

54 (1914) 212 F 357.

55 The rationale of the *Fechheimer Fishel Co* case has been followed by a number of Federal courts. See for example, *Matthews Bros v Pullen* (1935) 268 F 827; *In re O'Gara v Maguire Inc* 259 F 953; *In Re Vulcan Soot Cleaner* 11 F Supp 388.

56 Kessler "Share Repurchases under Modern Corporation Laws" 1960 *Fordham LR* 637 677.

57 19 *Am Jur* 2d par 1326 731; see, for instance, *Jesson v Noyes* (1917) 245 F 46 where directors who caused a Nevada company to purchase its shares out of capital in violation of statute were held liable in an action brought by the receiver; and *In re Burnett-Clark Ltd* (1932) 56 F 2d 744 which is to the same effect.

58 per Carey J in *Cheff v Mathes* (1964) 199 A 2d 548; see also *Martin v American Potash & Chemical Corp* (1952) 92 A 2d 295; *Kors v Carey* (1960) 158 A 2d 136; and "Buying Out Insurgent Shareholders With Corporate Funds" 1960 *Yale LJ* 308.

59 (1909) 17 *Ann Cas* 1257; 140 *Wis* 476.

legitimate for the directors to cause the company to "buy out" a dissenting or troublesome shareholder in order to resolve an inability to work together or to break a management deadlock. A similar rule would appear to be applicable to the selling shareholder. If a company has carried out an illegal purchase of its own shares out of capital, the company or its trustee in bankruptcy should recover from the selling shareholder, at least if the shareholder had notice of the impropriety of the purchase. Many jurisdictions now have statutes dealing specifically with this question, for example in Ohio, liability to the company is imposed on any shareholder who "knowingly" receives any dividend or distribution not authorised by statute. The Michigan and Minnesota statutes are similar except that the word "knowingly" is omitted.

Finally, as regards "treasury shares": under the rules generally prevailing, a company has the option either to "retire" reacquired shares and restore them to the status of authorised but unissued shares, or to carry them as "treasury stock," that is, to treat them as being still issued and subject to resale.⁶⁰ Treasury stock may also consist of stock lawfully issued by the corporation for money, property or services and subsequently reacquired by it.⁶¹

"Treasury shares are a masterpiece of legal magic, the creation of something out of nothing. They are not outstanding because the obligor has become the owner of the obligation."⁶²

There has been considerable discussion among accountants, and some shifting of opinion, as to the proper accounting treatment of purchases of shares for the treasury. Such shares are not a corporate asset.⁶³ In an attempt to correct the abuses of the past, it is now generally provided that treasury shares may not be reflected as an asset in the financial statements of a company. "[A]n honest balance sheet must not contain a false asset."⁶⁴ Section 61 of the Model Business Corporation Act provides that reacquired shares may be held as treasury shares or may, and sometimes must, be restored to unissued status or eliminated from authorised shares. For instance, shares which have been purchased or redeemed are required to be cancelled if they are reacquired out of stated capital or if the articles require that such shares be cancelled upon reacquisition. It is also generally provided by statute that treasury shares shall not carry voting or dividend rights.

3 THE RIGHT OF A COMPANY IN ENGLISH LAW TO PURCHASE ITS SHARES

Until recently, company law in the United Kingdom did not permit a limited company to purchase its own shares. The main reasons for this have been that such purchases could reduce the capital of the company available for the protection of those who deal with the company and to prevent companies "trafficking" in their shares.⁶⁵ The Jenkins Committee,⁶⁶ having taken evidence from the USA, stated that

60 See Ballantine 614; and Ballantine "The Curious Fiction of Treasury Shares" 1946 *Cal LR* 536.

61 18 *Corpus Juris Secundum* par 212 645.

62 Ballantine 615. Their existence as issued shares is a fiction designed to explain certain special rules and privileges as to their reissue.

63 See *Borg v International Silver Co* 11 F 2d 147 150 and Nussbaum "Acquisition by a Corporation of its own Stock" 1935 *Cal LR* 971 980.

64 "The Model Corporation Act" 1935 *Harv LR* 1334 1342.

65 *The Purchase by a Company of its own shares* Cmnd 7944 (1980) 1.

66 *Report of the Company Law Committee* Cmnd 1749 (1962) par 167 60.

“the power enjoyed by companies in the United States has not led to abuse and is useful for a number of purposes . . . Our witnesses pointed out, however, that the case law of the United States imposes very strict liabilities on directors and they considered that this would deal adequately with any abuse of the power by a company or its directors.”

The Jenkins Committee was not, however, convinced that

“British companies need this power . . . We have therefore reached the conclusion that there is no justification for the general abrogation of the familiar rule that a limited company may not buy its own shares; indeed, we think that the rule should be expressly stated in the Act.”⁶⁷

In accordance with the “piecemeal” approach in English law, section 35 of the Companies Act of 1980 gave statutory form to the rule laid down in *Trevor v Whitworth*, almost a century after that case was decided. Paradoxically, even while the rule in *Trevor v Whitworth* was taking statutory form, doubts were being expressed about it and it was not long before section 35 was repealed.⁶⁸ Gower’s consultative Green Paper⁶⁹ enumerates the following advantages for allowing companies to buy their own shares:

- a it may enable the company to buy out a dissident shareholder;
- b it facilitates the retention of family control;
- c it provides a means whereby a shareholder, or the estate of a deceased shareholder, in a company whose shares are not listed can find a buyer;
- d it is particularly useful in relation to employee share schemes in enabling the shares of employees to be repurchased on their ceasing to be employed by the company;
- e it may help with the marketing of shares by enabling the company to give a subscriber an option to re-sell to the company;
- f it enables companies to purchase their shares for use in later stock plans or acquisition programmes;
- g if redeemable shares are quoted at below the redemption price it enables the company to save money by buying up in advance of the redemption date;
- h it provides a company with surplus cash with a further means of using it advantageously;
- i it can be used to support the market for the shares if this is thought to be unduly depressed, thus preserving for the shareholders the value of their shares as marketable securities;
- j if the company not only buys its own shares but trades in the treasury shares thus acquired, it may make money thereby.⁷⁰

Gower points out that not all the above advantages are necessarily desirable; for example, (i) may be regarded as objectionable as leading to market-rigging,⁷¹

⁶⁷ See par 168 61.

⁶⁸ Sir Harold Wilson’s interim report on the *Financing of Small Businesses* (1979) (Cmnd 7503) recommended that small companies be permitted to issue redeemable equity shares as a means of raising capital without losing control of the company.

⁶⁹ *supra* (fn 65) par 11 9–10.

⁷⁰ Similar arguments were advanced in the USA in favour of such a right; cf Baker and Cary 1397 ff.

⁷¹ A similar objection is made by Berle and Means *The Modern Corporation and Private Property* (Rev Ed) (1967) 159–160.

and (j), trafficking in its own shares is not self-evidently a desirable corporate activity.

Sections 45–62 of the Companies Act of 1981 now permit companies, under strictly defined circumstances, to redeem or purchase their own shares. Section 45 of the act extends the existing power of both public and private companies to issue redeemable preference shares if their articles so provide, to empower them to issue redeemable ordinary shares. The company's articles must permit the issue of redeemable shares and they must be redeemed in accordance with the articles. The shares may be redeemed at the option of the company or the holder of the shares. When redeemed, the shares must be fully paid, and, furthermore, no redeemable shares may be issued unless the company has non-redeemable shares in issue at the time, although redeemable shares may be redeemed even though when redemption takes place the company has no other issued capital. Redeemable shares may be redeemed only out of distributable profits or out of the proceeds of a fresh issue of shares made for the purpose of redemption (section 45(5)). Any premium payable on the redemption of shares must also be paid out of distributable profits.⁷² Shares redeemed are treated as cancelled so that the company's issued and paid-up share capital, but not its nominal capital, is correspondingly reduced (section 45(8)). Cancellation is therefore preferred to the alternative of holding "treasury shares" which could be reissued.

In addition to empowering companies to issue redeemable ordinary shares, section 46(1) of the Companies Act of 1981 confers a general power on both public and private companies to *purchase* their own shares if authorised to do so by their articles. The purchase money must be found in the same way as if the purchase were a redemption of redeemable shares (that is, out of distributable profits or out of the proceeds of a fresh issue of shares).⁷³ No purchase of its own shares may be made by a company, according to section 46(3), if at the time of purchase it has no non-redeemable shares outstanding. Since shares purchased by a company are cancelled, in the absence of such a prohibition, there would be nothing to prevent a company from carrying out an informal liquidation of its assets by purchasing the whole of its share capital. Safeguards are built into the provisions of the Act to ensure that the company does not act without the consent of its members. These safeguards vary according to whether the purchase was a "market purchase," that is, made through the Stock Exchange or Unlisted Securities Market, in which case an ordinary resolution is necessary, or an "off-market" purchase, in which event a special resolution is required.⁷⁴ Section 48 also provides for contingent purchase contracts, namely, contracts under which the company becomes entitled or obliged to purchase its own shares by the exercise of an option. A special resolution is required and any payment for the option must be made from distributable profits. A shareholder who is selling his shares is prohibited from voting, whether on a show of hands or a poll, on the resolution authorising the purchase. Perhaps the most radical innovation is the provision that a private, but not a public, company may, if so authorised by its articles, purchase or redeem shares out of assets representing

⁷² Further restrictions are imposed by s 45(6).

⁷³ See s 46(2).

⁷⁴ For a detailed treatment of these provisions see Pennington "The Companies Act 1981" in (1982) *The Company Lawyer* Vol 3 No 2 71.

its capital, provided that it does not have distributable profits available – see section 54(1) and (2). To do this, it must pass a special resolution and the directors must make a statutory declaration of solvency that they believe that the company will be able to pay its debts immediately after the purchase and will be able to continue to trade and to meet its debts as a going concern throughout the following year. This declaration must be supported by the report of the company's auditors that they are unaware of anything which makes the director's statement concerning the solvency of the company unreasonable (section 55(2)). Provision is made for creditors to be informed of the special resolution either by publication in the *London Gazette* or by personal notification to every creditor. Any creditor or member aggrieved by the proposed return of capital may, within five weeks, apply to the court to have the special resolution cancelled (section 57(1)). In terms of section 58, should the company be wound up within one year from the payment out of capital, the sellers of the shares, together with the directors who signed the declaration, are liable to contribute to any deficiency of assets, although the directors may be exempted from liability by proving that they had reasonable grounds for their opinion as to the company's solvency (see section 58(1)(3)). Substantial safeguards for creditors are thus provided for, which will also discourage a company from "trafficking" in its own shares.

Finally, a failure to redeem or purchase shares or any of its shares under a contract to that effect, will not render the company liable in damages (section 59(2)) and may be enforced against the company by specific performance only if the company is not in liquidation and if it has sufficient distributable profits (section 59(3)–(5)). If the company is in the process of being wound up, a claim for the redemption or purchase price is postponed to claims of creditors and the prior rights of the holders of other classes of shares (section 59(6)).

4 SUGGESTIONS FOR REFORM

The right of a company to purchase or redeem its ordinary shares is granted in many countries, and the practice is spreading to several common-law jurisdictions. For instance, it is now permitted in Canada by section 32 of the Canada Business Corporation Act, 1974–5. As Gower points out⁷⁵ the practice is also widespread among the European Economic Community countries.

The Van Wyk de Vries Commission of Enquiry into the Companies Act⁷⁶ reported as follows on the right of a South African company to purchase its shares:⁷⁷

"It has been pointed out that the system of purchasing its own shares operates satisfactorily in the United States and that it does provide a convenience to companies. We have considered the evidence for and against the proposition as well as the principle involved and have come to the conclusion that there seems to be no justification for permitting companies to purchase their own shares . . ."

With respect, this view, like that of the Jenkins Committee, has become outdated, and it is submitted that fresh consideration be given to the entire matter. The creditor's cushion represented by the issued share capital of the company is increasingly being discarded as a method of protection of creditors. In any event, where redeemable preference shares are redeemed out of distributable

75 Cmnd 7944 *supra* 7.

76 Main Report RP 45/1970.

77 See para 40–48 at 60.

profits, section 98(1)(b) of the Companies Act 61 of 1973 requires an amount equivalent to the "nominal amount" of the shares redeemed, but not the *profits* made out of such redemption, to be transferred to a capital redemption reserve fund. It follows that the capital of the company is not being maintained. Furthermore, it is not clear whether section 76(3) must be read together with section 98(1)(a). If section 76(3) may be read independently of section 98, the share premium account may be utilised to provide for the premium payable on the redemption of redeemable preference shares, in which event the capital of the company is again not being kept intact.

"If 1000 redeemable preference shares of £1 each are issued at £1-10, share capital plus share premium account will equal £1100. If later the shares are redeemed at £1-20 out of profits and the share premium account all that will replace the £1100 is a capital redemption reserve fund of £1000."⁷⁸

Section 75(i) of the Companies Act 61 of 1973 empowers a company "to convert any of its shares, whether issued or not, into shares of another class." A company may, therefore, convert its ordinary shares into redeemable preference shares and, thereafter, redeem such shares under section 98. This is, however, subject to section 56 and section 102 which provide that where the rights attached to any class of shares of the company are varied subject to the consent of any specified proportion of the holders of the issued shares of that class or with the sanction of a resolution passed at a separate meeting of the holders of those shares, a shareholder of that class of share who did not consent to or vote in favour of the resolution for the variation may apply to the court for an order under section 252. This power to convert ordinary shares into redeemable preference shares obviously does not go far enough. What is required is a general provision empowering companies to redeem or purchase its own shares. The mere fact that the power is open to abuse is no reason for denying it altogether. The dangers of abuse can be, and in other jurisdictions have been, guarded against. It is possible to provide for adequate safeguards for creditors and shareholders.

"If abuse results, the abuse should be stifled. But the corporation should not be unduly hampered by laying down the arbitrary rule of non-acquisition of its own shares, irrespective of good or bad purpose, object and result."⁷⁹

It is suggested that legislation be introduced to permit a company to purchase its own shares subject to adequate safeguards for creditors and shareholders such as those which exist in the United States. It would, however, also be necessary to provide for better and more effective safeguards against the increased opportunities for abuse of inside information that would arise if a company were to be permitted to purchase its own shares.

78 Gower *supra* Cmnd 7944 par 22 13.

79 Wormser 1917 *Yale LJ* 177 181.

AANTEKENINGE

ASPECTS OF THE DISTINCTION BETWEEN IGNORANCE OR MISTAKE OF FACT AND IGNORANCE OR MISTAKE OF LAW IN CRIMINAL LAW.

1 The traditional distinction

This note deals with the traditional distinction between ignorance or mistake of fact and ignorance or mistake of law and with its misleading nature. The distinction, and its effect upon intention, has received most attention in criminal law, but is also relevant to the private-law fields of contract, delict and enrichment.

As far as crimes for which intention is required are concerned, a distinction has traditionally been drawn in our case law and theory between ignorance or mistake of fact and ignorance or mistake of law, the former referring to ignorance or mistake about a factual issue relative to the alleged crime, the latter to instances where the accused is ignorant or mistaken about a legal aspect of his action. The distinction may be illustrated with reference to contrasting examples provided in our case law. An accused who is unaware that he legally requires a certificate in order to render his conduct lawful, is said to be ignorant as to the law, while it would be a mistake of fact if he is under the mistaken impression that the required certificate has been granted (*Bonadei Construction (Pty) Ltd* 1968 1 SA 550 (SWA) 553F); an accused who even knows that a licence is required to render his conduct lawful, but who is ignorant or mistaken about the meaning of "charitable institution" (for which no licence is required) in the context of the statute in question, commits a mistake of law, while it would be a mistake of fact if he had been misinformed as to the true facts relative to the function and character of the institution concerned (*Mdladla* 1972 3 SA 53 (N) 55E-F); the accused (half-aunt and half-nephew who had sexual intercourse) who knew the facts constituting the relationship between them, but who did not know that such relationship was within the prohibited degrees, are ignorant of the law, but this ignorance would pertain to the facts if they did not know the facts constituting the relationship in question (*Pieterse* 1923 EDL 232).

The distinction between ignorance or mistake of fact and that of law has been of great practical importance in that there has been a traditional bias against allowing ignorance or mistake of law to operate as a factor excluding intention, in favour of accepting that a mistake of fact does exclude intention. This position was changed during 1977, when the traditional rule that ignorance of the law constituted no defence in respect of crimes for which intention is required, was rejected in *De Blom* (1977 3 SA 513 (A) 529H). Although the facts of *De Blom* concerned only *ignorance* of the existence of the criminal provision in question and the decision strictly speaking thus dealt only with such ignorance, it may

be inferred – as has apparently been done by most commentators – that the decision impliedly also related to traditional instances of *mistake* of law. The court rejected not only the view that *ignorance* of the law is no excuse, but also the presumption upon which it is based, that is, that every person is presumed to know the law (529H). It is this very presumption which forms the basis for the view that a person may not raise his *mistaken* conception of the law as a defence, because he is presumed to know the *correct* legal position. Moreover, the inference that *De Blom* related also to mistakes of law, is confirmed by the court's requirement that the accused must have been aware of the unlawfulness of his conduct before he can be convicted of a crime requiring intention (532F). Post-*De Blom* decisions also seem to have understood *De Blom* in this sense (eg *Bezuidenhout* 1979 3 SA 1325 (T)).

Although the distinction between ignorance or mistake of fact and ignorance or mistake of law thus no longer seems to be relevant for the purposes of our case law, it continues to constitute the basis of some academic views. Certain jurists contend that ignorance or mistake of law should be treated on a different level to ignorance or mistake of fact: while it is conceded that the latter would in principle exclude intention, it has been submitted that ignorance or mistake of law would exclude intention only if it was reasonable (eg Whiting 1978 *SALJ* 1, 5–8; Snyman *Criminal Law* (1984) 179). Such a view obviously presupposes that ignorance or mistake of fact should be distinguished from ignorance or mistake of law.

2 Misleading nature of traditional distinction

The underlying validity of the traditional distinction, at least in its application as distinguishing between fact and law, may be questioned. Certain mistakes of fact are relevant for the purpose of excluding intention only because they give rise to a mistake of law, for instance, where a person mistakenly believes that he (or someone else) is being attacked and therefore concludes that he is justified in defending himself (or the other person) (*Bhaya* 1953 3 SA 143 (N); *Kenosi* 1971 1 PH H 57 (HCB)). On the other hand, certain mistakes of law exclude intention because they amount to a mistake as regards an element of the definition of the proscription (“daadomskrywing” or *actus reus*) for example where the accused mistakenly believes that his marriage is void (element of lawful marriage in respect of bigamy) and accordingly marries again. Moreover, such a mistake may result from a mistake of fact, for instance, where an accused, who mistakenly believed that authority had been obtained for the holding of a meeting, therefore believed that it was a lawful gathering (*Nhamburo* 1976 2 SA 249 (R)). In some cases, however, such a mistake as to a legal aspect contained in the definition of the proscription for example the concept of “emergency work” or of “White” and “non-White,” has simply been referred to as a mistake of fact (*Colgate Palmolive Ltd* 1971 2 SA 149 (T) 156A–D).

Furthermore, it is submitted that the contrast between mistake of fact and mistake of law is a false and misleading one. The term “mistake of fact” is misleading because it conveys the erroneous idea that as long as a mistake relates to a fact, that is, *any* fact, it will exclude intention. It therefore has become necessary to qualify the statement that a mistake of fact excludes intention, by the requirement that a mistake of fact, in order to negative intention, must be essential or material, that is, be directed at an essential element of the crime

concerned (*Fick* 1970 4 SA 510 (N) 516D, 518A). Actually, the only mistakes with a factual basis that can exclude intention are mistakes in respect of facts that relate either to an element contained in the definition of the proscription or to the unlawfulness of the accused's conduct. A mistake relating to any other fact would be irrelevant as far as the accused's intention is concerned.

In deciding whether or not a mistake of fact is essential, there has been an inclination in our law to concentrate not on the effect of the mistake but rather on its nature. In this process certain categories of factual mistake have been distinguished, for example an *error in obiecto*, a mistake relating to the identity of the subject-matter of the crime and an error in the accused's motive; only the first of these categories of mistake was said to exclude intention. However, depending upon the particular definition of the proscription in question, it is conceivable that certain *errores in obiecto* will not exclude intention, while certain mistakes falling within the latter categories may exclude intention (*cf* Snyman 162-4).

It should again be emphasised that a mistake is "essential" or "material," not because it constitutes a certain category of mistake, such as a mistake in respect of the object of the crime, nor even because it is a mistake of *fact*, but because it has a certain effect upon the accused's intention, that is to say, it affects his perception of an element contained in the definition of the proscription in question. A preoccupation with the type of mistake rather than with its effect may lead to erroneous conclusions.

It would thus seem advisable to avoid altogether the term mistake of fact or any category thereof and rather to refer to a mistake in respect of an element encompassed by the definition of the proscription, that is, to focus on the effect of a mistake rather than on its nature. This means that where ignorance or mistake is involved, it is essential to analyse precisely the definition of the proscription in question, in order to determine its elements. Barring ignorance or mistake as to the unlawfulness of the conduct in question (to be discussed below), only ignorance or mistake which affects one or more of these elements would qualify to exclude intention.

The term ignorance or mistake of law is likewise misleading, mainly, as in the case of mistakes of fact, because it also seeks to focus on the nature of the ignorance or mistake, rather than on its effect. It is submitted that apart from ignorance or mistake with regard to an element contained in the definition of the proscription, the only other type of ignorance or mistake which should have an influence on the accused's intention is ignorance or mistake concerning the *unlawfulness* of his conduct. The fact that an accused is mistaken as to the law, or a legal aspect, does not necessarily mean that he is (directly) mistaken as to the unlawful character of his conduct. For instance, although an accused who wrongly believes that the crime which he is compounding is punishable by a fine only, is mistaken as to the law, his mistake is relevant, not because it is a mistake of law, but because it concerns an element of the definition of the proscription of compounding. The same would apply to mistakes with regard to any other legal aspects contained in definitions of proscriptions, such as a lawful marriage in respect of bigamy and the prohibited degrees of relationship as regards incest. Ignorance or mistake of law should thus not be put on a par with ignorance or mistake as regards the unlawfulness of the conduct in question.

It is accordingly submitted that the traditional distinction between ignorance or mistake of fact and that of law should be replaced by a distinction between ignorance or mistake relating to an element contained in the definition of a proscription and ignorance or mistake in respect of the unlawfulness of the conduct in question. Although this distinction, it is submitted, is satisfactory and necessary from a systematic point of view, it should be recognised that all cases of ignorance or mistake concerning an element encompassed by the definition of the proscription simultaneously, if indirectly, constitute instances of ignorance or mistake as regards the unlawfulness of the relevant conduct. After all, someone who does not believe that his conduct complies with the definition of a proscription, necessarily believes that his conduct is lawful, that it is not even *prima facie* unlawful.

All traditional instances of relevant factual mistakes, in any case, also automatically amount to mistakes concerning the unlawfulness of the conduct in question. For instance, a person who mistakenly believes that a dog has been abandoned by its owner (mistake of fact relating to the definition of the proscription of theft) therefore mistakenly concludes that he is entitled to appropriate it (mistake of law – claim of right – relating to the unlawfulness of the conduct concerned). In some cases our courts seem to have regarded the accused's defence under such circumstances as a claim of right, that is, a mistake of law (*Funesi* 1913 EDL 183; *Griffin* 1962 4 SA 495 (E) 497F; *Geddes* 1964 4 SA 48 (SRA) 49G–H; *Riekert* 1977 3 SA 181 (T) 183E) even while explicitly recognising that it was dealing with a mistake of fact (*Griffin supra* 497F).

In the remaining part of this note practical illustrations will be supplied of the suggested distinction between ignorance or mistake relating to an element contained in the definition of a proscription and ignorance or mistake in respect of the unlawfulness of the conduct in question.

3 Ignorance or mistake in respect of the definition of the proscription

a Ignorance

An accused may be entirely ignorant of the existence of a definition of a proscription, of either common-law (e.g. *Gumede* 1952 1 PH H 54 (N)) or statutory (e.g. *Naicker* 1967 4 SA 214 (N)) origin. Moreover, although he may be aware of the existence of the definition concerned, he may be ignorant of the existence of one or more of its elements, for instance where he was unaware

- i of a restriction upon entering the country in respect of immigration laws (*Robins-Brown* 1926 CPD 293 – accused unaware that he was so restricted);
- ii that water was still flowing, in respect of interference with the flow of water (*Becker* 1963 1 SA 442 (GW));
- iii that the possession of an undesirable publication had been prohibited by a committee (*Cleminshaw* 1981 3 SA 685 (C));
- iv that he had been ordered to leave in respect of trespass (*Thompson* 1926 OPD 141);
- v that he had been involved in an accident, as regards failure to stop after an accident (*cf Breingan* 1966 3 SA 410 (RA) 413 *in fine*).

b *Mistake*

Although an accused may be aware of the existence of a definition of a proscription and of each of its elements, he may yet be mistaken about one or more of these elements. His mistake may belong to one of two categories:

- i He may be mistaken about a fact relating to an element contained in the definition of the proscription, for instance, mistakes
 - 1 as to the species of wild animal in respect of hunting laws (*Stainer* 1956 3 SA 498 (FC) – accused mistaking a kudu (special game) for an eland (royal game));
 - 2 as to the question whether an object is a firearm in respect of the unlawful possession of a firearm (*Duma* 1970 1 SA 70 (N) – accused believing object to be a toy pistol);
 - 3 as to the victim's age in respect of abduction (*Churchill* 1959 2 SA 575 (A) – accused mistakenly believing that victim is older than 21 – or rape (*Z* 1960 1 SA 739 (A) – accused mistakenly believing victim to be older than 12 years);
 - 4 as to the lack of consent in respect of rape (*Mosago* 1935 AD 32; *K* 1958 3 SA 420 (A) – accused believing woman to have consented);
 - 5 as to the fact that an accident, or an accident having certain consequences, such as personal injury, has occurred, in respect of road traffic legislation which imposes certain duties upon the driver of a vehicle which has been involved in an accident in which personal injury is involved (*Kok* 1958 1 SA 59 (SR); *Breingan* 1966 3 SA 410 (RA); *Tazwipesa* 1966 3 SA 695 (R));
 - 6 as to the object of theft, for example where the accused mistakenly believes that the object is a *res nullius* in that it is a wild animal (*Moyo* 1978 4 SA 538 (R)) or that it has been abandoned and thus no longer belongs to someone else (eg *Funesi* 1913 EDL 183; *Modise* 1966 4 SA 680 (GW); *Rantsane* 1973 4 SA 380 (O)) or that it belongs to the accused himself (Steenkamp 1921 CPD 237; *Rautenbach* 1937 OPD 27; *Riekert* 1977 3 SA 181 (T); *Johnson* 1977 4 SA 116 (RA));
 - 7 as to the object of malicious injury to property, for example, where the accused mistakenly believes that the object is a *res derelicta* and thus does not belong to someone (*Thompson* 1967 1 PH H 27 (N));
 - 8 as to the object of murder or assault with intent to murder, for example, where the accused mistakenly believes that the object which he killed or attempted to kill was not a human being but an evil spirit (*Mbombela* 1933 AD 269; *Jassane* 1973 4 SA 658 (T)).
- ii He may be mistaken about the meaning of an element contained in the definition of the proscription, for instance, the meaning of "minor" in respect of the common-law crime of abduction, of "public water" in respect of certain crimes in terms of the Water Act 54 of 1956, or of "dump" in relation to offences under the Hazardous Substances Act 15 of 1973.

4 Ignorance or mistake relating to the element of unlawfulness

An accused's intention to commit a crime may be excluded because of *ignorance* on his part of the fact that his conduct is *unlawful* or because of a *mistaken* conception that it is *lawful*. There is actually no fundamental difference between ignorance and mistake, since someone who mistakenly believes that his conduct is lawful, is in fact ignorant that it is unlawful, while someone who is ignorant of the fact that his conduct is unlawful, necessarily mistakenly believes that he is acting lawfully. Ignorance thus relates to the unlawfulness, while mistake relates to the lawfulness of the conduct concerned.

However, because our courts have often been pre-occupied with ignorance or mistake of *law*, rather than with ignorance or mistake in respect of the *lawfulness* of the conduct in question, there has been a tendency to focus on the criminal provision (definition of the proscription) concerned and to distinguish between *ignorance* in respect of the *existence* of that provision and a *mistaken interpretation* as to its *applicability* in a given instance.

- a *Ignorance of existence of definition of proscription* A person who is ignorant of the existence of a definition of a proscription or of one of its elements, is necessarily unaware that his conduct is unlawful. Such instances have been dealt with in our case law as cases of ignorance of law.
- b *Mistake as to invalidity of criminal provision* It is conceivable that an accused who knows of the existence of a criminal provision may mistakenly believe that the provision concerned, which may be contained in subordinate legislation, is *ultra vires* and therefore void and not applicable to him (*cf* Sachs 1953 1 SA 392 (A) 408).
- c *Mistake as to applicability of criminal provision* In the great majority of traditional instances of mistake of law, our courts have dealt with cases where the accused was aware of the existence of the criminal provision in question, but for some or other reason mistakenly believed that that provision did not apply to him in the circumstances of the case. He therefore mistakenly believed that his conduct was lawful and thus was unaware that it was in fact unlawful. Such belief may be due to the fact that the accused, owing to a mistake in respect of an element contained in the definition of the proscription, believes that the definition concerned is not applicable to him or his conduct, or it may be due to a mistaken belief that his conduct, although apparently complying with the definition of the proscription in question, is nevertheless justified.
- d *Mistakes in respect of definition of proscription* This issue has already been discussed. Suffice it to repeat that all cases of ignorance or mistake concerning an element encompassed by the definition of the proscription simultaneously, if indirectly, constitute instances of ignorance or mistake as regards the unlawfulness of the conduct in question.
- e *Mistakes in respect of grounds of justification* A mistake concerning a ground of justification can relate either to facts which, if true, would have constituted a ground of justification, or directly to the existence of an assumed or putative ground of justification of the conduct in question.

i *Mistaken reliance upon acknowledged ground of justification*

- 1 *Common-law grounds of justification* Examples of mistakes concerning factual circumstances underlying a traditional common law ground of justification, are the following:

Private defence: An accused who mistakenly forms the opinion that he or another is being attacked (*Kenosi* 1971 1 PH H 57 (HCB); *Bhaya* 1953 3 SA 143 (N)) or that the assailant has a knife and is therefore threatening his life (*Hele* 1947 1 SA 272 (E)) or was otherwise unaware that he has exceeded the limits of private defence (*Mokoena* 1976 4 SA 162 (O)) therefore mistakenly believes that his conduct is justified (*cf* *Mangoegape* 1977 1 PH H 89 (O)). An accused who points a firearm at another in the mistaken belief that the latter is a thief whom he has caught red-handed (*Sam* 1980 4 SA 289 (T)) likewise mistakenly believes that his conduct is justified.

Necessity: A farmer who shoots dogs on his farm in the belief that they are trespassing, whereas they in fact belong to a duly established hunt club which has the right to hunt jackal on the farm (*Marshall* 1967 1 SA 171 (O)) believes, albeit mistakenly, that his conduct is justified. An example of mistaken reliance upon a statutory form of necessity is that of a warder who wrongly believes that a prisoner is busy escaping and therefore concludes that he is justified in shooting him (*Koning* 1953 3 SA 220 (T)).

Obedience to orders: Prisoners of war who mistakenly believe that they are obliged to obey the order of a superior officer to kill a fellow prisoner (*Werner* 1947 2 SA 828 (A)), therefore believe that their conduct is justified.

Consent: An accused who labours under the mistaken belief that the owner has consented to his appropriating the thing in question (*Slabbert* 1941 EDL 109; *Jona* 1961 2 SA 301 (W) 319H) or would have consented if he had known of the prevailing circumstances (*Monchusi* 1967 2 PH H 289 (GW)) therefore concludes that his conduct is justified.

It is worth noting that these cases do not deal, at least not directly, with mistakes in respect of the unlawfulness of the accused's conduct. They concern mistakes as regards a factual situation which, if true, would admittedly have given rise to a ground of justification. The accused, however, is not mistaken as to the nature of an assumed ground of justification or as to the extent of an acknowledged ground of justification; his mistake is purely one of fact. The courts have in some cases nevertheless recognised that such a mistake invariably gives rise to a mistake as regards the lawfulness of the conduct in question. Thus the court in *Sam* (*supra* 291G) spoke of a factual error which excludes the accused's knowledge of the unlawfulness of his action and went on to state that in respect of judging the accused's knowledge of the unlawfulness of his action, there is no difference between an *error iuris* and an *error facti* (294C). And in *Fick* 1970 4 SA 510 (N) 516H 518A) the court, for a successful reliance upon a mistake of fact, required that "[T]here must be a mistake in regard to facts which, if true, would have entitled the *de cuius* to take the steps which he did in fact take."

- 2 *Statutory grounds of justification* A distinction is drawn in our law between so-called negative elements of the definition of the proscription and exceptions which an accused may prove in escaping criminal liability but

which do not form part of the definition of the proscription. A mistaken conception on the part of the accused about such an exception, in other words, does not amount to a mistake in respect of an element of the definition of the proscription. It is, nevertheless, submitted that exceptions in terms of section 90 of the Criminal Procedure Act 51 of 1977 amount, in effect, to statutory grounds of justification. A mistake as to such an exception should thus be treated on a par with a mistake as to any common-law ground of justification. However, our case law has not made it clear that such mistakes should be treated in this way and as a result there has been some uncertainty. This issue has been dealt with elsewhere (Rabie 1985 *THRHR* 81.)

ii *Reliance upon putative ground of justification*

In the instances referred to in (i) the accused relied upon an acknowledged ground of justification, usually on account of a mistake relating to the underlying factual circumstances. His mistaken belief that his conduct was justified was therefore due not to the fact that it could never be justified by the ground upon which he relied, but that in the particular circumstances it was not covered by the ground of justification in question.

Such instances may be referred to as putative private defence, necessity, consent and so on. In other instances that may be referred to as constituting putative grounds of justification, the accused mistakenly believed that his conduct was justified – and therefore lawful – because he relied upon an imaginary ground of justification. This defence is known in our case law as a claim of right. Most cases dealing with traditional instances of mistake of law relate to such a claim of right; a substantial number of examples accordingly serve to illustrate its application:

- 1 On a charge of attempted murder it appeared that the accused held the mistaken view that if a motorist failed to stop at what purported to be a roadblock, he was entitled to shoot him (*Nel* 1980 4 SA 28 (E)).
- 2 On a charge of assault, it appeared that the accused mistakenly believed that he had the right to administer corporal punishment (*Kumalo* 1952 1 SA 381 (A); cf also *Seatholo* 1978 4 SA 368 (T) and *Lekgathe* 1982 3 SA 104 (B)) or to arrest another (*Botes* 1966 3 SA 606 (O) 611C–D).
- 3 On a charge of malicious injury to property, it appeared that the accused broke a lock on a sluice-gate belonging to an irrigation board in the mistaken belief that he had a right to the water in the sluice (*Barker* 1937 EDL 79), or that he destroyed posters that were placed on his wall in the belief that he was asserting his rights (*Gordon* 1916 CPD 69), or that he removed a fence, because he believed that he had a right to do so if it was being erected on an incorrect boundary line (*Mtshiselwe* 1957 3 SA 313 (E)), or that he shot trespassing pigs mistakenly believing that certain legislation relating to pounds gave him the right to do so (*Woodburn* 1944 NPD 1).
- 4 On charges of abduction and rape the accused relied upon the custom of *twala* (*Sita* 1954 4 SA 20 (E) and *Mane* 1948 1 SA 196 (E) respectively).
- 5 On a charge of trespass, the accused mistakenly claimed to have a right of way (*Moorcroft* 1916 OPD 10; *Hempel* 1933 EDL 123) or some other right to remain on the property (*Williams & Donovan v Howard* 1910 TPD 105; *Venter* 1961 1 SA 363 (T)).

- 6 On a charge of perjury, it appeared that the accused said something which he mistakenly believed he had a right to say (*Bushula* 1948 2 SA 759 (O)).
- 7 On a charge of contempt of court it appeared that the accused ceased to make the payments he was ordered by a magistrate to make, because he mistakenly believed that he did not need to make any further payments under the order since he was about to institute an action against his wife for restitution of conjugal rights and that until that action had been determined he need not make any further payments (*Holder* 1930 NPD 63).
- 8 On a charge concerning the production of stock in a betterment area for counting, it appeared that the accused mistakenly believed that if they objected to their land being included in a betterment area, the land in question could not be included in a betterment scheme (*Mabai* 1966 2 SA 533 (E)).
- 9 On a charge relating to the contravention of a house-arrest order, it appeared that the accused mistakenly thought that she was entitled to receive members of the family (*Mandela* 1971 4 SA 1 (T)).
- 10 On a charge relating to the unlawful occupation of premises in a group area, it appeared that the accused mistakenly thought that his occupation was justified by a lease (*Moola* 1971 4 SA 11 (T)).
- 11 On a charge of keeping a smelting pot without being in possession of a permit, it appeared that the accused mistakenly thought that they would not need a permit for it if they ceased to operate it and dismantled the heating apparatus (*Bledig* 1974 2 SA 613 (RA)). On a charge of allowing a disqualified person to occupy premises in a controlled area without being the holder of a permit, it appeared that the accused mistakenly thought it was not necessary to obtain a permit if the person in question was of the same race group as he was (*Kaba* 1970 1 SA 439 (T)) and on a charge of carrying on a trade without being in possession of a licence, it appeared that the accused mistakenly thought that he could continue to trade without a licence as long as he duly applied for the licence and tendered the necessary fees (*Nagappan* 1926 TPD 299).
- 12 On a charge of being in possession of a firearm without being the holder of a licence, it appeared that the accused mistakenly relied upon a provision which would have justified his possession as being in the ordinary course of the business of his employer as licensed dealer (*Lightfoot* 1979 3 SA 254 (T)) or that the accused mistakenly thought that he could keep the firearm concerned in his possession, because the owner who entrusted it to him was entitled to possess it (*Appleton* 1982 4 SA 829 (ZSC)).
- 13 On a charge of stock theft, it appeared that the accused mistakenly believed that he was entitled as *negotiorum gestor* to keep certain calves as security for the payment of his claim for compensation (*Ferreira* 1970 2 SA 729 (O)), and that he therefore believed his conduct to have been justified.
- 14 A number of cases concerned charges of theft under the following circumstances: where an accused mistakenly believed that bottles which are never sold, nevertheless become his property, if purchased at a public auction (*Van Wezel* 1937 TPD 3); where an accused mistakenly believed himself entitled and even obliged during a war to seize certain property of a rebel who had joined the enemy and had torn up the rails on a railway

line (*Pony* 1900 14 EDC 131); where the accused mistakenly believed that he had the right to sell a vehicle which was obtained under hire-purchase provided that he had the balance of the purchase price available to pay when he learned what the amount was which had to be paid (*Van der Westhuizen* 1965 1 SA 773 (T)); where the accused mistakenly believed that his unauthorised "borrowing" of a *res fungibilis* was justified by his intention to replace it (*Koekemoer* 1959 1 PH H 31 (O); *Banet* 1973 4 SA 430 (RA)); where the accused mistakenly believed himself entitled to take a sheep belonging to his neighbour in exchange for one of his own which had strayed to his neighbour's farm (*Scott* 1911 EDL 46) or to keep a government horse which he replaced with one of his own without following the prescribed procedure (*Latham* 1980 1 SA 723 (RA)). It is worth noting that most of the above-mentioned cases dealt with assumed grounds of justification arising out of private law.

5 Conclusion

It has been submitted that the traditional distinction between ignorance or mistake of fact and that of law should be replaced by a distinction between ignorance or mistake relating to an element contained in the definition of a proscription and ignorance or mistake in respect of the unlawfulness of the conduct in question. Copious use has been made of examples taken from our case law, but it is believed that this has been necessary in order to illustrate clearly how this distinction has been applied in practice.

It now becomes necessary to evaluate the view which continues to distinguish between ignorance or mistake of law and ignorance or mistake of fact. Snyman's arguments in favour of such a continued distinction, and of admitting ignorance or mistake of law as a ground excluding intention only when such ignorance or mistake was reasonable, seem to postulate an obligation to *know the law* (179-80). His concern is with the accused's duty to "have been aware of a certain rule of law" (180) and even his statement that it would be untenable indiscriminately to allow every *mistake* of law as a defence, is backed up with an example relating to *ignorance* of law (179 n 35). But mistake presupposes that an accused was aware that his conduct was in principle subject to a criminal sanction. Whereas ignorance relates to the *existence* of the criminal provision, mistake relates to its *application* to the accused's conduct in a given instance.

As has been mentioned, however, our case law has only very seldom been concerned with an accused who was entirely ignorant of the legal provision in question, most cases having dealt with an accused's mistaken belief that his conduct was justified, either because of a mistaken reliance upon an acknowledged ground of justification (4(e)(i) *supra*) or because of reliance upon a putative ground of justification (4(e)(ii) *supra*). The few cases dealing with ignorance - in contradistinction to mistake - have been concerned not with ignorance of the existence of the legal provision whereby the crime in question was established (the definition of the proscription), but with ignorance of the presence of one or more of its elements (3(a) *supra*), which ignorance actually related to facts rather than to the law. Moreover, many mistakes in respect of grounds of justification, that is, all instances where the accused mistakenly relied upon an acknowledged ground of justification, also concerned a purely factual situation,

rather than a legal one (4(e)(i) *supra*). In other words, the only instances of so-called ignorance or mistake of law that really do relate to the law, are the (rare) cases of total ignorance of the legal provision in question and where the accused relies upon a putative ground of justification (known as establishing a claim of right).

It is submitted that there are cogent arguments in favour of *De Blom's* (*supra*) ruling that even total ignorance of the existence of the legal provision in question should – without qualification – serve to exclude intention (*cf* Rabie 1977 *De Jure* 4 11–19). But it is further submitted that the same and even stronger reasons apply for accepting that an accused's mistake of law, which, as has been pointed out, in effect amounts to a reliance upon a putative ground of justification, should without qualification exclude intention. It must be remembered that as far as grounds of justification are concerned we are not dealing with a concrete legal provision contained in readily accessible legislation, but with the vague criterion of the *boni mores* which is supposed to indicate when the defence in question is acceptable as a ground of justification (Snyman 68–71). Our courts and academics have experienced enough difficulty with the interpretation and application of this criterion and it can therefore hardly be expected of an accused to interpret and apply the criterion correctly before he can avoid liability for a crime requiring intention. In any case, it is not immediately clear how it would be determined in practice whether or not an accused's mistake of law in this respect was reasonable, according to Snyman's view. He concedes that the *boni mores* concept amounts to the same thing as objective reasonableness (69) and yet the accused's mistake of law as such must also be reasonable in order to exclude intention. He points out, however, that an unreasonable mistake of law is for all practical purposes a negligent one (179) and that objective reasonableness (the criterion for unlawfulness) can be distinguished from the reasonable man (the criterion for negligence) (73).

Snyman's view then means that only non-negligent ignorance or mistake of law will avail an accused who claims – in respect of a crime requiring intention – that he was not aware of the fact that his conduct was unlawful. This simply implies that the distinction between intention and negligence would be eliminated, at least in so far as the accused's ignorance or mistake in respect of the unlawfulness of the conduct in question is concerned. Snyman himself recognises that negligence must extend to the element of unlawfulness (190), but fails to explain why this same requirement also applies in respect of crimes requiring intention, and why there should therefore be no distinction between intention and negligence in this respect. Intention and negligence are, after all, different concepts and should thus be distinguished from each other. Moreover, crimes requiring intention are in principle regarded as more serious than crimes requiring negligence. It is submitted that one of the most important differences between the two concepts, and the greater blameworthiness of intention, consist therein that the accused who acts intentionally takes action *knowing* that it is or may be unlawful, while the negligent actor is *unaware* of the fact that his conduct is or may be proscribed by the criminal law. Snyman's view cancels or at least blurs this distinction.

A further objection to the view that an accused's ignorance or mistake as regards the unlawfulness of his conduct will exclude his fault for crimes of intention only if such ignorance or mistake was not negligent, is that it would

seem inconsistent to regard only an accused's negligent ignorance or mistake as regards the unlawfulness of his conduct as blameworthy and not his negligent ignorance or mistake as regards elements contained in the definition of the proscription. Snyman (158-62) agrees with the well-established theory and practice that a purely subjective approach must be followed in respect of mistakes relating to an element contained in the definition of the proscription, but, as has been pointed out, refuses to follow this approach in respect of mistakes relating to the element of unlawfulness. If blameworthiness in the form of negligence is to be the criterion according to which the acceptability as a defence (with respect to crimes of intention) of ignorance or mistake as regards the unlawfulness of conduct is to be judged, this same principle ought consistently to apply to the acceptability of ignorance or mistake as regards an element contained in the definition of the proscription. In fact, since elements contained in the definition of the proscription frequently relate to facts of everyday life, it may be argued that as these facts are more readily ascertainable, the accused who negligently is ignorant or mistaken as to their existence or nature, is even more blameworthy than the accused who is negligently ignorant or mistaken as to the unlawfulness of his conduct. Pursued to its logical conclusion, Snyman's view would seem to lead to the subversion of the concept of intention and its replacement by negligence as the only form of blameworthiness.

ANDRÉ RABIE

University of Stellenbosch

LABUSCHAGNE EN DIERE AS REGSUBJEKTE

In 'n aantekening (1984 *THRHR* 338) kom Labuschagne tot die gevolgtrekking dat 'n individu in sekere gevalle terselfdertyd regsobjek en regsobjek kan wees. Hierdie stelling het uitlopers na verskeie regsteoretiese raakpunte. Daarom sal hierin kursories aandag gegee word aan enkele aspekte wat hierdeur aan die orde kom, naamlik die bestaan van die subjektiewe regsverhouding en dié van die regsobjek.

Skrywers verskil met mekaar oor die bestaan, aard en inhoud van die subjektiewe reg en die regsobjek. Dit spruit voort uit die verskillende sienings oor die subjektiewe regsverhouding en daarom sal dit die moeite loon om 'n kort oorsig oor standpunte in hierdie verband te gee ten einde te bepaal of daar enige waarheid in die stelling van Labuschagne steek.

Kelsen

Hierdie aartspostivis, wat die bestaan van die subjektiewe reg bestry, se sienswyse van die subjektiewe reg is slegs te verstaan deur te kyk na die geheel van sy regsteorie, "die reine Rechtslehre." Drie elemente staan duidelik uit in sy teorie, naamlik sy positivisme, normativisme en formalisme.

Kelsen se positivisme

"Die reine Rechtslehre ist die Theorie des Rechtspositivismus" (Jonkers *Het subjektiewe Recht in het Licht der Gerechtigheid* 19). Per definisie is daar geen verskil tussen reg en positiewe reg nie. Dit hou enersyds in dat alles wat

gepositieër is (dit is alles waaraan die gesag van staatsdwang as regsgevolg geheg word) regs werklikheid is, en andersyds dat alles wat nie gepositieër is nie “meta-rechtlik” is. Dit kan enige iets wees, selfs die politiek of die etiek. Dit het nie regs kwaliteit nie. Hiermee saam hang Kelsen se stelling dat geregtigheid volkome los van die reg staan.

“Die reine Rechtslehre will das Recht darstellen so wie es ist, ohne es als Gerechzt zu legitimieren oder es als Ungerechzt zu disqualifizieren; sie fragt nach dem Wirklichen und Möglichen, nicht nach dem wirklichen Recht” (Kelsen *Reine Rechtslehre* 17).

Kelsen se normativisme

Die objektiewe reg is die uitgangspunt, middelpunt en eindpunt van Kelsen se regsbeskouing, want die reg is norme en norme vind hulle uitdrukking in objektiewe regsreëls. Hiermee saam ontken hy die bestaan van ’n subjektiewe reg.

“Das Recht ist seinem Wesen nach objektiv. Nicht objectives Recht ist kein Recht. Ganz ebenso wie es keine subjektive Natur gibt, kann es kein subjektives Recht geben, weil das Rechtsgesetz ebenso wie das Naturgesetz mit seiner Objektivität, der Objektivität seiner Geltung, seinen immanenten Sinn verlore” (Kelsen *Allgemeine Staatslehre* 54).

Kelsen se formalisme

Objektiewe regsreël; norm; “sollen” is begrippe met dieselfde betekenis vir Kelsen. ’n Objektiewe regsreël is bloot ’n hipotetiese oordeel, nie ’n imperatief nie. “Wenn du dich so verhältst, will der Staat so handeln” (Kelsen *Hauptprobleme der Staatslehre* 228).

Nou behoef dit sekerlik geen betoog dat hier geen plek vir die bestaan van subjektiewe regte gelaat word nie en Kelsen ontken trouens die bestaan daarvan. Getrou aan sy denke is daar vir Kelsen geen plek vir ’n regs subjek as draer van regte nie, maar is die subjek bloot pligs subjek – hy dra slegs verpligtinge. Aangesien die norm die enigste regsrealiteit is, is ’n plig die enigste subjektiewe korrelaat daarvan.

“Zu einem bestimmten Verhalten ist ein Mensch in soweit rechtlich verpflichtet als das Gegenteil dieses Verhaltens in der Rechtsnorm als Bedingung für einen als Unrechtsfolge qualifizierten Zwangakt gesetzt ist . . . Damit ist die Rechtspflicht als die allein wesentliche Funktion des objektiven Rechts erkannt” (Kelsen *Reine Rechtslehre* 47).

Jonkers toon aan dat as Kelsen se teorie onveranderlik sou geld, hy die reg as instelling se bestaan daardeur ontken omdat die reg nou ’n blote tegniese magsinstrument word. Dit wil ook voorkom asof hy die mens regs subjektieweiteit ontse omdat die mens bloot deelneem aan ’n “Totalrechtsordnung” terwyl slegs die staat die personifikasie daarvan is. Die mens is “ein Stück des objektiven Rechts” (Kelsen *Allgemeine Staatslehre* 64).

Kelsen kan dus nooit die bestaan van ’n subjektiewe reg erken as ’n regsrealiteit nie. Gevolglik sal hy ook geen probleem ondervind om die bestaan van die resobjek te ontken nie.

Hegel en Windscheid

Hegel en Windscheid was eksponente van die wilsteorie. Beide erken die bestaan van die subjektiewe reg, maar verskil oor die inhoud daarvan. Hegel konkludeer dat ’n subjektiewe reg in wese saaklik is (selfs al sou dit die gestalte van ’n persoonlike reg hê) omdat die individuele wil teenoor die buitewêreld staan en dit orden. Gevolglik slaan die individuele vryheidsmag slegs op sake en nie op persone nie.

Verskeie skrywers tree na vore as eksponente van die wilsteorie, maar daar word voor die voet met Hegel verskil oor die saaklike aard van subjektiewe regte. So evolueer Windscheid in sy *Lehrbuch des Pandektenrechts* van 'n saaklike na 'n persoonlike opvatting: "Alle Rechte bestehen zwischen Person und Person, nicht zwischen Person und Sache." (167) Maar wanneer hy gedwing word om stelling in te neem oor die inhoud van die subjektiewe reg maak hy 'n tweede flinke ommekeer. Aanvanklik verkondig hy dat die individuele wil van die reghebbende die inhoud van die subjektiewe reg bepaal, want sy definisie daarvan as 'n deur die regsorde verleende wilsmag laat die individuele wil as bevelende outoriteit optree. Nadat hy met besware gekonfronteer word, neem hy later 'n totaal teenoorstaande standpunt in en stel hy dat "der im subjektiven Recht gebietende Wille nur der Wille der Rechtsordnung ist, nicht der Wille des Berechtigten" (150). Besware wat Windscheid hiertoe gebring het, was onder andere dat daar by willoses (byvoorbeeld *infantes*) geen wil aanwesig is nie. (Tog kan die bestaan van 'n subjektiewe reg ook vir hulle nie ontken word nie, want so 'n *infans* kan tog sekerlik 'n eienaar wees en kan ook persoonlikheidsregte hê, byvoorbeeld die reg op liggaamlike en geestelike integriteit.)

Hierdie standpunt van Windscheid is onaanneemlik want per konsekwensie ontken dit ook die bestaan van 'n subjektiewe reg. Dit spreek uit die feit dat slegs die objektiewe regsorde se wil kan beveel en hierdie wil stel dan die kern van die subjektiewe reg daar. Sodoende word die objektiewe regsorde die enigste regsobjek.

Dooyeweerd

Teenoor die voorgaande standpunte staan dié van Dooyeweerd dat die subjektiewe reg ook bestaanbaar is tussen regsobjek en regsobjek. Nadat hy aantoon dat 'n eienaar eiendomsreg oor 'n regsobjek het, sê hy:

"En als dese subject-object relatie geen rechts-betrekking waren, van welken aard zou zij dan wel moeten zijn? Binnen der rechtskring zijn slechts rechts-betrekkingen bestaanbaar.

Daar nu niet te loochenen valt, dat binnen der rechtskring een relatie bestaat tusschen den zakelijk gerechtigde en het object van zijn zakelijk recht of tusschen den persoonlik gerechtigde en het object van zijn persoonlik recht, zoo kan per consequens niet worden geloohend dat het hier inderdaad een juridieke relatie betreft. Maar natuurlijk, een subjektiewe rechtsbetrekking als tusschen kooper en verkooper bestaat, staat geenszins op een lijn met een subject-object betrekking in den rechtszin. Onmiddellijk geef ik toe dat een juridieke subject-object-betrekking steeds afhankelijk is van een rechtsbetrekking tusschen meerdere rechtssubjecten" (*Encyclopaedie der Rechtswetenschap* deel 2 19).

In die lig van hierdie argument is dit duidelik dat daar bepaalde probleme deur Labuschagne se argument geskep word. As dit so is dat die persoon A die objek van B se subjektiewe reg is – teenoor wie sou die subjektiewe reg afdwingbaar wees? Dit is duidelik dat in die noodweersituasie wat Labuschagne skets, daar slegs 'n regsbetrekking tussen A en B bestaan terwyl dit tot die wese van die subjektiewe reg behoort dat die subjektiewe reg afdwingbaar teenoor derdes is sodat hulle verbied word om inbreuk te maak op die subjektiewe regsverhouding wat bestaan tussen die regsobjek en die regsobjek. Labuschagne bly in gebreke om aan te toon hoe die subjektiewe reg in hierdie geval teenoor derdes afdwingbaar sal wees- dit wil my trouens voorkom asof inbreukmaking in hierdie geval nogal deur B verwelkom sal word.

Die tweede aspek wat hieruit voortvloei, is die argument dat die individue regtens objektiveerbaar is. Hiermee kan ek my ook nie versoen nie aangesien

sodanige siening getuig van 'n wanopvatting oor die wese van regsobjektiewiteit enersyds en oor die aard van die regsobjek andersyds. Ofskoon hierdie mistasting vanuit meerdere hoeke gekorrigeer kan word, sal ek my slegs beperk tot 'n besinning oor die aard van die regsobjek. Dit is ook gepas om in hierdie verband Dooyeweerd *ipsissima verba* aan te haal.

In sy werke *Grondproblemen in de Leer der Rechtspersoonlijkheid* (deel 2 404 e v) en *Encyclopaedie der Rechtswetenschap* (deel 2 58 e v) ontleed Dooyeweerd die regsobjek soos volg:

[M]en [zal] het subjektieve recht slechts bevredigend . . . kunnen vatten, wanneer men erkent dat daarin de juridische subject-object-relatie essentieel is en dat deze subject-object-betrekking aan een vaste kosmische wetmatigheid is gebonden" (*Grondproblemen* 404).

Hy vervolg:

[Reeds] is aangetoond, hoe de subject-object-relatie binnen een aspect der werkelijkheid onverbrekelyk gebonden blijft aan die volgorde waarin die onderscheiden wetskringen in den tijdelijken werelddesamenhang zijn gevoegd. In de theorie der wetskringen is aangetoond dat deze wetskring [die juridiese] in een reeks andere is gefundeerd, welke dus in die kosmiese orde aan hem vooraf gaan, terwijl alleen de wetskring der moraal en die van het geloof een latere plaats in deze orde innemen. Daarom kan realiter noch een moreele liefdesverhouding, noch een subjectief geloofsinzicht object van recht worden. Daarentegen kan in beginsel alles rechtsobject zijn wat vatbaar is voor economisch waardeering, omdat die economiese wetskring in de kosmiese orde met den aesthetischen onmiddellyk aan den juridischen voorafgaat.

En omgekeerde kan niets tot rechts-object worden wat principieel geen economiese waarde (deze is volstrekt niet identiek met die geldelijke marktwaarde) kan hebben. Datgene, wat geen economiese waarde bezit, als die vrije lucht, is juridisch ook niet als object aan een subject toedeelbaar. En bovenal kan binne denzelfden wetskring het subject zelve nimmer als object fungeren. Zoomin men een subjectief gevoel als een zinnelyk object psychisch kan gewaarworden of het eigenlyk logisch subject-object van een begrip kan zijn, zoomin kan die rechtssubjectiviteit als zoodanig tegelyk als rechts-object fungeer (*Grondproblemen* 405).

Dit blyk dus dat ekonomiese waarde die kriterium is om te bepaal wat 'n regsobjek is. Alhoewel onmiddellyk toegegee moet word dat daar nie eensgesindheid bestaan oor die presiese betekenis en inhoud van ekonomiese waarde nie, is die feit dat dit deur skrywers as geldingskwalifikasie gestel word baie belangrik. Die ekonomiese wetskring is 'n substraat van die juridiese en slegs dit waarheen geretrosepeer kan word vanuit die juridiese wetskring kan 'n regsobjek wees (Van Zyl en Van der Vyver *Inleiding tot die Regswetenskap* 41 42). Maar sekerlik die belangrikste rede hoekom die mens nooit volledig regtens geobjektiveer kan word nie, is omdat die mens meer is as die blote samevoeging van sy tydelike funksies – hy is primêr 'n religieuse wese wat deur die kern van sy eksistensie, sy hart, die tyd transendeer (Van Zyl en Van der Vyver 43). Hierdie feit is die basis van die individu se regsobjektiewiteit. Sy hart, synde sy bo-tydelike sentrum wat sy verhouding tot God bepaal, is nie deel van die mens se tydelike bestaan nie en juis as gevolg hiervan is dit nie regtens objektiveerbaar nie.

Hieruit blyk dat die mens nooit in enige omstandighede regtens ten volle geobjektiveer kan word nie. (Van der Vyver toon egter aan dat sekere van die mens se tydelike funksies wel regtens objektiveerbaar is.) Dit is ook so dat die mens 'n religieuse wese is wat hom onderskei van diere wat geen religieuse wesens is nie. Diere kan wel as subjekte optree, maar nie as regssubjekte nie. In die eerste ses wetskringe waar dit gaan oor die aritmetiese, die ruimtelike, die kinematiese, die energetiese, die biotiese en die psigiese kan diere wel as subjekte

optree, maar in die orige wetskringe vervul hulle slegs 'n objeksfunksie (Van Zyl en Van der Vyver 41).

Slotopmerkings

Soos uit die bespreking van die teorieë van Kelsen, Hegel en Windscheid blyk, is dit belangrik dat 'n mens kwessies waar regsobjektiewiteit, subjektiewe regte en regsobjekte ter sprake kom, versigtig moet benader. Dit deug eenvoudig nie om op lukrake wyse met die begrippe om te gaan sonder om deeglik te besin oor die fundering daarvan nie. Daarom loon dit die moeite om kennis te neem van 'n behoorlik gefundeerde siening soos dié van Dooyeweerd en behoort Labuschagne, eerder as om hierdie begrippe kasuïsties te benader soos hy wel doen, 'n behoorlike fundering vir sy stellings aan te bied.

JA ROBINSON

Die Potchefstroomse Universiteit vir CHO

ARTIKEL 115 – WINDE VAN VERANDERING IN BOPHUTHATSWANA

1 Inleiding

Dit is welbekend dat die voormalige hoofregter van Bophuthatswana, regter Hiemstra, 'n enger benadering as die Suid-Afrikaanse howe gevolg het met betrekking tot artikel 115 van die Strafproseswet van 1977. (Sien o a Van der Merwe, Barton en Kemp *Plea Procedure in Summary Trials* (1983).) Dit blyk egter dat die hooggeregshof van Bophuthatswana se benadering tans meer in ooreenstemming met dié van Suid-Afrika is. (Soos uitgestip in *S v Seleke* 1980 3 SA 745 (A); *S v Nkosi* 1984 3 SA 345 (T)).

2 Verduideliking van Regte en Beskuldigde se Swygreg

In *S v Thomas* (1978 2 SA 408 (B)) merk regter Hiemstra op dat die beskuldigde nie noodwendig daarop gewys hoef te word dat hy mag swyg nie; intendeel hy moet uitgenooi word om te praat. Hierdie standpunt is effens afgewater in *S v M* (1979 4 SA 1044 (B)). In hierdie saak is beslis dat 'n beskuldigde oor die bestaan van sy swygreg ingelig moet word. Dit blyk egter dat die waarskuwing volgens die regter beperk is tot die geval waar vrae deur die hof gestel word en dat dit nie die pleitverduideliking ingevolge artikel 115(1) raak nie.

Tans moet 'n beskuldigde egter ten volle oor sy swygreg ingelig word. In *S v William Mahlangu* (CA R133/84, Bophuthatswana se hooggeregshof-saaknommer) is dit soos volg gestel:

“On the other hand the Supreme Court have shown their insistence that the accused should be informed that he does not need to make any statement and also that he is not obliged to answer any questions which may be put to him by the Court.”

Die hof gaan verder en sê:

“This Court has again more recently emphasised these requirements, including the necessity that the explanation should be properly recorded.”

In *S v Isaac Malengwane* (CA R201/84) het die verhoormagistraat slegs genoteleer: "Provisions of Sect 115 explained to the accused and he understands." Tydens hersiening merk die regter op:

"Unfortunately he failed to record such explanation as it was stated in a number of recent decisions of this court that it should be recorded."

Hierdie versuim was een van die redes waarom die skuldigebevinding en vonnis tersyde gestel is. Tydens die era waarin regter Hiemstra hoofregter was, is die volle verduideliking, waar die notule in gewone skrif afgeneem is, nooit genoteleer nie. Indien die magistraat genoteleer het dat hy die bepalinge van artikel 115 aan die beskuldigde verduidelik het, of selfs slegs genoteleer het dat hy ingevolge artikel 115 opgetree het, is dit as voldoende aanvaar.

Met betrekking tot die beskuldigde se keuse om te swyg, is in *S v Isaac Makgale* (CA R96/82) gesê:

"Dan is sy keuse vatbaar vir 'n afleiding dat hy eers wou hoor wat die Staat kan bewys sodat hy sy getuienis daarby kan aanpas, wat sy geloofwaardigheid in 'n swak lig stel. Voordat enige ongunstige afleiding teen 'n beskuldigde gemaak kan word, moet hy egter 'n geleentheid kry om te sê waarom hy verkies om te swyg."

Alhoewel geen onlangse beslissing gevind kon word wat spesifiek oor die aspek handel nie, is die volgende *obiter* stelling in *S v William Mahlangu* (hierbo) insiggewend. In hierdie saak was die omvang van die vrae wat ingevolge artikel 115(2)(a) gestel mag word ter sprake. Die regter merk soos volg op:

"Before dealing with the various earlier decisions I wish to emphasize that in my view a person appearing on a criminal charge in a court in this country has a constitutional right to plead not guilty."

Daar word aan die hand gedoen dat in hierdie *dictum* ingelees kan word dat 'n beskuldigde geregtig is om van die staat te verwag om sy skuld te bewys en gevolglik moet geen nadelige afleiding teen hom gemaak word indien hy sou verkies om sy swygreg uit te oefen nie.

3 Doel en Omvang van Vrae ingevolge Artikel 115(2)(a)

Met betrekking tot artikel 115(2)(a) merk regter Hiemstra in *S v Bepela* (1978 2 SA 22 (B)) op:

"It is true that these provisions are permissive and not mandatory because the wording is that the court 'may' follow this procedure. Nevertheless, there should be a compelling reason for not following the procedure, because the legislature has created elaborate new legal machinery and the intention is obvious that the court should use it."

Die regter gaan voort deur daarop te wys dat die betrokke ondervraging onvoldoende was en meld verskeie vrae wat die verhoormagistraat behoort te gevra het. Hierna sê hy:

"The answers to these questions could have prompted further questions, so as to bring the accused's *full defence* to light. *The only limitation* is that matters not stated or suggested by the charge cannot form the basis of interrogation unless they are put forward by the accused himself in his answers and it is necessary to elucidate what he tries to convey" (my kursivering).

In *S v Thomas* (hierbo) stel regter Hiemstra dit soos volg: "[T]he court is entitled to question the accused *until it is clear* what his defence is" (my kursivering).

In die onlangse beslissing van *S v William Mahlangu* (hierbo) het die beskuldigde tereg gestaan op 'n klag van diefstal van R700 kontant. Sy pleitverduideliking ingevolge artikel 115(1) lees soos volg:

“Oupa Nation het my geneem na my suster se huis te gebied 3, Garankuwa. Voor die huis het ’n Datsun gestaan. Ek weet nie wie se kar dit is nie. Oupa wys my toe ’n koevert wat op die voorste sitplek gelê het. Ek het die koevert gevat. In die koevert was geld. Dit nie getel nie. Later dieselfde dag is ek te gebied 6 van die geld beroof.”

Die volgende vrae en antwoorde is ingevolge artikel 115(2)(a) gestel en verskaf:

“V: Hoe ken jy vir Oupa?

A: Hy is my neef.

V: Geweet dit is iemand anders se geld?

A: Ja.

V: Geweet jy doen verkeerd?

A: Ja.

V: Wat wou jy met die geld maak?

A: Sou dit nog gebruik. Nog nie besluit waarvoor nie.

V: Betwis jy dat dit R700 was?

A: Nee.

V: Jy erken alles. Hoekom pleit jy onskuldig?

A: Ek is skuldig.

V: Verander jy jou pleit na skuldig?

A: Ja.”

By hersiening is beslis dat die verhoormagistraat die perke van artikel 115(2)(a) oorskry het en dat sy ondervraging op kruis-ondervraging neerkom. Die skuldigbevinding en vonnis is gevolglik tersyde gestel. Met verwysing na die verhoormagistraat se redes, merk die regter op:

“The Magistrate tries to find support and justification for his questioning in a number of reported decisions. It does not seem to me that such support can be found in *S v Bepela* 1978 2 SA 22 (B), nor indeed in *S v Thomas* 1978 2 SA 408 (B).”

Hierdie benadering stem wesenlik ooreen met die benadering wat die Transvaalse hooggeregshof in *S v Petrus Selemago* ingeneem het. (Die saak is nie gerapporteer nie, waar word *in toto* weergegee in *Die Landdros* bd 19 nr 3 96.) Selemago het onskuldig gepleit op ’n klag van huisbraak met die opset om te steel en op ’n klag van diefstal en sy verweer soos volg geopenbaar:

“Ek ontken dat ek enige misdaad gepleeg het. Dit is klaer se werknemer wat die goedere gesteel het.”

Hierna is die volgende vrae en antwoorde ingevolge artikel 115(2)(a) genotuleer:

“V: Wat is sy naam?

A: Peter. Ek ken nie sy van nie.

V: Het u hom gesien inbreek en steel?

A: Nee, wat gebeur het: Die man [is] ’n persoon wat lank daar werk. Hy het binne gegaan en die goed geneem en aan my gegee. Ek het net buite gestaan.

V: Sou julle die goedere deel?

A: Ja, ons het so ooreengekom. Ons het die goed verdeel. Ek het vier horlosies gekry en hy het ook horlosies gekry, maar ek weet nie hoeveel nie. Hy het die pak klere gekry. Ek het R25,00 kontant gekry. Ons het dit ook gedeel.”

Bogenoemde erkennings is hierna ingevolge artikel 220 formeel genotuleer. (Dit is volgens Wet 6 van 1980 (Bophuthatswana) wat artikel 115 wysig om hiervoor voorsiening te maak, nie nodig om erkennings ingevolge artikel 220 formeel te notuleer nie. Erkennings tydens pleitstadium gemaak, bly summier as sodanig staan.) In sy uitspraak sê regter Spoelstra die volgende:

“Die vraag is nie of die beskuldigde se verweer ’n goeie of ’n slegte verweer is nie want ’n pleit van onskuldig is op sigself ’n goeie pleit. Die vraag is ook nie of die verweer volledig en duidelik is, al dan nie. Die vraag is of die verweer, soos geformuleer, ’n twyfel laat ontstaan of die beskuldigde daardeur sekere feite in die klagstaat vermeld wel betwis maar ander moontlik nie wil bestry nie. Slegs dan mag vrae gevra word tot die mate wat nodig is om daardie onduidelikheid op te klaar.”

En verder:

“Ek begryp nie hoe die besonderhede van die beweerde diefstal deur ’n ander persoon die onderwerp van ’n ondervraging ingevolge artikel 115(2) kan uitmaak nie . . . Die antwoorde daarop het in hierdie geval katastrofiese gevolge vir die beskuldigde gehad.”

Die skuldigbevinding is gevolglik tersyde gestel.

4 Slot

Twee vrae wat na aanleiding van die voorgaande opduik, is eerstens of die onreëlmatighede in *Mahlangu* en *Selemago* se sake sodanig is dat dit summiere tersydestelling van die skuldigbevindings regverdig. Hulle antwoorde op die hof se vrae was inderdaad katastrofaal maar het nogtans duidelik hul skuld aangetoon. Die volgende opmerking in *S v Van Eeden* (1964 1 PH H42 (T)) is hier relevant:

“Dit is ’n volslae wanopvatting dat die beskuldigde daartoe geregtig is om deur die hof in watte toegerol te word.”

’n Tweede vraag, wat met huiwering gestel word, is of artikel 115 nog enige doel in die praktyk dien. Sal dit vir die verhoormagistraat of landdros nie veiliger wees om, onmiddellik na ’n pleit van onskuldig, die aanklaer te gelas om voort te gaan nie? Die toepassing van artikel 115 is immers in die hof se diskresie.

L ELS

Landdros Departement van Justisie

REVIEW OF UNREPORTED CASES REGARDING POSSESSION OF AND DEALING IN DAGGA IN BOPHUTHATSWANA

This is an analysis of unreported decisions regarding sentencing for dealing in and possession of dagga for the year 1983 with particular reference to the implementation of the Abuse of Dependence-producing Substances and Rehabilitation Centres Amendment Act 9 of 1981 (Bophuthatswana).

1 Act 9 of 1981 (Bophuthatswana)

In 1981 section 2 of Act 41 of 1971 was amended by Act 9 of 1981 (Bophuthatswana) to the effect that on conviction for possession of dagga a person may be sentenced:

- “(i) in the case of a first conviction to imprisonment for a period not exceeding ten years;
- (ii) in the case of a second or subsequent conviction, to imprisonment for a period not exceeding fifteen years: Provided that the court convicting an accused under paragraph (b) (i.e possession of dagga) shall if it is proved that the accused after the arrest on the charge upon which he is so convicted furnished to a police officer or any other peace officer and magistrate information revealing the source of his supply of the drug or plant forming the basis of such charge, take the furnishing of such information into account as a mitigating factor when imposing sentence” (s 2(bb)).

The purpose of this act was to persuade a person found in possession of dagga to reveal his source of supply. As such the new provision is aimed at the supplier or dealer. The effect of this provision is that if the accused tells the police where he obtained the dagga, it could lead to the arrest of the dealer, so that the real culprit in the dagga trade can be caught. Up to now it has generally been expected

that magistrates will, where the accused has revealed his source of supply, let him off with a suspended sentence where he is a first offender and the quantity is small.

In *S v Fuleni* 1982 3 SA 294 (B) Hiemstra CJ (Steenkamp J concurring) explained that magistrates will probably feel that where an accused refuses to reveal his source of supply he will not deserve a suspended sentence. Magistrates were therefore requested in all cases of possession to enquire whether the accused was informed of the new law by the arresting policeman. If he has not been informed the duty is upon the magistrate to inform the accused of the new provision and even to postpone sentence to give him a chance to reveal his source to the police. In this regard there is a duty upon the police to follow up the information. When the accused comes up for sentence and if it appears to the court that he has given correct information, this should be taken into consideration as a mitigating factor.

2 Implementation of Act 9 of 1981 (Bophuthatswana)

Reference to a few earlier decisions gives us an idea of the way in which this act is to be applied in practice.

In *S v Wilson Makhubela* CA R42/81 the provisions of Act 9 of 1981 were not implemented by the trial court. The accused was found in possession of 2,2 kilogrammes of dagga. On a charge of dealing in dagga or, in the alternative, of possession, the prosecutor accepted the plea of possession. The accused was sentenced to six months' imprisonment. Regarding the implementation of Act 9 of 1981 Hiemstra CJ commented as follows:

"In addition the magistrate allowed the accused to make a mockery of Act 9 of 1981. This court has on many occasions urged magistrates not to be gullible when the accused says he does 'not know' his supplier. A man with more than two kilogrammes of dagga in his possession obviously knows his supplier."

In *S v Gerard Nthafa* CA R115/82 the accused was found guilty of dealing in dagga and was sentenced to eight years imprisonment. The accused had not been given an opportunity to reveal his source of supply as the magistrate failed to apply Act 9 of 1981. Hiemstra CJ on review set the sentence aside and remitted the case to the magistrate to pass sentence afresh.

3 Recent unreported decisions

From the unreported decisions for the year 1983, interesting patterns in the application of Act 9 of 1981 (Bophuthatswana) emerge. The decisions below came before the Bophuthatswana supreme court during the period January to December 1983.

In *S v Elvis Raphiri* CA R9/83 the accused was found guilty of possessing dagga. The quantity involved was 45 grammes. The accused had a previous conviction of dealing in dagga for a very small quantity. The accused was sentenced to two years of which nine months were suspended for two years, on suitable conditions. The magistrate, however, failed to apply Act 9 of 1981. The accused was not asked to reveal his source of dagga and was thereby deprived of an opportunity to earn further suspension. Hiemstra JP confirmed the conviction but set the sentence aside and remitted the matter to the magistrate to enable him to apply Act 9 of 1981.

In *S v Mirriam Moseto* CA R39/83 the accused was convicted on a charge of contravening section 2(a) of Act 41 of 1971 (dealing in dagga) and she was sentenced to five years' imprisonment. The quantity of dagga involved was 500 grammes.

The magistrate took into account that the accused was a first offender and realised the desirability of keeping a first offender out of prison, if at all possible. He nevertheless imposed a heavy sentence because he was mindful of the seriousness of the offence and the quantity of dagga involved, and wished to impose a sentence that would deter others.

According to Van der Merwe J the magistrate misdirected himself in two respects. In the first place the magistrate found that the mitigating factors were negated by the fact that the accused was not prepared to disclose her source of supply as envisaged by Act 9 of 1981. Van der Merwe J stated that such an approach is wrong. An accused's failure to disclose his source of supply in dagga cases is not an aggravating factor. As such it cannot cancel or outweigh the mitigating factors. The proviso to section 1 of Act 9 of 1981 makes it clear that the disclosure of his source by an accused is purely a mitigating factor and nothing more. According to Van der Merwe J

"If an accused discloses his source of supply this is yet another mitigating factor to be taken into account in addition to all other mitigating factors that might be present but no penalty or sanction attaches to an accused's failure to disclose his source."

In the second place the magistrate drew the inference that the accused was the real principal trafficker in dagga, who had agents all over the country. If this inference had been correctly drawn, a sentence of five years' imprisonment would have been appropriate. After having studied the record very carefully Van der Merwe J could find no factual basis to support the magistrate's inference. In all the circumstances the conviction was confirmed, but the sentence was set aside and replaced by the following:

"Five years imprisonment of which 2 years are suspended for five years on condition that accused does not contravene the provisions of s 2(a) of Act 41 of 1971 during the period of suspension."

S v Simon Lucky Kekana CA R S2/83 illustrates the attitude of magistrates towards an accused who does not reveal his source of supply. In this case the accused was convicted on a charge of contravening section 2(b) of Act 41 of 1971 (possession of dagga) and he was sentenced to nine months' imprisonment.

At the time of the commission of the offence the accused was an inmate of Rooigrond Prison and the dagga was found in his locker to which only he had the key. When he was asked about the dagga by a prison warder the accused denied all knowledge thereof. He similarly denied all knowledge of the dagga in court. On review Van der Merwe J was satisfied that the accused was correctly convicted.

By way of a query Van der Merwe J asked the magistrate why he did not apply the provisions of Act 9 of 1981, thereby depriving the accused of an opportunity to earn a suspended or partly suspended sentence. The magistrate replied that the accused had denied all knowledge of the dagga to the prison warder and in court. Van der Merwe J replied as follows:

"The magistrate's reasoning is fallacious. An accused will often deny knowledge of the dagga before conviction in an attempt to escape conviction. After conviction however he might well change his story and reveal his source if the provisions of Act 9 of 1981

are explained to him. In practice this often happens because an accused then realises that he can earn a suspended sentence if he changes his story and reveals his source. Accused in this case has been denied that opportunity.”

The magistrate's third reason for his failure to apply the provisions of Act 9 of 1981 drew a special comment from Van der Merwe J. According to the magistrate the accused was a prisoner who knew that it is an offence to bring dagga into prison yet he did so. This behaviour, according to the magistrate, indicated that the accused wished to prolong his period of imprisonment and therefore that he had no wish to have portion of his sentence suspended by revealing the source of his dagga. In order to give effect to this wish the magistrate did not apply the provisions of Act 9 of 1981. Van der Merwe J commented as follows:

“This is a totally unjudicial approach. Apart from that, the magistrate's approach is cynical bordering on vindictiveness. A magistrate should have understanding of human frailty and make due allowance therefor in appropriate cases. In this case it is perfectly understandable that a prisoner would attempt to smuggle dagga into prison despite a penalty that might be imposed in terms of the prison regulations if he is caught. That however is no reason to deprive accused of an opportunity to earn a suspended sentence by applying the provisions of Act 9 of 1981.”

Under these circumstances the conviction was confirmed but the sentence set aside and replaced by six months' imprisonment, suspended for five years on condition that the accused does not contravene the provisions of section 2(b) of Act 41 of 1971 during the period of suspension.

In *S v Pillemon Dire* CA R102/83, *S v Joel Mathibi* CA R103/83, *S v Gladness Moleko* CA R134/83 the accused were charged with dealing in dagga, alternatively, possessing dagga in contravention of the provisions of section 2(1) or 2(b) respectively of Act 41 of 1971. Each pleaded not guilty to the main charge of dealing in dagga but guilty to the alternative charge of possessing dagga. In each case evidence was led by the state in order to prove the guilt of the accused on the main charge and a policeman was called to testify as to the circumstances under which it was alleged that the accused had been dealing in dagga.

In two of the cases, in the course of his evidence in chief, the policeman concerned stated that the accused had told him his source of supply. In the third case, the policeman gave similar evidence in reply to a question put to him by the magistrate. This evidence was given because of section 1 of Act 9 of 1981.

Theal Stuart J held that this provision does not in any way alter the law of evidence relating to confessions or admissions and that it is not intended to open the door to the leading of evidence of the aforementioned type before the accused is convicted. The plea in each case was not accepted by the state and the stage had not yet been reached where the magistrate was considering questions of sentence when the witnesses gave their evidence. Theal Stuart J commented as follows:

“Prosecutors must therefore not lead evidence of this nature before conviction unless it is admissible under the normal rules of evidence. If it is to be admissible then the proper foundation must be laid by showing, if it is a confession, or forms part of a confession that the provisions relating to the admission of confessions have been complied with. If it is an admission, then again, the State must, prove that it is admissible as such before the evidence is led.”

Magistrates were similarly urged to ensure that there has been proper compliance with those requirements before statements such as those in question are put on record if it is desired to have them on record before conviction.

Despite what had happened in each of these cases Theal Stuart J was satisfied that the convictions were in accordance with justice because there was sufficient further admissible evidence on record. The convictions and sentences were accordingly confirmed.

In *S v Johannes Mosela* CA R154/83 the accused was found guilty of possession of dagga and was sentenced to a fine of R50 or 50 days' imprisonment. The case was not automatically reviewable but the magistrate of Ditsobotla, when checking the criminal record books, came across it and sent it up for special review in terms of section 304(4) of the Criminal Procedure Act 51 of 1977. He drew the attention of the court to three points which he considered to be irregularities (he is referred to as the "second magistrate" and the trial magistrate as the "first magistrate"):

- i In the first place, a fine is not a competent sentence in terms of section 2 of the Abuse of Dependences Act 41 of 1971 (RSA). Only imprisonment is authorised.
- ii In the second place, the first magistrate failed to apply Act 9 of 1981 (B), in that he did not give the accused an opportunity to reveal the source of his dagga. If the accused had done so, he might have established an important mitigating circumstance.

Regarding failure to apply Act 9 of 1981 (B), Hiemstra CJ remarked that the Bophuthatswana supreme court has referred cases back to the trial court in order to give the accused the opportunity of securing a lighter sentence. The act does not make the procedure compulsory and one cannot say that omission to apply the act is a fatal irregularity. It has, however, become standard practice and the Bophuthatswana supreme court continually urges magistrates to give accused persons the opportunity to reveal their source. The police also have instructions to inform persons arrested for dagga, of the provisions of Act 9 of 1981.

- iii The third point is one on which there is not complete clarity. The accused pleaded not guilty and disclosed his defence in accordance with section 115 of the Criminal Procedure Act 51 of 1977.

The following appears on the record:

"You admit that the dagga mentioned in the charge sheet on the day, time and place was found in your possession as alleged in the charge sheet?"

'Yes I admit.'

'Do you have a licence to possess dagga?'

'No.'

'Dagga is a habit-forming drug?'

'Yes.'

Court: 'Accused has no defence. Accused is found guilty as charged.'

With reference to *S v Talie* 1979 2 SA 1003 (C) and *S v Malebo* 1979 2 SA 636 (B) 643H-644, Hiemstra CJ found that the opinion of the second magistrate that where there is a plea of not guilty, there cannot be a conviction unless the state leads evidence, is not valid. The accused must be informed that his answers amount to a plea of guilty. He must be asked on what basis he pleads not guilty, in the light of his admissions. On this point the first magistrate did commit an irregularity. It is not necessarily fatal. Whether it is fatal or not will depend on whether there is prejudice to the accused.

4 Conclusion

From the cases discussed above it is evident that the Bophuthatswana Supreme Court is keeping a close check on the application of Act 9 of 1981 (B). In the light of the decreasing number of cases regarding dealing in and possession of dagga coming before the Bophuthatswana supreme court, it is clear that this legal measure is positively contributing towards eradicating the evil of dagga. Secondly, one can say with a fair amount of certainty that the magistrates are experiencing fewer problems with the implementation of this measure in Bophuthatswana.

AWG RAATH
University of Bophuthatswana

*It is not the existence of a police force that makes a system of law strong and respected, but the strength of the law that causes a police force to be organised. (per Brierly in *The Law of Nations* 52.)*

JOUBERT v VENTER 1985 1 SA 654 (A)

Laster en privilegie tydens gedingvoering

Hierdie uitspraak van appèlregter Kotzé aangaande die verweer van privilegie ten opsigte van lasterlike uitlatings binne die kader van regsgedinge gemaak, is 'n tydige herbevestiging van vorige *dicta*, samesnoering van losstaande gedagtes uit die gewysdes en ou bronne, en 'n beslissing van aangeleenthede wat in die verlede deur die howe òf oopgelaat òf onaanvaarbaar behandel is. Oor die algemeen gesproke, getuig die uitspraak van 'n deeglike oorweging van die reg en 'n oorwoë standpuntinname ten opsigte van beleidsoorwegings wat heersende norme weerspieël. Wat 'n mens verwelkom, is die duidelike onderskeid wat appèlregter Kotzé telkens maak tussen aspekte wat beslis word en dié wat *obiter* bespreek word. Wat die hofverslag betref, bevat dit 35 bladsye wat gewy word aan die advokate se betoog (die uitspraak self beslaan 23), en 'n mens wil dadelik aanvoer dat 'n meer beknopte aanbieding van die betoog (wat tóg dikwels leerzaam is) aangewese is in 'n geval soos die onderhawige.

Die feitemateriaal waarop die uitspraak gebaseer is, is kortliks die volgende. In 'n reeks ingewikkelde hooggeregshof-aansoeke waartydens uitgebreide beëdigde verklarings opgestel en oorweeg is, het sommige van die appellante sodanige verklarings onderteken wat lasterlike bewerings bevat het aangaande die respondent (wat as voorlopige likwidateur van 'n maatskappy waarvan die eerste appellant 'n direkteur was, aangestel is). Die beëdigde verklarings is deur ene Z, 'n advokaat (en uiteindelik ook 'n appellant), opgestel. Die bewustheid al dan nie van Z aangaande die moontlike lasterlike aard van die bewerings wat hy by die beëdigde verklarings ingesluit het, blyk uit 'n memorandum wat hy aan sy opdraggewers gestuur het, en ook uit 'n gesprek tussen Z en die eerste appellant. In die memorandum het Z die volgende gesê (709G):

“Dit moet daarop gelet word dat die bewering dat die [respondent] hierdie bedrae (R16 431, 49) gevat het, nie in die bankrekening gestort het nie en nog hou, *prima facie* uiters lasterlik is. Ek het dit oorweeg om hierdie bede weg te laat . . . maar ek het daarteen besluit omdat hierdie pertinente bewerings die [respondent] onmiddellik in 'n groot verleenheid stel.”

Z het voorts sy opdraggewers versoek om die aangeleentheid eers te ondersoek alvorens met die uitreik van dagvaarding voortgegaan word. Wat betref die

gesprek tussen Z en die eerste appellant, wat teenwoordig was toe Z een van die lasterlike bewerings gedikteer het, som appèlreger Kotzé dit soos volg op (710D):

“When Zeiss dictated one of the defamatory passages, Joubert remarked that the language was rather robust. Zeiss countered by saying that ‘hy praktiseer vreesloos en as hy nie kan vreesloos praktiseer nie dan stel hy nie belang om te praktiseer nie.’”

Z het later bevestig dat hy op grond van beskikbare inligting tevrede was dat die bewerings gegrond was en dat die bewoording van die beëdigde verklarings gegverdig was.

In die verhoorhof is Z (as advokaat) en die deponente van die beëdigde verklarings (as getuies) aangespreek weens die lasterlike bewerings in die verklarings vervat, en inderdaad deur die hof aanspreeklik gehou. By hoër beroep was dit gemene saak dat die bewerings lasterlik was en dat publikasie daarvan plaasgevind het. Gevolglik het die vermoedens ontstaan dat publikasie wederregtelik geskied het en dat die uitlatings *animo iniuriandi* gemaak is (696A). Sowel die “getuies” as hul advokaat het die verweer van privilegie opgewerp, en die appèlhof moes toe die vraag oorweeg

“whether the defendants have established these defences and thus the lawfulness of the publication. If so, a further question arises: whether the provisional protection afforded by the defence is defeated by affirmative proof by (the plaintiff) of ‘malice’ in the sense explained by Schreiner JA in *Basner v Trigger* 1946 AD 83 at 95, i e the existence of an improper or indirect motive” 696B–C.

Die vraag of die verweer van privilegie gepaard gaan met ’n bewyslas of bloot met ’n weerleggingslas ten opsigte van die eiser se bewerings (“the burden of adducing evidence in rebuttal”) is ongelukkig deur onlangse beslissings vertroebel. Vroeëre uitsprake het die verweerder met ’n bewyslas gelaat ingevolge waarvan hy sy verweer op ’n oorwig van waarskynlikheid moes bewys (kyk veral *Basner v Trigger* (*supra*) 97; *Nydo v Vengtas* 1965 1 SA 1 (A) 13 (per ar Rumpff), 20 (per ar Holmes), 23 (per ar Wessels); *Benson v Robinson & Co (Pty) Ltd* 1967 1 SA 420 (A) 432). In die jongste tyd, daarenteen, het die appèlhof, in navolging van ’n *obiter dictum* van appèlreger Rumpff in *Suid-Afrikaanse Uitsaaikorporasie v O’Malley* 1977 3 SA 394 (A) 403, die eertydse bewyslas as ’n “weerleggingslas” begin beskryf (kyk *Borgin v De Villiers* 1980 3 SA 556 (A) 571; *May v Udwin* 1981 1 SA 1 (A) 10; *Marais v Richard* 1981 1 SA 1157 (A) 1166; en vgl Burchell “*The Administration of Justice and the Defence of Privilege in Defamation*” in Kahn red *Fiat Justitia* (1983) 172 178). Appèlreger Kotzé verkies om die kwessie *in casu* oop te laat, en aanvaar vir doeleindes van sy beslissing dat die verweerder ’n volle bewyslas dra (697G).

Die posisie van ’n getuie wat op die verweer van privilegie steun, verskil wesenlik van dié van ’n advokaat wat hom op ’n soortgelyke verweer beroep. Die rede hiervoor is te vind in sowel die verskil in konteks waarin getuie en advokaat lasterlike uitlatings maak tydens die gedingvoeringsproses, as die verskillende beleidsoorwegings waarop elk se privilegie gegrond is. Om hierdie rede bespreek appèlreger Kotzé die verweer van die getuie (698D–702C) afsonderlik van dié van die advokaat (702E–705D). Ook skrywers van akademiese werke maak die onderskeid (kyk bv Burchell (*supra*); Nathan *The Law of Defamation in SA* (1933) 233–241; Amerasinghe *Defamation and Other Aspects of the Actio Iniuriarum in Roman-Dutch Law* (1968) 107, maar kontrasteer Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die SA Reg* (1980) 323–324; Strauss, Strydom en Van der Walt *Die SA Persreg* (1976) 271; Davidtsh *Animus Iniuriandi*

as Vereiste vir Aanspreeklikheid op grond van Privaatregtelike Laster (1976) 567). Die privilegie wat 'n getuie geniet, ontleen hy aan die feit dat hy onder verpligting verkeer om getuienis af te lê en om alle vrae wat aan hom gestel word, te beantwoord (kyk Voet 22 5 14; 47 10 20; *Norden v Oppenheim* (1846) 3 M 42 60; *Preston v Luyt* 1911 EDL 298 310; Melius de Villiers *The Roman and Roman-Dutch Law of Injuries* (1899) 223). Soos hieronder aangetoon sal word, verkeer die getuie wat slegs 'n beëdigde verklaring gemaak het, in 'n effens verskillende posisie.

Volgens Melius de Villiers (*supra*) kon 'n getuie sy privilegie verbeur indien sy lasterlike uitlating irrelevant of bewustelik vals was. In *Norden v Oppenheim* (*supra*) is verklaar dat die eiser, ten einde die beskerming van privilegie uit die weg te ruim, moet bewys dat die verweerder deur kwaadwilligheid of "malice" gemotiveer was; dat die uitlating vals was; en dat die verweerder onvoldoende rede gehad het om in die waarheid van die uitlating te glo. Hierdie versameling van faktore wat deur die eiser bewys moes word, is in *MacGregor v Sayles* 1909 TS 553 556 nagepraat, en in *Preston v Luyt* (*supra*) is 'n vierde vereiste bygevoeg, naamlik dat die uitlating irrelevant moet gewees het vir die vraag wat aan die getuie gestel is. Appèlregter Kotzé *in casu* verwerp die gedagterigting van hierdie ou sake vir sover hulle te kenne gegee het dat die gestelde vereistes kumulatief (en nie alternatief nie) bewys moes word, en wys daarop dat 'n eiser moontlik "malice" sou kon aantoon (bv deur die aanvoer van ekstrinsieke getuienis) sonder om enige van die ander faktore te bewys. Gevolglik beslis appèlregter Kotzé dat die vereiste van "malice" disjunktief tot die ander vereistes verstaan behoort te word (699E). In hierdie verband is dit insiggewend dat 'n soortgelyke benadering vroeg reeds verkondig is (kyk die minderheidsuitspraak van hr Wylde in *Norden v Oppenheim* (*supra*); maar kontrasteer *Van Rensburg v Snyman* 1927 OPD 123 en *Nathan* (*supra*) 240, wat klaarblyklik die uitspraak van Wylde as dié van die Hof in *Norden* se saak aangesien het).

Dit is egter onduidelik waarom "malice" uitsondering verdien. Dit is enersyds wel so dat die wye verskeidenheid getuienisbronne erken moet word, en dat "malice" ook deur ekstrinsieke getuienis bewys kan word. Andersyds kan 'n mens jou egter gevalle indink waar "malice" die getuie se *gesindheid* binne die kader van die deliksomskrywing daarstel terwyl sy lasterlike *uitlating* aan al die vereistes van die gepriviligeerde geleentheid voldoen. Die getuie se *subjektiewe* motief mag dus wees om die geleentheid te gebruik om X te belaster, terwyl sy uitlating *objektief* beskerm is omdat dit sowel waar as ter sake vir 'n geskilpunt in die geding is. Appèlregter Kotzé beroep hom vir die doeleindes daarvan om "malice" van die ander elemente te skei, op die uitspraak van Schreiner in *Basner v Trigger* (*supra*) waar die volgende gesê is (95):

"Privileged occasions are recognised in order to enable persons to achieve certain purposes and when they use the occasion for other purposes they are actuated by improper or indirect motives, that is, by 'malice'."

Die feit bly egter staan dat die geleentheid bevoorreg is om te voldoen in die behoeftes van die regspleging, waarvan die oogmerk onder andere die vasstel van die waarheid is. Indien die getuie dus vir X belaster ter uiting van sy onbehoorlike motief of "malice," terwyl hy nietemin tersaaklik getuig en boonop die waarheid verkondig, word die regspleging immers steeds bevoordeel en verdien die getuie steeds die beskerming wat die geleentheid uiteraard bied. Anders gestel: die beleidsgrond waarop getuieprivilegie berus, is dat getuies met vrymoedigheid moet kan getuig ten einde die regspleging behulpsaam te wees by

die vasstèl van die waarheid. 'n Getuie wat tersaaklik getuienis lewer wat waar is en wat X belaster, geniet beskerming omdat hy andersins geïnhibeer sou gewees het; sou sy *motief bykomend* wees om X te belaster, behoort dit nie afbreuk te doen aan die privilegie wat deur die geleentheid gebied word nie. Dit sou immers daarop neerkom dat die lewer van tersaaklike, ware getuienis ontmoedig word sodra die getuie se motief nie *bona fide* is nie. Daar word dus aan die hand gedoen dat “malice” op sigself nie die getuie se privilegie die nek kan inslaan nie, maar dat dit eers die geval sal wees waar die uitlating *boonop* òf onwaar òf irrelevant vir die geding is. (Van der Keessel *Praelectiones ad Jus Criminale* 47 10 1; *May v Udwin* (*supra*) 18B).

Die regter meen ook dat die onwaarheid van die uitlating om beleidsoorwegings bewys moet word, maar laat die punt onbeslis (699G). Veel eerder sou 'n mens 'n disjunktiewe benadering wou sien wat die onwaarheidselement van die ander faktore skei. As in gedagte gehou word dat die geleentheid wat beskerm word van so 'n aard is dat die getuie onder eed getuig en dat sy getuienis vermoed word waar te wees, volg dit dat die afê van onware getuienis om beleidsoorwegings met groot erns bejeën word. Die afê van onware getuienis wat X belaster kan boonop in gepaste omstandighede 'n afleiding van “malice” regverdig. Daar word gevolglik betoog dat die eiser die getuie se verweer van privilegie kan oorkom deur onwaarheid te bewys *wat bykomend 'n afleiding van “malice” regverdig*. Wat betref die oorweging dat die dader nie oor redelike gronde beskik het om die uitlating as waar te beskou nie, beslis appèlregter Kotzé dat dit inderdaad 'n minimum vereiste is wat deur die eiser bewys moet word (afgesien van die moontlikheid om “malice” losstaande te bewys) (699H).

'n Interessante vraag wat appèlregter Kotzé in hierdie verband opper (maar uiteindelik ooplaat), is of die eiser nie behoort te bewys dat die getuie inderdaad geen geloof gehad het in die waarheid van sy uitlating nie. Op die oog af lyk dit asof so 'n vereiste uiters beswarend vir die eiser kan wees, dog sodra die eiser die minimum bewys, naamlik dat die dader nie redelike gronde gehad het om in die waarheid van sy uitlating te glo nie, sal die verweerder getuienis *moet* aanvoer om te toon dat hy nietemin so 'n geloof gehad het. Volgens die regter verdien die feit dat die getuie onder eed die lasterlike uitlating gemaak het om beleidsredes erkenning deur sy beskerming effens sterker te maak (700B). Hierdie benadering bots in beginsel met die houding dat “malice” onafhanklik privilegie kan uitskakel — eers word die getuie se posisie verswak, waarna redes gesoek word om dit weer te versterk. Daar word ook aan die hand gedoen dat Melius de Villiers (*supra*) se stelling dat die eiser moet bewys dat die getuie gesweer het “to that which he knew to be false” onoortuigende gesag is vir 'n verdere belading van die reeds beswaarde eiser, veral in die lig van die vermoede dat 'n getuieverklaring waar is (kyk Voet 47 10 20; *Norden v Oppenheim* (*supra*); *Preston v Luyt* (*supra*); *Dold v Van Wyhe* 1917 EDL 375). Dat die regter se voorgestelde uitbreidings van die bewyslas egter strook met die beleidsgronde waarop die getuie se privilegie berus, val nie te ontken nie.

Die vereiste dat 'n getuie se lasterlike uitlating relevant vir die geding moet wees alvorens hy hom op privilegie kan beroep, is vroeg reeds in ons reg erken (kyk *Norden v Oppenheim* (*supra*); *Seaman v Netherclift* (1876) 2 CPD 53; 46 LJQB 128; *Goldseller v Kuranda* 1906 TH 185; *Preston v Luyt* (*supra*); *Rubel v Katzenellenbogen* 1915 CPD 627; en ook Melius de Villiers (*supra*) 223). In gepaste omstandighede kan die relevantheidsvereiste van groot belang wees (vgl

Burchell (*supra*) 184), maar dit behoort nie 'n absolute vereiste te wees nie: 'n getuie kan byvoorbeeld 'n stelling maak of antwoord verstrek wat "malicious" en vals is, maar wat nietemin verband hou met die onderwerp van die verrigtinge. Om hierdie rede word betoog dat die weglating van die relevantheidsvereiste in *MacGregor v Sayles* (*supra*) te verkies is (kontrasteer die *obiter dictum* in *Udwin v May* (*supra*) 20A). Dit lyk of appèlregter Kotzé op dieselfde grondslag bevind het dat die vereiste nie onafhanklike bestaansreg het nie (700D-E). Andersyds moet in gedagte gehou word dat 'n irrelevante lasterlike uitlating, selfs al is dit waar, nietemin aanspreeklikheid tot gevolg kan hê (700F), en daarom is dit nodig om die bewyslas met betrekking tot die relevantheid van die uitlating in oënskou te neem.

Appèlregter Kotzé wys op twee moontlike benaderings wat toegepas kan word by beoordeling van die betrokke bewyslas waar die getuie *viva voce* getuig het, naamlik (a) dat geen onderskeid gemaak moet word tussen die verskeie vorms waarin en prosedures waarvolgens getuienis aangebied word nie, en (b) dat 'n getuie beskerming verdien bloot omdat hy onder eed getuig. Die punt word egter oopgelaat (700G-I). Die getuie wat 'n beëdigde verklaring onderteken, word egter onomwonde met 'n bewyslas belaaï ingevolge waarvan hy moet aantoon dat die lasterlike uitlating relevant vir 'n geskilpunt in die geding was (700F). Die regter wys op die feit dat getuienis by wyse van 'n beëdigde verklaring in minder spannende omstandighede as *viva voce* - getuienis gelewer word, en ook dat dit nie onder verpligting of in antwoord op vrae geskied nie. Boonop het die getuie "opportunity for reflection." Gevolglik beslis die regter dat die blote feit dat die verklaring beëdig was, onvoldoende rede is om voorlopige beskerming by wyse van privilegie aan die deponent toe te sê:

"It would not hamper the administration of justice to require proof from a defendant that the defamatory statement was relevant and germane to the issues, or an issue in the case, and it would be sound policy to require such proof in order to establish provisional protection . . ." (701H).

Afgesien van die bewyslas wat dus op die verweerder rus om die relevantheid van sy uitlating te bewys, word geen onderskeid gemaak tussen die trefwydte van die privilegie wat aan die twee klasse getuies gebied word nie (701 *in fine* - 702A; vgl *Rubel v Katzenellenbogen* (*supra*) 633; Burchell (*supra*) 185).

Die privilegie van 'n regsverteenwoordiger wat gedurende die proses van gedingvoering 'n lasterlike uitlating maak, is gegrond op die beleidsoorweging dat hy sy kliënt se saak vreesloos moet kan aanbied, en ook op die feit dat hy sy kliënt se saak skade kan aandoen as hy dié se opdrag sou verontagsaam (kyk Nathan (*supra*) 235). 'n Regsverteenwoordiger sou hom dus op privilegie kon beroep waar hy 'n lasterlike uitlating gemaak het wat sowel relevant vir die geskil was as gebaseer was op die getuienis of omringende omstandighede van die verhoor (kyk *Pogrand v Yutar* 1967 2 SA 564 (A) 570E; Van Leeuwen *Het Roomsche Hollandsche Recht* 5 4 3; Voet 47 10 20). Die privilegie dek ook lasterlike uitlatings wat by pleitstukke en ander dokumente, insluitende beëdigde verklarings, ingesluit is (702I; *Findlay v Knight* 1935 AD 58 71). In hierdie verband is in *Findlay v Knight* (*supra*) 73 beslis dat 'n prokureur wat inligting van sy kliënt ontvang en daarna die dokument opstel, nie dieselfde beskerming geniet as 'n advokaat wat van 'n prokureur inligting ontvang waarop hy die dokument baseer nie. Appèlregter Kotzé beaam die posisie (702 *in fine*) maar wys daarop dat 'n advokaat wat opdrag ontvang om met getuies te konsulteer

en daarna dokumente op te stel, in dieselfde posisie verkeer as die pasgenoemde prokureur (703B).

Die advokaat dra die bewyslas om aan te toon dat die uitlating relevant vir 'n geskilpunt in die geding was (703D). Om beleidsredes is dit egter al wat die advokaat hoef te bewys (703 *in fine* — 704A; *McLean v Murray* 1923 AD 406; maar kontrasteer Voet 47 10 20; *Preston v Luyt (supra)* 320; *Findlay v Knight (supra)* 71). Daarna moet die eiser bewys dat die verweerder die geleentheid misbruik het (704A) deur ongegronde uitlatings te maak, of deur uit eie inisiatief op te tree, of met “malice” op te tree, ensovoorts (704D–G).

Die belading van die eiser in hierdie verband is sinvol, gesien in die lig van die regmatigheidsvermoede, aangesien dit die eiser van nuuts af oproep om onregmatigheid te bewys. (Kyk ook Burchell *supra* 186; en vgl *Jordaan v Van Biljon* 1962 1 SA 286 (A) 296–299.) Voorts rig die regter 'n tydige waarskuwing aan howe om nie ligtelik te bevind dat die advokaat geen grond vir sy lasterlike uitlating gehad het nie, aangesien so 'n benadering advokate sou inhibeer en die soektog na die waarheid sou bemoeilik — faktore wat die regspleging sal benadeel (704C).

Appèlregter Kotzé wys ook op die verwarring wat kan ontstaan deur die indruk wat in vroeëre sake geskep word, naamlik dat die afwesigheid van 'n redelike grondslag vir die geloof dat die uitlating die waarheid was, aanspreeklikheid fundeer (kyk *Preston v Luyt (supra)* 326; *Gluckman v Schneider* 1936 AD 151 161):

“This is not a correct reflection of the law. In order to be afforded protection counsel need not believe in the truth of the statement and accordingly the absence of grounds for such belief is, *per se*, inconclusive” (704I).

Dit blyk dus dat die uitspraak in die onderhawige saak van wesenlike belang is vir die regspraktisyn wat nie net sy eie posisie in die hof of by die opstel van pleitstukke en beëdigde verklarings moet kan bepaal nie, maar ook rigting moet kan gee aan getuies wat onder sy vleuel of op sy aandrang moet getuig. Dit kan met reg beskou word as 'n uitspraak wat dié in *Basner v Trigger (supra)* en *May v Udwin (supra)* aanvul op die gebied van gekwalifiseerde privilegie. Daar kan egter met vertroue voorspel word dat die laaste woord aangaande “malice” in die konteks van privilegie tydens gedingvoering nog nie gespreek is nie.

J VAN DER BERG

Universiteit van Wes-Kaapland

**KOSTER KO-OPERATIEWE LANDBOUMAATSKAPPY BPK v SUID-
AFRIKAANSE SPOORWEEË EN HAWENS 1974 4 SA 420 (W)**

Bewyslas – wedersyds vernietigende weergawes van litigante

In hierdie saak het die eiser R24 865,55 van die verweerder geëis op grond van 'n beweerde nalatige brandveroorsaking wat tot gevolg gehad het dat 'n groot aantal sakke mielies van die eiser, wat in hope opgestapel was by Derby se stasie,

op 6 Maart 1970 deur 'n brand verwoes is. Na bewering sou die brand ontstaan het deur vonke of brandende kole afkomstig van 'n stoomlokomotief van die verweerder. Daar is beweer dat die vonke of brandende kole 'n brand in die spoorwegbaan veroorsaak het ('n gebied van ongeveer 30 treë breed tussen 2 draadheininge waardeur die treinspoor loop). Verder is beweer dat die brand deur 'n sterk noordweste wind vir 'n afstand van sowat 100 treë oor die eiser se aangrensende grond na sy stapels mielies aangedryf is.

Omrede niemand gesien het dat vonke uit 'n lokomotief uitgeskiet of kole uitgegooi word nie, of waar presies die brand sy ontstaan gehad het nie, was eiser vir die bewys van sy saak aangewese op afleidings uit omstandighedsgetuienis waarvan die belangrikste die volgende was:

- i die tydstip waarop die brand uitgebreek het; en
- ii die geografiese ligging van die afgebrande veld.

Vir 'n gunstige afleiding (en waarskynlik vir uitspraak in sy guns) moes eiser bewys dat die brand op die betrokke dag na 12h30 uitgebreek het en dat dit op die spoorwegbaan ontstaan het. Aangesien die hof, by monde van regter Coetzee, aanvaar dat die brand nie voor 14h00 op die betrokke dag uitgebreek het nie, moes die regter beslis of die brand in die spoorwegbaan of daarbuite uitgebreek het. Die regter aanvaar dat Duvenhage en andere oor hierdie aspek aanvaarbare (geloofwaardige) getuies vir die eiser was, maar stel dan die vraag of daar op toereikende gronde gesê kan word dat die getuienis vir die verweerder tot die teendeel (betreffende die ligging van die afgebrande veld) vals was. (Uit die uitspraak kan die afleiding gemaak word dat die eiser se saak was dat die brand naby 'n sinjaal op die spoorwegbaan uitgebreek het.)

In die behandeling van die getuienis gelewer deur ene Coetzer (ten gunste van die verweerder) met betrekking tot sy waarnemings oor die ligging van die afgebrande veld, verklaar die regter (427D):

“Ek kan nie aanvaar dat hierdie bogenoemde punt van kritiek teen Coetzer, wanneer dit in die samehang ook van hom as mens betrag word, voldoende grond is om sy getuienis as vals te beskou nie. Ek kan nie sê dat, wanneer hy getuig het [dat] hy die afgebrande veld op die ou land gesien en op die rand daarvan gestap en dit afgetree het, dit vals is in die sin dat ek dit vir een of ander rede behoort te verwerp nie en te aanvaar of dat hy nie daarlangs gestap het nie, of dat hy gewone bossies op 'n ou land as afgebrande veld aangesien het nie. Daarvoor het hy my te sterk aangestaan as 'n goeie waarnemer van landelike aardse ding.”

In sy uitspraak verwys regter Coetzee met goedkeuring na die bekende *dictum* van appèlregter Wessels wat van toepassing is op gevalle waar die weergawes van die litigante wedersyds vernietigend is. In *National Employers' Mutual General Insurance Association v Gany* 1931 AD 187 199 verklaar appèlregter Wessels soos volg:

“Where there are two stories mutually destructive, before the *onus* is discharged, the Court must be satisfied . . . that the story of the litigant upon whom the *onus* rests is true and the other false. It is not enough to say the story told by Clark is not satisfactory in every respect. It must be clear to the Court of first instance that the version of the litigant upon whom the *onus* rests is the true version, and that in this case absolute reliance can be placed upon the story as told by A Gany . . .”

Aangesien die hof in die onderhawige saak bevind dat daar nie gesê kan word dat verweerder se weergawe vals is nie, alhoewel die getuies vir die eiser aanvaarbare (geloofwaardige) getuies was, beslis die hof dat die eiser hom nie van sy bewyslas gekwyt het nie en word absolusie van die instansie beveel (427E).

Met verwysing na genoemde *dictum* in die *Gany*-saak verklaar die regter (425H-426E):

“Ek ag my gebonde aan die uitspraak in die *Gany*-saak. Afgesien daarvan dat die Appèlhof nog nooit sedertdien met hierdie benadering weggedoen het nie, wat nie sonder betekenis is nie, sou ek my graag respekvol met die onderliggende logika daarin wil vereenselwig, en ’n paar opmerkings oor die verband daartussen en welbekende bewysmaatstawwe waag.

Eerstens kan hierdie benadering slegs binne die beperkte veld deur WESSELS AR, omlyn, aangewend word, n.l. ‘where there are two stories mutually destructive’. Hierdie is ’n frase wat ’n veel meer fundamentele botsing beskryf as dit wat daaglik in die houe teëgekrom word wanneer getuies mekaar opstry. Dit slaan nie slegs op onderdele van weergawes nie. Dit slaan op die geval waar aanvaarding van die wese van een weergawe, die onvermydelike en algehele uitwissing van die ander weergawe meebring. Die getuienis *in casu* is ’n teksboekvoorbeeld van hierdie wedersydse vernietiging. Of daar was ’n afgebrande ou land ver wes van die sinjaal of daar was nie een nie.

Ook, meen ek, is dit implisiet in die stelling van WESSELS, AR, dat daar nie inherente waarskynlikhede is, of wat uit ander aanvaarbare brokke getuienis afgelei kan word wat die weergawe van die een of die ander kant meer waarskynlik maak nie. Ek sê dit omrede daar nèrens enige aanduiding in die geleerde Appèlregter se uitspraak is wat mens laat dink dat hy kon bedoel het dat wat hy sê enigszins ’n afwyking moet uitmaak van, of uitsondering is op, die geïkete bewysmaatstaf wat almal ken as ’n oorwig van waarskynlikheid’ nie. Wat hy sê, sê hy *binne* daardie raamwerk. Waar daar immers geen waarskynlikheid bestaan nie en die twee weergawes mekaar uitwis, word niks tog ooit bewys (wat ookal die bewysmaatstaf mag wees) tensy mens ‘absolute reliance’ kan plaas op die getuienis van die litigant wat die bewyslas dra nie. Dit is net in ander taal gestel wat alreeds bevat word in die eerste sin van sy *dictum*, naamlik ‘... that the story of the litigant upon whom the *onus* rests is true and the other is false’.”

Die afleiding kan dus gemaak word dat daar geen teenstrydigheid is tussen appèlregter Wessels se *dictum* en aanvaarde bewysmaatstawwe nie. Dit is slegs fundamentele logika wat die regter toepas om te bepaal of ’n feit wel op ’n “oorwig van waarskynlikheid” (om die maatstaf nou by sy naam te noem) bewys is of nie. Steun vir hierdie standpunt word in ’n uitspraak van regter Horwitz (waarmee regter Van Blerk saamgestem het) in *Garzouzie v Smith* 1954 3 SA 18 (O) 22 gevind (425H; 426A-H):

“As Oosthuizen se getuienis nie in aanmerking ten gunste van, of teen, enigeen van die partye geneem moet word nie, dan moet die getuienis van Van der Berg ook nie in sodanige oorweging kom nie, want Van der Berg weerspreek slegs vir Oosthuizen en nie die verwerder nie. Dus bly daar net die getuienis van die partye self oor. Die waarskynlikhede, soos reeds vermeld, verskaf geen wesenlike ondersteuning aan die een of die ander van die partye nie. In hierdie omstandighede, en waar geen bevinding op geloofwaardigheid kan berus nie, is die enigste gevolgtrekking dat eiser hom nie van die bewyslas wat op hom rus, gekwy het nie. Alhoewel in *Die Kroon teen M*, 1946 AA 1023 op bl 1026, DAVIS WN AR, die sienswyse uitgespreek het dat die passaat op bl 199 in die uitspraak in die saak van *National Employers’ Mutual General Insurance Association v Gany*, 1931 AA 187, te sterk voorgestel is in soverre dit burgerlike sake betref, moet dit nogtans, na my beskeie mening volg dat, waar daar twee verhalre voor ’n verhoorhof afgelê is wat regstreeks met mekaar bots, waar nóg die een nóg die ander verhaal teenstrydigheede bevat, waar die waarskynlikhede nie die een of die ander begunstig nie en waar die een of die ander verhaal nie verwerp word of op grond van geloofwaardigheid of om enige andere gegronde redes nie, dan moet die enigste en noodwendige gevolgtrekking wees dat die party wat met ’n bewyslas belas is, hom nie van daardie las gekwy het nie.”

Regter Coetzee verwys ook na Hoffmann *South African Law of Evidence* (1970) wat die bovermelde *dictum* van appèlregter Wessels aanhaal en bespreek.

Hoffmann en Zeffert *South African Law of Evidence* (1981) verklaar met verwysing na die vermelde *dictum* van appèlregter Wessels die volgende (411-412):

“These words, although somewhat diluted in effect by later cases, are sometimes a last invocation by a party who has put up an improbable but boldly contradictory defence. They do not mean that a party who is met by a flat denial cannot succeed unless the court is certain that his opponent is not telling the truth. Even the criminal standard requires no more than that the court should be satisfied that the defence story could not reasonably be true. In a civil case it is sufficient that the story of the party bearing the onus should be more probable. In their literal meaning, the learned judge’s remarks are true only when there is a simple choice between two stories without any outside evidence to lend probability to one or the other. In such a case the difference between the various standards of proof becomes meaningless; the court has an all-or-nothing decision. But such cases must be rare. Usually there will be other factors which increase or lessen the probability of one or other of the contending stories.”

Daar word ter oorweging gegee dat regter Coetzee ’n duidelike, logiese en aanvaarbare inhoud gegee het aan die *dictum* van appèlregter Wessels in die *Gany*-saak met betrekking tot sake (straf- en siviele sake) waar die weergawes van die litigante wedersyds vernietigend is.

Dit is goed denkbaar dat daar in straf- en siviele sake ’n groot verskeidenheid gevalle hulself kan voordoen waar die partye se weergawes onderling vernietigend is. Vir doeleindes van die onderhawige bespreking word slegs enkele voorbeelde aangehaal en toegelig:

Voorbeeld 1 Y staan tereg op ’n aanklag van aanranding. Die getuienis van die staat wil dit hê dat Y vir A wederregtelik aangerand het deur hom met gebalde vuiste verskeie male toe te dam. Die verweer van Y (en die getuienis van die verdediging) is ’n ontkenning dat Y enigsins A met gebalde vuiste of andersins aangerand het. Die weergawe van die verdediging is inderdaad die teendeel van dié van die staat. Indien die hof die weergawe van die staat aanvaar (dit wil sê dat A wederregtelik deur Y aangerand is) volg dit by implikasie dat die hof die weergawe van Y verwerp het as óf nie redelik moontlik waar nie óf as onwaar. Die rede synde dat die hof nie kan bevind dat A aangerand is en terselfdertyd ook bevind dat A nie aangerand is (soos beweer) deur ook Y se weergawe te aanvaar nie.

Voorbeeld 2 X staan tereg op ’n aanklag van oortreding van artikel 138(1) (roekelose of nalatige bestuur) of in die alternatief oortreding van artikel 139 (bestuur sonder redelike inagneming van ander padgebruikers) of in die alternatief oortreding van artikel 101(1) (versuim om te voldoen aan die voorskrifte van ’n padverkeersteken naamlik ’n robot) van die Ordonnansie op Padverkeer 21 van 1966. Die getuienis vir die staat wil dit hê dat X ’n robot-beheerde kruising teen ’n rooi verkeerslig binnegegaan het en ’n botsing veroorsaak het deur te bots met ’n ander motorvoertuig, met rigting reghoeking tot die van X, wat teen ’n groen lig die kruising binnegegaan het. Hierteenoor wil die getuienis vir die verdediging (X) dit hê dat X nie teen ’n rooi verkeerslig maar teen ’n oranje (of groen) verkeerslig die kruising binnegegaan het. Vir doeleindes van gerief word aanvaar dat die kleur van die verkeersligte (die skuldvraag) die enigste geskilpunt is. Indien die staat nie daarin kan slaag om getuienis aan te kan bied, hetsy deskundige getuienis of ander, dat die verkeerslig nie oranje (of groen) vir X kon gewees het nie, of inderdaad rooi vir hom was, sit die hof met twee botsende weergawes en is die hof nie by magte, indien aanvaar word dat die getuienis vir die staat en die verdediging nie ongedaan gemaak is nie, om ten gunste van die staat te beslis omrede die staat hom nie van sy bewyslas gekwyf het nie. Die noodwendige gevolg is dan dat ’n onskuldigbevinding ten opsigte van die misdryf waarop X teregstaan, aangeteken word.

Alhoewel hierdie voorbeelde op strafsake betrekking het, word dit ter oorweging gegee dat bogenoemde redenering onverminderd vir twee botsende weergawes in siviele sake geld.

Daar word verder ter oorweging gegee dat die gevolgtrekkings hieronder uiteengesit logieserwys uit die voorafgaande uiteensetting volg:

1 *Strafsake* Waar die weergawe(s) van die staat en die verdediging wedersyds vernietigend is, is die uitslag afhanklik van die aard van die weergawe tot die teendeel aangevoer deur die verdediging. Berus die verweer van die verdediging bloot op 'n ontkenning (sien voorbeeld hierbo van die aanranding aanklag), volg 'n skuldigbevinding indien die hof die weergawe van die staat as korrek aanvaar, en by implikasie die weergawe van die verdediging verwerp as nie redelik moontlik waar nie, of as onwaar. Indien die verweer van die verdediging 'n weergawe bevat (sien die verkeerslig-voorbeeld hierbo) wat nie bloot op 'n ontkenning neerkom nie, sal die staat hom alleenlik van sy bewyslas kwyt indien die hof sy weergawe as waar aanvaar, en die hof bevind dat die weergawe van die verdediging onwaar is (dat die staat dit dus weêrlê het).

2 *Siviele sake* Waar die weergawe van die eiser(s) en dié van die verweerder(s) wedersyds vernietigend is, sal die hof alleenlik uitspraak ten gunste van die eiser(s) kan gee as die hof die eiser(s) se weergawe as die meer waarskynlike aanvaar tot uitsluiting van die weergawe van die verweerder(s). Waar die waarskynlikhede nie die een of die ander party begunstig nie (soos in die onderhawige saak) en die weergawe van die verweerder(s) nie deur die eiser(s) weêrlê kan word nie, moet die uitspraak van die hof absolusie van die instansie wees.

FVA VON REICHE

Staatsaanklaer Landdroshof Pretoria

**BOSWELL v UNION CLUB OF SOUTH AFRICA (DURBAN)
1985 2 SA 162 (D)**

Vereistes vir iniuria – onregmatigheidsbewussyn as element van animus iniuriandi

Die eisers was lede van 'n vereniging of klub (die verweerder). Die komitee van die vereniging het die eisers toe – as dissiplinêre maatreëls weens hulle beweerde wangedrag – in kennis gestel, eers dat hulle lidmaatskap opgeskort is, en later dat hulle as lede moet bedank by versuim waarvan hulle geskors sou word. Die eisers beweer onder andere dat hierdie optrede van die komitee ten onregte aan hulle gedrag toegeskryf het “unbecoming gentlemen or likely to reflect discredit on the defendant” (163D). Gevolglik is hulle “dignity and reputation” aangetas en eis hulle genoegdoening met die *actio iniuriarum*. Die verweerder beweer hierteenoor dat hy *bona fide* en in die uitvoering van sy bevoegdhede opgetree het.

As uitgangspunt aanvaar regter Broome (164–165) dat 'n *iniuria* in die onregmatige en opsetlike aantasting van 'n ander se *corpus, dignitas* of *fama* geleë is. Dienooreenkomstig is daar drie vereistes waaraan die verweerder se optrede moet voldoen, te wete *animus*; “an aggression on the plaintiff;” en 'n “wrongful act” (164I). Volgens die regter (165C) is dit duidelik dat daar wel “an aggression of the plaintiff's dignity and reputation” was, met ander woorde dat die eisers *beledig* en *belaster* is. Tweedens bevind regter Broome dat die komitee ook onregmatig gehandel het omdat die gepoogde uitsetting van die eisers nie in ooreenstemming met die voorgeskrewe konstitusionele prosedures van die vereniging geskied het nie (165D–166G). Die komitee het die konstitusie trouens soseer geïgnoreer dat hulle optrede as “the happenings of a kangaroo court” beskryf is (165G).

Wat die vereiste van *animus (iniuriandi)* betref, is die regter (166H–167E) van mening dat alhoewel die bewyslas deurgaans op die eiser is, daar 'n *vermoede* ontstaan dat die gewraakte optrede *animo iniuriandi* geskied het. Die verweerder het dan 'n weerleggingslas om dié vermoede te weerlê. In hierdie verband voer die verweerder aan – met verwysing na Van der Walt *Delict: Principles and Cases* (1979) 62 – dat onregmatigheidsbewussyn (“consciousness that the conduct is wrongful”) 'n noodsaaklike bestanddeel van *animus iniuriandi* is en dat die vermoede dus ook weerlê kan word deur te bewys dat onregmatigheidsbewussyn ontbreek (167E–F). Hierop antwoord die regter (167F–J):

“The words, of course, which he [mnr Acker, namens die verweerder] relied on were that there must be a ‘consciousness that the conduct is wrongful.’ He argued that in this case it had not been shown that they were consciously aware of the fact that they were disregarding the constitution. Now all the authorities quoted by Mr Acker and all the other cases that I have been able to find on this point are cases dealing with a particular, rather specialised, corner of the law of *actio injuriarum*, namely defamation. As far as I am aware the Appellate Division has not stated that this requirement in defamation cases, that the defendant should be conscious that he is doing wrong, applies to all claims under the *actio injuriarum*. In fact there would seem to be good reasons for such a special requirement being applicable only to defamation cases, more particularly defamation through the media. It certainly does not apply, for instance, to cases involving unlawful arrests or unlawful detention. In the absence of clear and binding authority that this rule does apply to all claims based on the *actio injuriarum* I decline to follow it in this case where the plaintiffs were unlawfully and ignominiously expelled from their club, insulted and embarrassed. It would, in my view, be unjust and grossly unreasonable to require plaintiffs, in a case such as this, to prove, as a prerequisite to relief in this action, that the committee subjectively appreciated and was conscious of the fact that it was not following, or not correctly applying, the club's constitution.”

Gevolgtik besluit die regter dat die verweerder, selfs al sou hy *bona fide* opgetree het, nie die vermoede van *animus iniuriandi* weerlê het nie en dat sy optrede dus wel aan die *animus*-vereiste voldoen. Regter Broome beslis egter verder dat indien sy bevinding met betrekking tot onregmatigheidsbewussyn verkeerd is, die verweerder nogtans aanspreeklik is omdat die komitee roekeloos (“reckless”) opgetree het (168C–G). Hy sê naamlik: “They must have foreseen the possibility that they might have deviated from the constitutional procedures yet they pressed on without regard” (168G). In der waarheid bevind hy dus dat daar *animus iniuriandi* (onregmatigheidsbewussyn inbegrepe) in die vorm van *dolus eventualis* aanwesig was.

Nou kan daar aan die een kant met die resultaat van die uitspraak, naamlik dat die verweerder 'n *iniuria* gepleeg het, nie fout gevind word nie. Aan die

ander kant is die regter se uitlatings omtrent onregmatigheidsbewussyn beslis vatbaar vir kritiek. Ons behandel dié twee fasette agtereenvolgens:

1 In sy uiteensetting verwys regter Broome (165A-B) na *O'Keefe v Argus Printing and Publishing Co Ltd* 1954 3 SA 244 (K) 247 waar 'n *iniuria* tereg soos volg omskryf word (sien ook Neethling *Persoonlikheidsreg* (1979) 66 e v):

"Now the action which the plaintiff brings is the *actio injuriarum*. That is the action for damages open to a plaintiff who can show that the defendant has committed an intentional wrongful act which constitutes an aggression upon his person, dignity or reputation."

Hy verwys ook (164F-165A) na die omskrywings van 'n *iniuria* in *Whittaker v Roos & Bateman* 1912 AD 92 130-131 en *R v Chipo* 1953 4 SA 573 (A) 576. Hierdie omskrywings moet egter met omsigtigheid benader word aangesien *onregmatigheid* en *aantasting van 'n persoonlikheidsreg* as twee afsonderlike vereistes gestel word terwyl hulle in der waarheid maar net twee maniere is om dieselfde vereiste te omskryf. Die *aantasting van 'n (persoonlikheids-) reg* impliseer tog onregmatige optrede (sien ook Neethling 66 vn 12).

In hierdie verband moet in gedagte gehou word dat volgens die positiewe reg (*Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk* 1977 4 SA 376 (T) 387) onregmatigheid basies in die skending van 'n subjektiewe reg (dus ook 'n persoonlikheidsreg) geleë is. Ten einde as 'n regskenning in aanmerking te kom, moet daar in eerste instansie 'n *feitelike inwerking* op die objek van die reg (in die huidige verband dus 'n persoonlikheidskrenking) wees. Dit is egter nie voldoende nie aangesien 'n regskenning boonop met 'n *normoortreding* gepaard moet gaan (sien *Bester v Calitz* 1982 3 SA 864 (O) 879; Neethling 69; Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die SA Reg* (1985) 57 vn 88). Die algemene norm wat hier ter sprake kom, is die *boni mores*- of redelikhedskriterium (sien die *Tommie Meyer*-saak *supra* 387; Neethling 69-70). Kortom, die *aantasting van 'n persoonlikheidsreg*, oftewel 'n *onregmatige persoonlikheidskrenking*, vereis dat die gewraakte optrede nie alleen die persoonlikheid feitelik moet aantast nie, maar ook dat dit gemeenskapstrydig (*contra bonos mores*) of onredelik moet wees (normskending). Twee van die vereistes wat deur regter Broome gestel word, sluit direk hierby aan, te wete "an aggression on the plaintiff" (persoonlikheidskrenking) en "a wrongful act" (normskending). Wat laasgenoemde betref, bepaal die vraag of die uitsetting van die eisers volgens konstitusionele prosedures geskied het, die redelikhed of nie van die verweerder se optrede; en omdat die verweerder inderdaad onkonstitusioneel opgetree het, word sy optrede tereg as onregmatig (onredelik of *contra bonos mores*) beoordeel. (In hierdie verband sou 'n mens kon redeneer dat indien die uitsetting van die eisers wel in ooreenstemming met die konstitusie geskied het, die betrokke persoonlikheidskrenking regmatig (redelik) sou gewees het omdat normskending dan weens die werking van die beginsel *volenti non fit iniuria* sou ontbreek het - deur lede van die vereniging te word, het die eisers tog *ingestem* om hulle aan die konstitusionele reëls van die vereniging te onderwerp.)

Insgelyks verdien die regter se bevinding dat daar opset in die vorm van *dolus eventualis* aanwesig was, volle instemming. Die verweerder het volgens die feite inderdaad die moontlikheid voorsien dat sy optrede die eisers se persoonlikheidsgoedere kon aantast en dat sodanige optrede (moontlik) onkonstitusioneel en dus onregmatig kon wees.

2 Dit bring mens by die regter se opvattinge omtrent onregmatigheidsbewussyn. Soos uit die *dictum* hierbo blyk, beweer hy dat onregmatigheidsbewussyn as

wesenlike element van *animus iniuriandi* deur die regspraak slegs met betrekking tot *laster* gestel word. Hiervoor bestaan daar volgens hom goeie redes – wat hy ongelukkig nie noem nie – veral in geval van *laster* deur die massa-publikasie-media. Nou is dit so dat die hof in *SAUK v O'Malley* 1977 3 SA 394 (A) 403 die opset om te *belaster* omskryf as “die geestesgesteldheid om die bepaalde gevolg . . . te wil, met die wete dat die gewilde gevolg onregmatig sal wees.” Laasgenoemde element is egter – anders as wat die regter beweer – om oortuigende regspolitiese oorwegings laat vaar met betrekking tot die massamedia sodat die pers vandag skuldloos aanspreeklik is weens *laster* (sien *Pakendorf v De Flamingh* 1982 3 SA 146 (A) 156–158; vgl ook die *O'Malley*-saak *supra* 404–405 507). Die regter se stelling in hierdie verband gaan dus glad nie op nie.

Hierbenewens – ook anders as wat regter Broome te kenne gee – word onregmatigheidsbewussyn in ons regspraak nie net met betrekking tot *laster* vereis nie. Trouens, in 'n onlangse appèlhofbeslissing, *Ramsay v Minister van Polisie* 1981 4 SA 804 (A) 818–819, stel waarnemende appèlregter Botha die regsposisie soos volg:

“Na my mening kom regsbeleid ook in die spel by die vraag of onregmatigheidsbewussyn by 'n verweerder 'n voorvereiste vir aanspreeklikheid is ten opsigte van enige bepaalde vorm van *injuria* . . .

Voordat ek daarop ingaan, sal dit gerieflik wees om eers aan te dui in watter opsigte ek my met eerbied nie wil vereenselwig met die benadering van my Kollega JANSEN tot hierdie aspek van die saak nie. Hy aanvaar, na aanleiding van die posisie by *laster*, dat *animus iniuriandi*, wat onregmatigheidsbewussyn verg, in die algemeen 'n element is van alle inbreuke op die persoonlikheid wat as *injuriae* aangemerkt word. Ek aanvaar dit nie. Ek laat die moontlikheid oop dat daar by bepaalde vorme van *injuria* na die eise van regsbeleid aanspreeklikheid kan bestaan in die afwesigheid van onregmatigheidsbewussyn by die dader. In der waarheid word my benadering onderskraag deur die huidige stand van die regspraak. Dit val nie te betwyfel nie dat daar in die regspraak, veral in die Transvaal, oor 'n tydperk van jare met betrekking tot sekere vorme van *injuria* 'n standpunt ingeburger is wat beteken dat by sekere *injuriae* onregmatigheidsbewussyn by die dader geen voorvereiste vir aanspreeklikheid is nie. Ek hoef nie daaroor op besonderhede in te gaan nie. By wyse van enkele voorbeelde verwys ek slegs na *Birch v Ring* 1914 TPD 106; *Cohen Lazar & Co v Gibbs* 1922 TPD 142; *Smit v Meyerton Outfitters* 1971 (1) SA 137 (T). In onlangse tye het hierdie Hof die moontlikheid in die vooruitsig gestel dat dit ook die posisie kan wees ten opsigte van *lasterlike* bewerings wat in die massamedia gepubliseer word (*Suid-Afrikaanse Uitsaaikorporasie v O'Malley* 1977 (3) SA 394 (A) te 407H). Die regsontwikkeling in hierdie besondere opsig kan nog nie as 'n voldonge feit aanvaar word nie, maar onderhewig aan daardie kwalifikasie is die stelling van Van der Walt *Delict Principles and Cases* op 63, wat in my Kollega JANSEN se uitspraak aangehaal word, 'n juiste weerspieëling van die posisie in die geldende reg” (ons kursivering).

Ter staving van sy standpunt dat onregmatigheidsbewussyn nie as aanspreeklikheidsvereiste ingevolge die *actio iniuriarum* gestel word nie, behalwe in geval van *laster*, verwys regter Broome (sien aangehaalde *dictum supra*) na die gevalle van onregmatige arrestasie en gevangenhouding. In die lig van appèlregter Botha se opmerkings hierbo is dit egter duidelik dat onregmatige vryheidsberowing juis – weer eens om gegronde redes (sien Neethling 118 vn 16 144 vn 59) – as uitsondering geld, en dus nie steun aan regter Broome se redenasie verleen nie.

Ten slotte kom dit eienaardig voor dat die regter, ten spyte daarvan dat hy onregmatigheidsbewussyn as vereiste by *laster* erken, die toepaslikheid daarvan *in casu* ontken. Hy bevind immers self uitdruklik dat, afgesien van hulle eer, die eisers se *reputasie* (*fama*) ook deur die gewraakte optrede gekrenk is. Soos hy dit stel (169G): “I do not regard this as a trivial *injury* affecting, as it does, *their reputation and their standing in the community*” (ons kursivering). (Sien

ook 165C). In ooreenstemming met sy eie bevinding moes die regter dus met betrekking tot die laster *in casu* onregmatigheidsbewussyn vereis het.

Ons vertrou dat die howe, ter wille van regsekerheid, nie regter Broome se beskouings omtrent onregmatigheidsbewussyn sal navolg nie, maar die duidelike riglyne van die appèlhof in die *O'Malley-* en *Ramsay-* saak sal bevestig.

J NEETHLING
ANNÉL VAN ASWEGEN
Universiteit van Suid-Afrika

NCONWYA v CANTOR 1984 2 SA 400 (SOK)

Nalatigheid – werkgewer – werknemer – minderjarige

Twee bekende kwessies was in die bogenoemde saak aan die orde, naamlik die aanwending van die nalatigheidstoets op die bewese feite en die verband tussen die optrede van 'n werknemer en die moontlike middellike aanspreeklikheid van sy werkgewer. Niks nuuts kom in die uitspraak na vore nie, maar die wyse waarop die geykte reëls deur die hof toegepas word, is tog leersaam. 'n Derde bekende probleem te wete dié van bydraende nalatigheid by minderjariges, is weens onpeilbare redes blykbaar nie ter sprake gebring nie. Die verslag swyg daaroor.

Die feite is die volgende: Die eiser eis in sy persoonlike hoedanigheid 'n bedrag van R156-00, synde skadevergoeding en 'n bedrag van R18 000 vir en namens sy minderjarige dogter vir pyn en lyding en die ontsiering van haar liggaam. Die verweerder was die werkgewer van ene Wilson. Laasgenoemde was in beheer van 'n ontveringsproses op verweerder se pluimveeplaas en uit hoofde hiervan was hy in beheer van die verskaffing van warm water vir gebruik tydens die ontveringsproses. In 'n stadium het Wilson aan sy seun, Membro, en 'n neef, Boy-Boy, opdrag gegee om 'n vuur aan te steek omdat hy tee wou gaan drink. Membro en Boy-Boy was ook werknemers van die verweerder, maar die aansteek van die vuur was nie een van hulle normale take nie. Aangesien die hout nat was en die vuur gevolglik nie behoorlik aan die gang wou kom nie, het Membro na 'n nabygeleë skuur gegaan, 'n blik wat hy daar sien staan het geneem en die inhoud daarvan oor die sukkelende vuurtjie gegooi. Daar was 'n hoogsontvlambare vloeistof in die blik, want die vuur het dadelik hoog gebrand. Membro het die blik naby die vuur neergesit. Na 'n rukkie het die blik ontplof. In die ontploffing het die eiser se dogter, Nini, brandwonde opgedoen. Wat Nini op die terrein van die ontploffing gemaak het en hoe sy daar gekom het, blyk nie uit die verslag nie.

Eiser beweer dat die beserings wat Nini opgedoen het die regstreekse gevolg was van die nalatige optrede van Wilson, wat in verweerder se diens was en in die uitvoering van sy pligte opgetree het. Op 404D van die verslag word die

nalatighedsgronde waarop die eiser in sy pleitstukke staatmaak, gevind. Eiser beweer onder andere dat Wilson opdrag aan Membro en Boy-Boy gegee het om petrol of 'n ander hoogsontvlambare vloeistof op die hout te gooi indien die vuur sou sukkel om aan die gang te kom; verder dat Wilson nagelaat het om Nini te waarsku om nie in die onmiddellike omgewing te staan terwyl gepoog word om die vuur te laat brand nie. Die eiser doen later aansoek om sy pleitstukke te wysig deur daarby te voeg dat Wilson die optrede van die minderjarige seuns kon en moes voorsien het; dat hy nadeel kon en moes voorsien het; en dat hy nagelaat het om redelike stappe te doen ten einde die intrede van die voorsienbare nadeel te voorkom.

Na bespreking van die vraag op watter bedrag kompensasie Nini as vergoeding vir pyn en lyding en ontsiering van haar liggaam geregtig is (402-404C), sê regter Kannemeyer (405G) dat die eiser steun op die nalatigheid van Wilson en nie op die nalatigheid van Membro en Boy-Boy nie. 'n Werkgewer is nie aanspreeklik vir die nalatige optrede van 'n derde party wat 'n taak uitvoer wat die werknemer na regte moes uitvoer nie, behalwe as die werkgewer aan so 'n derde party toestemming (uitdruklik of stilswyend) gee om die taak uit te voer, of as die werknemer deur noodomstandighede gedwing word om van die dienste van 'n derde gebruik te maak (405H). 'n Werkgewer sal onder dergelike omstandighede aanspreeklik wees as sy werknemer nalatig opgetree het toe hy die derde van instruksies voorsien het of deurdat hy die taak aan 'n onbekwame derde opgedra het (405-406). Die werkgewer sou dus, as hy soos 'n redelike man opgetree het, voorsien het dat die derde party, vanweë sy onervarendheid, nadeel aan 'n ander kan veroorsaak en sou dit voorkom het deur anders op te tree.

Die vraag was dus of Wilson nalatig opgetree het deur vir Membro en Boy-Boy opdrag te gee om die vuur aan te steek en, indien wel, of hierdie nalatigheid die oorsaak was van die beserings wat Nini opgedoen het (406F). Gesien die omgewing waarin die twee seuns groot geword het, was Wilson waarskynlik nie nalatig deur aan hulle opdrag te gee om 'n vuur aan die brand te steek nie (406F-408E). Die vraag is egter of Wilson die moontlikheid moes voorsien en voorkom het dat Membro (of Boy-Boy) 'n hoogs ontvlambare vloeistof sou gebruik om die vuur aan te help en verder of Wilson ook die moontlikheid moes voorsien en voorkom het dat hulle hierdie vloeistof nalatig sou hanteer (408F). Kan die redelike man nie op redelike optrede van ander staat maak nie? Die voorsienbaarheidstoets word bespreek op grond van 'n aanhaling uit *Santam Insurance Co Ltd v Nkosi* (1978 2 SA 784 (A)) (408F).

Op 409E word bevind dat, indien van die redelike man in Wilson se posisie verwag sou word om die optrede van Membro te voorsien, dit "anxious conjecture and morbid speculation" aan sy kant sou verg. Met ander woorde, die redelike man (in die woorde van Lord Macmillan in *Glasgow Corp v Muir* 1943 AC 448 457) "is presumed to be free both from over-apprehension and from over-confidence." Voorts het die redelike man nie die "foresight of a Hebrew prophet and the agility of an acrobat" nie (*Broom v The Administrator Natal* 1966 3 SA 505 (D) 516). Dit kan dus nie van die redelike man verwag word dat hy onder alle omstandighede teen nalatigheid van 'n ander moet waak nie (Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die SA Reg* (1980) 148; sien ook t a p vn 90), behalwe as daardie nalatige optrede redelikerwys voorsienbaar was. Selfs al moes Wilson egter daardie optrede voorsien het, was die moontlikheid van intrede van nadeel vir 'n ander onder omstandighede so skraal,

dat 'n redelike man geen voorkomende stappe daarteen sou gedoen het nie (409F-G). Die hof bevind dat Wilson nie nalatig was nie. Is die bevinding houdbaar? Moes die hof nie die erns van die potensieële nadeel opgeweg het teen die moontlikheid dat dit wel kon intree nie?

Na my mening was Wilson volgens die huidige stand van ons reg nalatig omdat sy optrede aan die kriteria ter bepaling van nalatigheid voldoen. Die kriteria wat alreeds in ons reg uitgekristalliseer het, is, toegepas op die feite van die onderhawige saak, die volgende:

1 Benadeling vir 'n ander moet in die algemeen gesien redelikerwys voorsien en voorkombaar wees. Om te help by die beantwoording van die vraag of die benadeling redelikerwys voorsien- en voorkombaar is, word na die volgende gekyk:

1 1 die aard en waarde van die eiser en die verweerder se belang by die gebruik van 'n oop vuur om water te verhit ten einde die ontveringsproses te bespoedig;

1 2 die moontlikheid dat nadeel uit sodanige optrede kan voortvloei:

1 3 die erns en omvang van die potensieële nadeel indien dit wel sou voortspruit uit sodanige optrede;

1 4 die koste en moeite daaraan verbonde om daarteen te waak dat nadeel vir 'n ander uit sodanige optrede kan ontstaan; en

1 5 die nut van die aktiwiteit om 'n oop vuur te gebruik ten einde die ontveringsproses te bespoedig. (Sien in die algemeen Van der Walt *Delict: Principles and Cases* (1979) 79.)

Omdat die feite in die saak nie heeltemal glashelder is nie, is dit nie duidelik of die hof wel die moontlikheid dat nadeel sou intree, opgeweg het teen die erns van die nadeel indien dit sou intree nie. Die hof haal 'n relevante gedeelte uit *Herschel v Mrupe* (1954 3 SA 464 (A) 477A-C) aan, waar gesê word dat die twee faktore teen mekaar opgeweg behoort te word. Die hof het alreeds, voordat die nalatigheidsvraag beantwoord is, laat blyk dat Nini op R7 000 as kompensasieregeregig is (404C). Al was die moontlikheid dat nadeel sou intree gering, sou dit, waar dit wel ingetree het, van 'n ernstige aard wees en is dit dus waarskynlik dat die redelike man stappe sou doen om om die intrede van daardie nadeel te voorkom. (Sien Van der Walt 79 en in die algemeen *Lomagundi Sheet-metal and Engineering (Pty) Ltd v Basson* 1973 4 SA 523 (RA) asook Van der Walt 79 se bespreking van *Overseas Tankship (UK) v The Miller Steamship Co (Pty) Ltd* 1967 1 AC 617.) Die hof kon op grond van hierdie faktore, tesame met faktore soos die nut vir en die belang van die eiser en verweerder by die aktiwiteit, tot die gevolgtrekking gekom het dat Wilson wel in die omstandighede nalatig was. Deur egter net na sommige van die uitgekristalliseerde riglyne vir beantwoording van die nalatigheidsvraag te kyk, soos oënskynlik hier gebeur het, het die hof 'n ander slotsom bereik. Billikheidshalwe moet daarop gewys word dat dit uit die verslag wil lyk of uiters min feite voor die hof bewys en beredeneer is. Dit verklaar waarskynlik waarom die hof 'n ander slotsom bereik as dié wat na my mening bereik moes gewees het.

BOEKE

ADMINISTRATIEFREG

deur MARINUS WIECHERS

Butterworths Durban 1984; 424 bl

Prys R45,00 (sagteband)

In 1973 is die eerste uitgawe van die nou reeds bekende boek oor die administratiefreg deur die ewe bekende professor Marinus Wiechers die wêreld ingestuur. Vir bykans twaalf jaar was dit eintlik die enigste boek in Suid-Afrika wat geheel en al aan die teorie van die administratiefreg gewy is.

Melding moet egter gemaak word van Rose Innes se *Judicial Review of Administrative Tribunals in South Africa* (lank reeds uit druk) en Steyn se opeenvolgende uitgawes van *Uitleg van Wette* wat in 'n mate ook administratiefreg bevat. Van groot belang vir die administratiefregwetenskap in Suid-Afrika is egter die verskyning van die tweede uitgawe van die boek onder bespreking, asook van 'n splinternuwe boek *Administrative Law* deur Lawrence Baxter. Dit behoort die vakgebied 'n groot stoot vorentoe te gee en die belangrike plek daarvan in die moderne regs wetenskap te beklemtoon.

Die goeie reputasie wat die boek onder bespreking vir homself verwerf het, spreek byvoorbeeld uit 'n hofbeslissing soos *Herstigte Nasionale Party van SA v Sekretaris van Binnelandse Sake en Immigrasie* 1979 4 SA 274 (T), waarin uitvoerig aangehaal is uit dié werk. Ten spyte hiervan kan daar egter nie gesê word dat hierdie boek vir die regspraktisyn geskryf is nie. As verwerking van Wiechers se proefskrif en weens die feit dat dikwels gekonstateer word wat die reg behoort te wees, is die boek beslis te teoreties om getipeer te word as praktysboek. Die feit dat die regspraak op hierdie vakgebied bygewerk is in die tweede uitgawe, maak dit egter 'n belangrike verwysingsbron vir die regspraktisyn.

Die waarde van die boek lê daarin dat die teoretiese grondslae en sistematiek van die administratiefreg beskryf word; en tog, volgens my ervaring vind studente die boek "te moeilik" wanneer dit as studentehandboek voorgeskryf word. Die dankbaarste lesers van die boek is sekerlik die regsdosente wat die beginsels van die administratiefreg by die studente moet tuisbring.

Resensies van die eerste uitgawe het in regstydskrifte verskyn met tersaaklike aanprysings en kritiek. By 'n tweede uitgawe van 'n regshandboek vergelyk 'n resesent normaalweg die werk met die eerste uitgawe daarvan. Die tweede uitgawe is basies woordeliks dieselfde as die eerste uitgawe. Die 68 bladsye wat die tweede uitgawe dikker is as die eerste, word hoofsaaklik opgemaak deur 29

bladsye meer algemene register (opgestel deur prof Dawid van Wyk — 'n welkome verbetering op die ou register) en 14 bladsye meer vonnisregister. Soos reeds gemeld, is die regspraak van die afgelope dekade bygewerk en dit was waarskynlik die belangrikste motivering vir die tweede uitgawe. Tog vind ek 'n paar leemtes in hierdie verband: op 33 sou die sake *Middelburg Municipality v Gertzen* 1914 AD 544 en *Ismail v Durban City Council* 1973 2 SA 362 (N) die aard van provinsiale wetgewing goed kon illustreer. Op die volgende bladsy word die aard van onsuiver wetgewing bespreek sonder 'n verwysing na *S v Prefabricated Housing Corporation (Pty) Ltd* 1974 1 SA 535 (A). By die bespreking van kwasi-judisiële administratiewe handelinge (137 e v) vind ek geen verwysing na *Moeca v Addisionele Kommissaris Bloemfontein* 1981 2 SA 357 (O) nie. Ek mis ook op 253 'n verwysing na of bespreking van *Van den Berg v Direkteur van Ekonomiese Sake* 1983 1 SA 106 (A) (kyk my kritiek op laasgenoemde saak in 1983 *De Jure* 200). Op 151 noot 152 verwys Wiechers wel na laasgenoemde saak maar klaarblyklik verskil ons twee se sienswyses oor die korrektheid van die uitspraak.

Verskeie uitbreidings van bestaande voetnote, byvoeging van nuwes en aanvulling van die teks op 'n paar plekke (byvoorbeeld 208 209 en 280 281) maak die res van die noemenswaardige verbeterings op. Behalwe dus vir die bywerk van die regspraak, is daar nie 'n groot verskil tussen die eerste en tweede uitgawes nie.

'n Paar veranderings wat myns insiens nie verbeterings is nie, is die vervanging van spesifieke opskriffies bo-aan die bladsye deur algemene opskriffies (byvoorbeeld "Geldigheidsvereistes t o v die Vorm van die Administratiewe Handeling" deur "Die Geldige Administratiewe Handeling"). Dit bemoeilik die vinnige nagaan van 'n onderwerp. 'n Verdere verandering is dat aanhalings in die teks nou kursief gedruk word sonder aanhalingstekens. Beklemtonings binne aanhalings word dan onkursief gedruk sodat dit presies soos die teks lyk en soms 'n bietjie verwarrend kan wees (vergelyk byvoorbeeld 147 waar dit nie duidelik blyk waar die aanhaling eindig nie).

Enkele tik- en drukfoute is opgemerk maar dit is nie noemenswaardig nie. Die boek vertoon stewig en netjies met 'n soort plastiekbedekte buiteblad.

Die boek is, soos gesê, nie gerig op die regspraktyk nie maar vir diegene wat die grondslae en die regsistematiek van die administratiefreg onder die knie moet kry, is dit steeds 'n werk van onskatbare waarde.

HENNING VILJOEN
Universiteit van Pretoria

SUID-AFRIKAANSE LEWENSVERSEKERINGSREG

deur L ROELEVELD

*Privaat publikasie (verkrygbaar van die outeur, Versterstraat 634,
Elarduspark 0181) 1982; 326 bl*

Prys R25,00 (posgeld ingesluit met voorbehoud van prysverhoging)
(sagteband)

Hierdie werk is die uitgawe van die skrywer se doktorsale proefskrif van 1977 en is bygewerk tot Oktober 1982. Dit beslaan sewe hoofstukke.

Hoofstuk I open met 'n enigszins onvolledig en fragmentariese bespreking van die geskiedenis en bronne van lewensversekering en bevat ook 'n afdeling met die misleidende titel "Die Plek van Lewensversekering in die Privaatreg" waarin aangeleenthede soos versekering in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg, versekering en weddenskap en die toenmalige statutêre verbod op lewensversekering te berde gebring word. Na 'n oppervlakkige konstatering en afmaak van verskeie teorieë oor lewensversekering, onderskryf die skrywer (32) die standpunt dat lewensversekering nie as 'n vorm van assurance beskou moet word nie maar eerder as 'n *sui generis*-regsverhouding. 'n Mens sou graag hier 'n uitvoeriger bespreking van die moontlike teoretiese grondslae van (lewens-)versekering wou gesien het.

Reeds in die eerste hoofstuk is dit duidelik dat die skrywer 'n heel besondere siening van die huidige stand en moontlike toekomstige ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse lewensversekeringsreg huldig. Enersyds wil dit voorkom asof hy van mening is dat die Hersieningswet op die Voor-Uniewette 43 van 1977 nie bloot net die bindende krag van die Engelse versekeringsreg in die Kaap-provinsie en die Vrystaat afgeskaf het nie, maar inderdaad ook die Engelse invloed hier te lande uitgewis het (op 20 word bv verklaar: "Volgens my opvatting het Suid-Afrikaanse presedente wat op die afgeskafte Engelse reg berus, hul betekenis verloor") en 'n verbod geplaas het op die raadpleging en aanwending, waar gepas, van Engelse versekeringsregbeginsels in die toekoms. Dit is daarom ook nie verbasend dat sy bespreking van die Engelse lewensversekeringsreg (hoofsaaklik aan die hand van Halsbury, maar soms ook aan die hand van Nederlandse skrywers!) telkens uiters oppervlakkig en van weining nut is nie. Andersyds lyk dit asof die skrywer nie altyd in gedagte gehou het dat die Romeins-Hollandse reg bloot maar ons gemenerereg is en nie noodwendig (moderne) Suid-Afrikaanse reg weerspieël nie. Dit is teen hierdie agtergrond dat sy oordrewe behepthed met veral die moderne Nederlandse reg (wat hy op 30 as "'n gewysigde voortsetting . . . van die . . . Romeins-Hollandse reg" en daarom as van besondere betekenis vir die toepassing en ontwikkeling van die reg in Suid Afrika beskou) en sy algehele miskiening van die Engelse oorsprong van en invloed op die Suid-Afrikaanse (lewens-)versekeringspraktyk gesien moet word.

In hoofstuk II gaan dit oor "versekeringsvorme en hul toepassing" en lyfrente, oorlewingskontrakte en tontines, asook "ander [lewens-]versekeringsvorme" en pensioene word bespreek. Dit val op dat geen Romeins-Hollandse voorbeelde, aanknopingspunte en gesag hier vermeld word by die lys van die tans gebruikelike soorte van (ander) lewensversekeringsvorme nie, 'n moontlike aanduiding daarvan dat die lewensversekeringsbehoefte van vandag aansienlik verskil van dié van die sestiende en sewentiende eeu.

Hoofstuk III is gemoeid met die versekerde gevaar ('n omskrywing van begriffe soos "risiko" en "gevaar" sou seker hier nie onvanpas gewees het nie) en aangeleenthede soos selfmoord (ten opsigte waarvan die skrywer se gevolgtrekking, dat "[r]egsgelyking leer, dat die Romeins-Hollandse reg vir die Suid-Afrikaanse reg aanvaarbaar is," nie sonder meer onderskryf kan word nie: vgl ook Pretorius "Selfmoord en die Versekeringsreg : 'n Vergelyking tussen die Engelse en die Suid-Afrikaanse Reg" 1981 *TSAR* 57 waarna die skrywer nie verwys nie) doodstraf, oorlog en militêre diens, siekte, "invaliditeit" (*sic*) en ongeval word hier bespreek.

In 'n lywige hoofstuk IV word 'n magdom onderwerpe en aangeleenthede behandel wat met die lewensversekeringssooreenkoms verband hou of in verband daarmee ter sprake kan kom, onder meer die definisie van lewensversekering ('n aangeleentheid wat met vrug reeds in die eerste hoofstuk afgehandel kon gewees het) skade en subrogasie ('n behoorlike onderskeid tussen skadeversekering – en veral dan getakseerde polisse – en sommeversekering, asook 'n ondersoek na die moontlikheid dat versekering *sur autre vie* skadeversekering is, sou hier nie onvanpas gewees het nie) premiebetaling, ongeoorlooftheid en onaantasbaarheid, wanvoorstelling en waarborge ('n kritiese ontleding van a 63(3) en moontlike voorstelle vir hervorming ontbreek – vgl bv Reinecke “‘Conditions’ en ‘Warranties’ in Versekeringskontrakte” in Joubert (red) *EM Hamman-Gedenkbundel* (1984) 82), en versekerbare belang. In laasgenoemde verband sal Suid-Afrikaanse vesekeraars die skrywer se stelling (125), waarvoor maar karige bewys aangevoer word, naamlik dat “[dit] tog aanneemlik [is] dat lank voor . . . 1977 die vereiste van versekerbare belang in die Suid-Afrikaanse reg deur *non usus*, waarby die wetgewer hom aangesluit het, afgeskaf is,” seker met 'n mate van ontnugtering begroet. Die hoofstuk vervolg met 'n bespreking van die verband tussen lewensversekeringsreg en die persoonereg (die posisie van getroude vroue en minderjariges), die erfreg, die vermoënsreg (sessie, verpanding en afkoop), en die huweliksvermoënsreg. Die beding ten behoeve van 'n derde en begunstiging word ook onder oë geneem en die hoofstuk sluit af met 'n beskouing van die beskerming van en teen skuldeisers van die poliseienaar, die rol van die versekeringspolis, en die bewys van geboorte, ouderdom en dood.

Hoofstuk V handel oor beheer, belegging en winsdeling (waaronder ook herversekering ingesluit word – sonder veel beredenering word (220) tot die slotsom geraak dat die herversekeringskontrakte wat 'n lewensversekeraar aangaan 'n besondere vorm van lewensversekering is) en dit val enigszins saam met die kwessie van staatstoetsing wat in hoofstuk VII ter sprake kom. Hoofstuk VI is getitel “Organisasie Lewensversekeringsbedryf” (*sic*), en die onderlinge genootskap, die kapitaalmaatskappy en verwante aangeleenthede soos samesmeltings, oornames en lidwidasie word bespreek.

Uit die voorafgaande behoort dit duidelik te wees dat die skrywer sy net wyd gespan het. Indrukwekkend is ook die omvattende navorsing wat gedoen is, veral wat die Romeins-Hollandse bronne betref. Sy bibliografie (ongeorden soos dit mag wees) kan met vrug geraadpleeg word, veral deur diegene wat van mening mag wees dat vir die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse (lewens-)versekeringsreg daar nie verder as die Anglo-Amerikaanse regs literatuur vir aanknopingspunte gesoek hoef te word nie.

Die taak van 'n akademikus is egter nie net om na te vors en te boekstaaf nie, maar veral ook om die resultate van sy navorsing na behore te orden en aan die hand daarvan tot bepaalde gevolgtrekkings te kom en, indien nodig bepaalde hervormingsvoorstelle te maak. Dit is juis in hierdie verband dat die werk te kort skiet. Te dikwels volstaan die skrywer bloot met 'n ongesistematiseerde relaas van onsamehangende feite en inligting sonder dat die relevansie daarvan vir ons reg en die toekomstige ontwikkeling daarvan na behore aangetoon word. Dieselfde beswaar kan in die besonder ook ingebring word teen die skrywer se poging om regsvergelijkend te werk te gaan. Dikwels word daar ter ondersteuning van 'n bepaalde standpunt sonder enige onderskeid verwys na Romeins-Hollandse, moderne Nederlandse en Duitse gesag. Die blote relaas

van die posisie in verskillende regstelsels sonder dat die ooreenkomste en verskille uitgewys en met die Suid-Afrikaanse posisie en behoeftes in verband gebring word, is geen ware *regsvergelyking* nie.

Taalkundig is die werk jammerlik onversorg en wemel dit van spelfoute, Nederlandismes en doodgewone swak of verouderde Afrikaans. 'n Vlugtige soektoeg deur die eerste deel van die werk het die volgende voorbeelde hiervan opgelewer: 'n versekerde se "kondisie" (16), "kondisionele stipulasie" (25), "kontraprestasie" (28), "die kontrakvryheid" (39 vn 2 en herhaaldelik daarna), 'n bewyslas wat op die versekeraar "druk" (54), "invaliditeitsversekering" (54), "ekwivalensie" (55), "sedert dien" (58), "verdoovingsmiddels" (60), "Engels versekeringsreg" (61 vn 2), "pirate" (69 vn 4), "keus" (70 en 78), "handelsrelasie" (74), "'n besonder geval" (76), "non-eksistente regshandeling" (77), "solemne aksies" (78), 'n misdadige oogmerk "aan die syde" van 'n persoon (98 vn 1), "openbare orde beginsel" en iemand wat "misdadig oorsaak gegee het" tot 'n ander se dood (99), "somedes" (102), "koopwaar" (115 n 1), "als verkapte lewensversekering" (120), "versekeringsgelede" (122) en "werklikheid" (148). Die skrywer se kriptiese styl is hinderlik en lees moeilik en word vererger deur onbeholpe punktuasie en die periodieke afwesigheid van aanhalingstekens. Ook die verwysingsmetode is inkonsekwent en dikwels onvolledig of foutief.

Alhoewel die skrywer krediet verdien vir sy inisiatief en vir die intensiewe navorsing wat hy op die braakland van die Suid-Afrikaanse versekeringsreg gedoen het, is ek bevrees dat hierdie werk weinig inslag in die versekeringspraktik gaan vind en dat dit ongelukkig veel minder tot die ontwikkeling van 'n eie Suid-Afrikaanse versekeringsreg gaan bydra as wat in hierdie stadium so nodig is.

JP VAN NIEKERK
Universiteit van Suid-Afrika

PRIVILEGIES IN DIE BEWYSREG

SJ VAN NIEKERK, SE VAN DER MERWE en AJ VAN WYK in
medewerking met GA BARTON

Butterworths Durban, Pretoria 1984; 292 bl

Prys R55,00 + AVB (hardeband) R44,00 + AVB (sagteband)

Die outeurs het die blink gedagte gehad om verskeie geskryfte oor bewysregtelike privilegie wat in Suid-Afrika van 1977 tot onlangs die lig gesien het, saam te voeg en in boekvorm uit te gee. Die resultaat is 'n aantreklike en waardevolle boekie wat die inhoud (of minstens die wesenlike inhoud) van twee magister-verhandelings en verskeie tydskrifartikels bevat. Dit is verblydend dat hierdie materiaal nou op een plek gerieflik toeganklik gemaak word – en hier dink mens

veral aan twee nagraadse verhandelings wat moontlik nie afsonderlik publiseerbaar was nie en dus half vergeet op slegs 'n paar biblioteekrakke sou gestaan en stof vergader het.

Die feit dat die werke deur verskillende outeurs en aanvanklik met verskillende oogmerke geskryf is, pla nie. In hierdie finale vorm pas hulle trouens in so 'n mate by mekaar dat mens van die heterogene herkoms onbewus is. Die boek is boonop goed versorg. Die enigste hinderlike drukfoute wat my opgeval het, is "Landsdown" vir "Lansdown" op 151 en "can't" vir "cant" op 182 voetnoot 23. Ek hou ook nie van "gewysderegtelike ontwikkeling" nie.

Die waarde van die boek lê ongetwyfeld in die standpunte wat die skrywers stel ten opsigte van die menigte strydvrage wat daar nog in verband met die verskillende privilegies bestaan. Dié standpunte berus op 'n stewige grondslag. Die skrywers se metode is oortuigend. Die herkoms van elke privilegie word nagegaan. Daar word gepoog om die ware *ratio* te bepaal. Waar nodig word regsvergelijkend te werk gegaan. Die leser het dus vertrouwe in die skrywer se oordeel.

Noemenswaardige stellings is die volgende:

- Die aanspraak van die regsberoep op 'n privilegie ten opsigte van vertroulike mededelings aan 'n regspraktisyn berus nie op die verhewe status van die regsberoep nie, maar op die noodsaaklikheid om openhartige kommunikasie tussen regsadviseur en klient te bevorder ten einde die regsadministrasie en die akkusatoriese stelsel behoorlik te laat funksioneer. (Die skrywers bepleit nie 'n uitbreiding na ander professies nie.)
- Ons howe neig soms om die vereiste dat 'n mededeling aan 'n regsadviseur vertroulik gedoen moet gewees het, te verwar met die vereiste dat dit gedoen moet gewees het met die bedoeling om regsadvies te bekom. Hulle is selfstandige vereistes.
- Nie net onafhanklik praktiserende advokate en prokureurs kom vir regsprofessionele privilegie in aanmerking nie, maar ook die regsadviseurs van maatskappye of ander instansies wat toegelate praktisyns met verskyningsbevoegdheid is.
- Die vraag of 'n praktisyn verplig kan word om sy kliënt se identiteit te openbaar, kan nie kategoriees ja of nee beantwoord word nie. "Dit is 'n vraag wat afhang van die mate waarin die feite van elke geval die vertroulikheidsvereiste beïnvloed" (63).
- Waar die kliënt 'n maatskappy is, tree die kliënt vir doeleindes van die privilegie deur middel van sy direksieledes en voltydse regsadviseurs op. Ander werknemers of amptenare word geplaas in die posisie van derdes wat agente van die kliënt is.
- Wanneer 'n buitestaander die geprivilegieerde mededeling aanhoor of in sy besit kry, word die privilegie verbeur, maar nie vanweë afstanddoening nie, want die bedoelingselement ontbreek. Die werklike grondslag is blykbaar eerder nalatigheid: jy moet jou privilegie beskerm of die gevolge dra. (Gestel daar was geen nalatigheid nie? Dit wil voorkom of dit een geval is waar die skrywers versuim het om na die *ratio* van die privilegie te gaan. Indien hulle dit gedoen het, sou hulle moontlik verbeurdverklaring in gevalle van afluistering of diefstal veroordeel het.)

- Of daar 'n privaatregtelike remedie is waar 'n prokureur 'n geprivilegieerde mededeling sonder magtiging uitgelap het, moet aan die hand van die Suid-Afrikaanse verbintenisreg beantwoord word.
- In verband met die privilegie teen selfinkriminasie: indien die beskuldigde tydens pleitverduideliking ingevolge artikel 115 van die Strafproseswet verkies om te swyg, behoort sy swye nie die onderwerp van kruisondervraging te wees nie en kan geen nadelige afleiding daaruit gemaak word nie.
- In verband met huweliksprivilegie: die moontlikheid bestaan dat daar in Suid-Afrika weg beweeg sal word van die onbevoegdheid van gades om in sekere strafsake teen mekaar te getuig. Die aangeleentheid van getuienislewering deur gades kan eerder alleen deur die bestaande huweliksprivilegie gereël word.
- Die privilegie ten opsigte van buite-geregtelike getuieverklarings moet nie as 'n uitbreiding op of variant van regsprofessionele privilegie beskou word nie. Dit bestaan onafhanklik van 'n verhouding tussen praktisyn en kliënt.
- Verklarings aan die polisie val binne die bestek van die privilegie ten opsigte van buitegeregtelike getuieverklarings. (Die stelling op 221 dat sulke verklarings “'n verskyningsvorm van die privilegie” is, is egter ooglopend verkeerd.)
- In verband met die aanbrenner; dit is nie die aanbrenner of die aanklaer nie, maar die hof as bewaker van die openbare belang wat besluit of 'n aanbrenner se identiteit geheim gehou moet word.

Privileges in die Bewysreg is 'n goeie voorbeeld van hoe suksesvol die deduktiewe metode in die regswetenskap kan funksioneer. Deur met historiese en regsvergelende perspektief na die *ratio* te gaan, en van daar na die spesifieke probleemgevalle wat in die praktyk opduik, word sowel teoretikus as praktisyn tevrede gestel. Die boek word sonder voorbehoud aanbeveel.

CWH SCHMIDT

Universiteit van Suid-Afrika

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.

Inskrywing op die blad moet gerig word aan die uitgewer: Butterworth posbus 792, Durban 4000.

Taalkwessies

Die beleid van die redaksie van die *Tydskrif* is om nie onnodig aan die taal van sy bydraers te peuter nie; enersyds omdat ons ons nie aan onverdraagsame taalpurisme wil skuldig maak nie maar andersyds ook omdat ons nie die lewende, ontwikkelende regstaal in 'n knellende borstrok wil inpers nie. Tog vind ons dit nodig om die bydraes soms heel drasties te redigeer: Gewone taalfoute, byvoorbeeld verkeerde spelling of sintaksis, Anglisismes, toutologieë en pleonasmes, stel ons sonder meer reg. Ons probeer egter ook om op die betekenis en logiese aaneenskakeling van die woorde wat gebruik word, te let. En dit is 'n moeilike gebied. Want 'n skrywer kon miskien onnadenkend geskryf het, maar dit mag ook wees dat hy 'n bepaalde woord of sinsnede baie versigtig en met oorleg gekies of selfs geskep het en vanselfsprekend is 'n mens fyngevoelig oor jou eie voortbrengsels. Aan die ander kant is onnoukeurige taalgebruik dikwels maar net 'n simptoom van onnoukeurige denke – en dié wil ons tot elke prys help bestry.

My opmerkings oor hierdie tipe “fout” moet slegs gesien word as iets om die gedagtes te prikkel en om miskien tot gedagtewisseling te lei.

VERKEERDE WOORDGEBRUIK

- 1 “'n [Bepaalde regsfiguur] is niks anders as 'n *atavisme* nie.” “Atavisme” beteken letterlik “terugslag na voorouerlike eienskappe.” Dit kom van die Latyn “*atavus*” wat “oorgrootvader se grootvader” beteken en dit dui op die verskynsel dat sekere fisiese eienskappe of toestande, soos groot ore, 'n krom neus, bakbene of genetiese siektes, elke tweede of derde geslag in bepaalde families voorkom. Nou is dit seker moontlik dat 'n regsfiguur in metaforiese sin atavisties kan wees vir sover dit elke nou en dan sy verskyning maak en dan weer verdwyn. Waar dit egter uit die betrokke artikel blyk dat die besondere regsfiguur deurgaans bestaan het maar nou uitgedien is, behoort dit nie as 'n “atavisme” beskryf te word nie, maar doodgewoon as 'n “anachronisme” (let op die “ch” wat 'n mens geneig is om 'n “k” te wil maak – miskien in navolging van “kroniek” wat van dieselfde stamwoord kom).
- 2 “[By die bespreking van die probleem] volg ek 'n *elementologiese* benadering.” Die neologisme “elementologie” duik al meer in bydraes op. Wat die skrywers daarmee tot uitdrukking wil bring, is 'n benadering vanuit die oogpunt van die *elemente* van die misdaad of die onregmatige daad. Nou is dit so dat die agtervoegsel “-logie” onder andere op 'n vertakking of afdeling van kennis kan dui, en 'n mens sou miskien kon redeneer dat daar 'n afdeling van die strafreg is wat hom met die elemente van die misdaad besig hou. Aan die ander kant is dit gebruikliker om “-logie” vir 'n afsonderlike, erkende wetenskap of dissipline te reserveer, en “elemente,” hetsy van die misdaad hetsy van die onregmatige daad, is nog nie so 'n selfstandige wetenskap nie en sal dit waarskynlik ook nooit word nie. Dit is egter nie die belangrikste

beswaar teen die woord *nie*. 'n Belangriker beswaar is dat die veel eenvoudiger woord "elementêr" presies dieselfde gedagte tot uitdrukking bring as sy kunsmatige eweknie "elementologies." "Elementêr" beteken onder andere ook "betreffende die elemente van iets." Die rede waarom skrywers egter van dié woord wegsgram, is dat hulle dink dat "elementêr" dom eenvoudig beteken. Eintlik is dit net 'n groot kenner wat sy vak "elementêr" kan aanbied!

- 3 "Huidiglik kom [dié verskynsel] nie meer voor nie." "Huidig" is 'n byvoeglike naamwoord wat nie deur die toevoeging van "-lik" in 'n bywoord verander kan word nie. "Vandag," "hedendaags," "tans," "teenswoordig" en selfs die eenvoudige "nou" druk almal min of meer dieselfde gedagte uit. 'n Mens moet ook waak teen die neiging (waarskynlik in navolging van die Engelse "-ly") om elke bywoord op "lik" te wil laat eindig. "Nalatig" en "onregmatig" kan net so as bywoorde gebruik word, en dit is heeltal onnodig en in stryd met die Afrikaanse taalontwikkeling om byvoorbeeld te sê: "Die verweerder het die oorledene se dood nalatiglik en onregmatiglik veroorsaak." Met "wederregtelik" is dit natuurlik anders gesteld. Dié het 'n "-lik" aan die einde of dit nou as bywoord of as byvoeglike naamwoord gebruik word.

ANDER TAALFOUTE

- 1 **Ontbrekende inversie** "In D 14 18 5 word daarop gewys dat indien 'n persoon geslagtelik met 'n weduwee verkeer . . ., is hy na 'n eiland verban . . ." Dit moet lui: "dat . . . hy na 'n eiland verban is." Na die voegwoord "dat" word die woordorde omgekeer selfs al kom daar 'n kwalifiserende bysin tussenin.
- 2 **Toutologieë en pleonasmes** "Soos byvoorbeeld;" "gevolglik is dit *dus* beter om . . .;" "*kousale gevolg*;" "die vraag is of bloedskande nie *as misdaad gedekriminaliseer* behoort te word nie" (of is dit 'n *contradictio in terminis*?).
- 3 **(Moontlike) Anglisismes** "*Beide* artikels 10 en 11" in plaas van "sowel artikel 10 as 11;" "*dit* word aan die hand gedoen" in plaas van "daar word aan die hand gedoen;" "die teorieë het die volgende *in* gemeen" in plaas van "die teorieë het die volgende gemeen;" " 'n oordeel vel *op* iets" in plaas van " 'n oordeel vel oor iets;" "tot *op datum*" in plaas van "tot nou (heden, vandag) toe."
- 4 **Spelfoute** "Ordonansie" in plaas van "ordonnansie;" "nóg . . . nóg" in plaas van "nòg . . . nòg" (met 'n gravisaksent); "insteede van" in plaas van "in stede van;" "appêlhof" in plaas van "appèlhof;" "hoofregter de Villiers" in plaas van "hoofregter De Villiers" (maar hoofregter "Jan de Villiers" of hoofregter "JP de Villiers"); "ten tye van" in plaas van "ten tyde van;" "etiketering" in plaas van "etikettering;" "gematigheid" in plaas van "gematigheid."
- 5 **Ander Foute** "Van allerweë" in plaas van "allerweë;" " 'n willose dronk bestuurder" in plaas van " 'n willoos dronk bestuurder;" "iets is voor hande" (beskikbaar) in plaas van "voorhande;" "formeel-omskrewe misdaad" in plaas van "formeel omskrewe misdaad."

Ulterior purpose

JL van Dorsten

BA LLB LLM FILPA

Advocate of the Supreme Court of South Africa

OPSOMMING

Bedekte Oogmerk

Die bevoegdheid van 'n administratiewe orgaan moet vir 'n geoorloofde doel uitgeoefen word. Die beginsel dat so 'n bevoegdheid nie aangewend mag word vir 'n ongemagtigde doel nie, is lank gevestig. Daar word onderskei tussen 'n ongeoorloofde doel, wat gewoonlik die uitvoering van die bevoegdheid vernietigbaar maak, en *fraus legis* en kwade trou wat nietigheid tot gevolg het. Die uitwerking van irrelevante oorwegings of voorwaardes asook die subjektiewe gesindheid van die administratiewe orgaan word ook ondersoek. Die bewyslas rus op die persoon wat die geldigheid van 'n administratiewe handeling op grond van afwending betwis.

1 INTRODUCTION

It is a well-established principle in administrative law that where a statutory administrative power is granted for one purpose, it cannot validly be exercised for any ulterior purpose. For example, if a statutory body is empowered to expropriate land for the purpose of building a road, it cannot exercise this power for the purpose of building a school; if it attempted to do so the purported exercise of power would be invalid.

Numerous problems have, however, arisen in the application of this apparently straightforward principle. For example: is the exercise of power for an ulterior purpose void *ab initio* or merely voidable? What is the legal relevance of purpose and motive? And, what test is to be applied where more than one purpose is served? Another important question is whether a subjective ulterior purpose will invalidate the exercise of power where the consequence is authorised? In other words, where the objects of the enactment are furthered, will the exercise of power be invalid if the real reason for acting was subjectively for an improper purpose?

The aim of this article is, first, to trace the historical development of the principle, and then to examine some of the problems encountered in its application.

2 HISTORICAL DEVELOPMENT

The origin of the principle relating to ulterior purpose can be traced back to two distinct and independent nineteenth-century sources, namely, (a) the law developed in the English courts of equity and (b) the law developed by the old Cape supreme court.

a In English law, this principle was first expressed by Lord Cottenham in the High Court of Chancery. One of the earliest cases, decided in 1839, is that of *Webb v The Manchester and Leeds Railway Company*.¹ This case concerned the statutory powers of "compulsory acquisition" which were granted to privately-owned railway companies to be exercised specifically for railway purposes. The Lord Chancellor stated that he had to establish whether the transaction was a "bona fide proceeding upon the powers given by the Act, or whether it is a mere colour to cover another object . . ."²

Without referring to any earlier authorities, Lord Cottenham held:

"I certainly cannot sanction their judging that the land is necessary for the purpose of the Act, in order to enable them to take it for a purpose totally and entirely distinct."³

This *dictum* shows that the ulterior purpose principle owes its origin to a common-sense judicial interpretation of statutes and is, therefore, an example of judge-made law.

The other courts of law and equity soon followed by recognising and adopting the principles which ultimately received confirmation in the House of Lords. Thus in *Galloway v The Mayor and Commonalty of London*,⁴ Lord Cranworth could say:

"The case of the appellant . . . rested on a principle well recognised, and founded on the soundest principles of justice. The principle is this, that when persons embarking on great undertakings, for the accomplishment of which those engaged in them have received authority from the legislature to take compulsorily the land of others . . . the persons so authorized cannot be allowed to exercise the powers conferred on them for any collateral object; that is, for any purposes except those for which the legislature has invested them with extraordinary powers."⁵

De Smith accurately sums up this development when he writes that an "expression of judicial solicitude for private property rights has been enlarged, into a fundamental principle of English administrative law."⁶

The body of administrative law developed by the English courts has largely been adopted by the South African courts and has had a continued influence on our law — the reason being that administrative law is acknowledged as a relatively new field and, consequently, the customary Roman and Roman-Dutch sources have little to offer in the way of guidance. Even where similar principles evolved independently in both systems, the wealth of the English case law still has much to offer and is illustrated by the frequent references to the English law by both counsel and the bench.⁷

b In the case law developed by the old Cape supreme court, the principle relating to ulterior purpose made its first reported appearance in the 1851 case

1 4 Myl and Cr 116 41 ER 46.

2 47.

3 *ibid.*

4 1866 LR 1 HL 34.

5 43.

6 De Smith *Judicial Review of Administrative Action* 3 ed 283.

7 See, for example, *Landmark v Van der Walt* 3 SC 300 302 (counsel); *Humphries and Lammas v Town Council of Bloemfontein* 1905 ORC 90 99-100; *African Realty Trust v Johannesburg Municipality* 1906 TS 908 918; *Bitcon v City Council of Johannesburg and Arenow Behrman and Co* 1931 WLD 273 299; *Van Eck and Van Rensburg v Etna Stores* 1947 2 SA 984 (A) 998; *Olifantsvlei Township Ltd v Group Areas Board* 1964 3 SA 611 (T) 616 617.

of *Pote v Commissioners of Grahamstown Municipality*.⁸ In this case the municipality, which was empowered to hire houses or land, proceeded to contract for the purchase of an existing chapel to be used as a town hall. The court held that the ordinance “gave a power to hire . . . but not to purchase . . .” and “that no regulation authorising any such purchase would have been valid, as without the purposes of the Ordinance . . .”⁹

Then, in 1861, in *Slabbert v Bell*¹⁰ the court held that the statute empowering a railway company to obtain materials for the purposes of constructing a railway must be strictly interpreted and that material taken for the purposes of constructing the railway itself may not be used for the ulterior purpose of building railway stations. In the last quarter of the nineteenth century De Villiers CJ, in a series of cases, restated and firmly entrenched the ulterior purpose principle in the common law,¹¹ and in the other colonies of the pre-Union era, the courts also applied or adopted this principle.¹²

The ulterior purpose principle received recognition and has consistently been applied by the appellate division since its inception. Thus in the 1912 case of *Chon Ki v Pretoria Municipality*,¹³ Solomon JA held that the municipality could not exercise the powers conferred upon it to make by-laws regulating eating-houses for the ulterior purpose of controlling places where drink alone was sold. In *East London Municipality v Legate*¹⁴ the same judge held that:

“the Corporation was empowered to sell the land in question in order to raise money for the special (municipal) purposes set forth above, and . . . it had no power to dispose

8 1 Searle 131.

9 133. The judgment was reported in summary form without reference to authorities. An earlier case which has some relevance is *Municipality of Grahamstown v Ford and Jeffreys* (1844) 3 Menz 506 where the court held that although a specific power to raise revenue had not been conferred upon the municipality, it could, “for purposes *bona fide* local and municipal,” do this by means of a toll as it fell “within the view and intent of the preamble of the ordinance.” In other words, the general power was wide enough to cover the toll. See also *Trustees of the Walwich Bay Co v Collector of Customs* (1856) 2 Searle 287 where it was held that the power to approve the shipment of gunpowder for export did not confer the authority to impose a duty.

10 4 Searle 3.

11 See *Button v East London Municipality* 1 SC 384 385–386 where the power to authorise plying was used to raise revenue; *Landmark v Van der Walt* 3 SC 300 305; *MacDonald v District Engineer of the Midland and North Eastern Railway* 7 SC 290 291 (both *obiter dicta*) and Buchanan ACJ’s judgment (*ratio decidendi*) in *Grimbeek v Colonial Government* 17 SC 200 203 — all in connection with the expropriation of property for railway purposes. Also *Bower v Colonial Government* 13 SC 158 163 where it was held that the power to claim water from a farm for railway purposes could not be used to claim water for the purposes of making or repairing public roads; *Dutch Reformed Church v Town Council of Cape Town* 15 SC 14 24; *Logan v Colonial Government* 18 SC 125 133; *Oranjezicht Estates Ltd v Cape Town Town Council* 23 SC 297 308. See further *Berry v The Divisional Council of Port Elizabeth* 1 EDC 241; *Wallace v Randall* 3 EDC 87 89 — A toll-keeper authorised by statute and contract to be on private property solely for toll purposes, had used the toll house as a retail store. This was invalid on both the statutory and the contractual grounds. See *Port Elizabeth Municipality v Uitenhage Municipality* 1971 1 SA 724 (A) 740A.

12 See *Hajee Habib v Pietersburg Municipality* 1905 TS 63 64–65; *Humphries and Lammas v Town Council of Bloemfontein* 1905 ORC 90 99–100 (in this case, for the first time in a reported judgment, direct reference was made to, and reliance placed upon, the English case law. In *Landmark’s* case *supra* 302, counsel cited some English cases in his favour but no reference was made to them in De Villiers CJ’s judgment); and *African Realty Trust v Johannesburg Municipality* 1906 TS 908.

13 1912 AD 636 640 641.

14 1915 AD 313 318–9.

of the land for any other purpose. Now it is quite clear from the evidence that the object that the Council had in view in selling the land was not raising of money for any municipal purpose, but merely to secure the erection of a first-class hotel in the municipality."¹⁵

And further:

"Now, however desirable the object which the Council had in view, it is clear that the transaction did not fall within the scope of the powers conferred upon the Corporation . . . The sale is, therefore, *ultra vires* of the municipality . . ."¹⁶

As was the case in English law, the South African courts merely interpreted the statute in question to determine the relevant purpose and thereby the scope of the conferred powers. This is illustrated in the abovementioned appellate division cases, in which the court considered the ulterior purpose principle to be a matter of common sense requiring no authority to substantiate it.

This shows that although identical views were expressed on similar points, this principle was not adopted from the English law but is an independently developed rule created and entrenched in our common law by the courts.¹⁷

Having briefly considered the historical development of the principle, I shall now examine some related areas, which, although they overlap, must be distinguished from improper or ulterior purpose.

3 ULTERIOR PURPOSE, *FRAUS LEGIS* AND BAD FAITH

As can be expected from the foregoing, the significance of the Roman and Roman-Dutch authorities as far as the ulterior purpose principle is concerned, is minimal; they cannot, however, be ignored. An examination of these authorities reveals that all forms of improper conduct or unfair dealing (*omnis improbitas*) were classified under *dolus* used in its wide or general sense.¹⁸ These concepts, particularly *fraus legis*, which is one aspect of *dolus*, have been applied by the courts in administrative law. This is illustrated in the important case of *Van Eck and Van Rensburg v Etna Stores*¹⁹ where Davis AJA draws a distinction between acts which are simply *contra legem*, that is, where a power is unintentionally exercised for an ulterior purpose, and acts which are *in fraudem legis*, namely where an administrative official professes to use the power for its legitimate purpose while in fact he is using it for another. Thus although the concepts of *fraus legis* and ulterior purpose overlap, they are not identical. *Fraus legis* presupposes a conscious, deliberate and deceptive intention to escape the provisions of the law, resulting in the practical or legal effect of the enabling

15 This being one of the conditions of sale under which land valued at £3 000 was sold for £3.

16 319. See also the following cases (in which the terms purpose and motive are used interchangeably): *Marais v Pretoria Municipality* 1917 AD 568 575 576-577; *Johannesburg Consolidated Inv Co Ltd v Marshall Townships Syndicate Ltd* 1917 AD 662; *Van Marseveen v Union Government* 1918 AD 200 220-221, 228-229, 235-236; *Hornby v Municipality of Roodepoort* 1918 AD 278; *Union Government v Union Steel Corporation (SA) Ltd* 1928 AD 220 237 (*obiter dicta*); *Feinstein v Baleta* 1930 AD 319 326; *Johannesburg City Council v Constandelas* 1936 AD 1 17; *Safe Investments (Pty) Ltd v The Administrator* 1946 AD 302 312; *Administrator, Cape v Associated Buildings Ltd* 1957 2 SA 317 (A) 329; and *Mustapha v Receiver of Revenue Lichtenburg* 1958 3 SA 343 (A) 348.

17 See the *Etna Stores supra* 998.

18 See *D 1 3 29*; *D 1 3 10*; *D 44 4 13*; *C 1 14 5*; *Voet 4 2 2*; *Voet 4 3 2*.

19 *supra* 998. For the facts of this case see the text at note 59 *infra*.

statute being undermined.²⁰ In the case of ulterior purpose on the other hand, the authority may act either consciously or unconsciously (and may do so completely *bona fide*) in its attempt to extend the effect of the statute, which results in the invalidity of the action. Ulterior purpose is therefore a distinct and broader ground for review than is *fraus legis*, and the significance of the old authorities is limited to the fraudulent aspects of ulterior purpose.²⁰

A related concept which requires examination is that of bad faith, which in this context conveys two meanings which should be distinguished.

The term "bad faith" may be used simply to refer to any exercise of power for an ulterior or improper purpose, which, whether it is intentional or not, is *ultra vires*.²¹ On the other hand a more common connotation of bad faith is that of dishonesty; the intentional use of an administrative power for an ulterior purpose is said to be an act in bad faith.

Our courts recognise this distinction and employ the more accurate terminology, which can be seen in the *Etna Stores* case where Davis AJA stated:

"To pretend to use a power for the purpose for which alone it was given, yet in fact to use it for another is an abuse of that power and amounts to *mala fides*."²²

Referring to this *dictum*, Schreiner, JA, in *Mustapha v Receiver of Revenue, Lichtenburg* added:

"The latter expression [i.e. bad faith] in this connection means no more than a motive which in relation to the enabling provision is wrong."²³

Bad faith, as the "intentional misuse of power for extraneous motive,"²⁴ is therefore a narrower concept than improper purpose, because in the latter case the power may also be misapplied in good faith.

A discussion of the *ultra vires* doctrine is outside the scope of this article. Mention need only be made that in administrative law this doctrine is used to denote the framework within which administrative authorities are required to exercise their powers,²⁵ and that it is under substantive *ultra vires* in its broad or extended sense that the principle relating to ulterior purpose is classified.²⁶

20 See Wiechers *Administratiefreg* (1973) 241 and Rose-Innes *Judicial Review of Administrative Tribunals in South* (1963) 127.

21 See Brett and Hogg, *Cases and Material on Administrative Law* (1975) 3 ed by Tracey and Sykes 241.

22 *supra* 997. The judge added that by these remarks he was not attaching any "moral obloquy to the appellants or their officers; doubtless they were acting in what they conceived to be the public interest . . ." See also *Musaruwa's case infra* 224B-C.

23 1958 3 SA 343 (A) 348G-H. See also *Leach v Secretary for Justice, Transkeian Government* 1965 3 SA 1 (E); *LF Boshoff Investments v Cape Town Municipality* 1969 2 SA (C) 273A; *Ismail v Durban City Council* 1973 2 SA 362 (N); Wiechers *supra* 265-266; generally, *Humphries and Lammas v Town Council of Bloemfontein* 1905 ORC 90; *Shidiack v Union Government* 1912 AD 575 583; *Feinstein v Baleta* 1930 AD 319 326; *Sinovich v Hercules Municipal Council* 1946 AD 783 791-792 and 802; *Brandfort Municipality v Esterhuizen* 1957 1 SA 229 (O) 233; *Mustapha's case supra* 358-359; Wiechers *supra* 264-268.

24 De Smith *Constitutional and Administrative Law* (1975) 590.

25 *The Law of South Africa* vol 1 44 par 79 (hereinafter referred to as *LAWSA* 1 79); *East London Municipality v Legate supra* 322; *Director of Education, Transvaal v McCagie* 1918 AD 616 622; *S v Looij* 1975 4 SA 703 (RAD) 706D.

26 Wiechers has put forward a convincing argument that the principle of legality is to be preferred as a basis from which to judge administrative activity. See *LAWSA* 1 59 and *Administratiefreg* 187 268. Wiechers refers to the principle under discussion as "die verbod op die afwendig van 'n bevoegdheid" which he equates with the French "detournement de pouvoir." Concerning the latter see Neville Brown and Garner *French Administrative Law* 2nd ed (1973) 131. It is also recognised in English law. See Denning, *Freedom under the Law* (1949) 115-118; De Smith, *Constitutional and Administrative Law* 591 where *Padfield v Minister of Agriculture* (1968) AC 997 (HL) is cited as authority.

4 VOID OR VOIDABLE?

An interesting but complex question is whether an ulterior purpose renders the exercise of an administrative power void or voidable, in other words, whether exercise of power is totally invalid or merely defective. This difference is significant because if the action is void *ab initio* it has no legal force whatever, and as there is no initial validity which requires compliance, any order or prohibition made in terms of the purported action can be resisted or ignored with impunity.²⁷

If, however, the action is voidable, it means that the action has some legal force which requires compliance until set aside by a court of law or a competent administrative body, such as an appeal board. Should the administrative body or official whose action is invalid or defective, approach the courts for its enforcement, the defendant may raise the defect as a defence; if this can be established, the action will be set aside.²⁸

In dealing with this problem the courts have adopted a strict approach in two instances in which they consider the action to be sufficiently invalid to warrant a declaration of initial voidness. They are:

a Where an administrative body *mala fide* or intentionally exercises a statutory power for an ulterior purpose, this sufficiently impairs the validity of the action for it to be held to be inoperative²⁹ on two grounds: firstly, because the administrative body intentionally failed to comply with two of the requirements for a valid administrative action,³⁰ and secondly, because it intentionally acted beyond the scope of its duties with the result that its action is legally incompatible with the enabling statute.³¹

b Where an administrative body patently, but not intentionally, acts outside the scope of its powers by pursuing a purpose which is in no way authorised by the enabling statute, the action is void *ab initio*.

This is clearly stated by Van den Heever JA in *Broadway Mansions (Pty) Ltd v Pretoria City Council*:³²

“Where a power is granted for a specific purpose it cannot be used for a purpose other than that for which it was intended, in relation to such other purpose the power does not exist.”³³

27 *Button v East London Municipality* 1 SC 384 385; *Bhengu v Registering Officer for Bloemfontein Native Location* 1935 OPD 108 112. The courts may intervene *mero motu* in such cases. See *S v Prinsloo* 1970 3 SA 55 (O) 553 and *Wiechers op cit*, 162–163 and 292–293.

28 See further *Wiechers op cit* 162–164.

29 *Greene v Pietermaritzburg Corporation* 1928 NPd 86 93 and *Estate Geekie v Union Government* 1948 2 SA 494 (N) 502 where this principle as stated in *Short v Poole Corporation* 1926 1 Ch 66 is cited with approval. *Wiechers op cit* 293.

30 that administrative actions must be performed in good faith (*Wiechers op cit* 264 and *Steyn Die Uitleg van Wette* 4ed (1974) 232) and only for the purpose for which it was granted.

31 *Wiechers op cit* 293 and *Steyn op cit* 232–233; *Brandfort Municipality v Esterhuizen* 1957 1 SA 229 (O) 233; and, on appeal, 1957 3 SA 768 (A) 771.

32 1955 1 SA 517 (A).

33 522. See also *Mustapha's case supra*, 348–357; *Olifantsvlei Township Ltd v Group Areas Board* 1964 2 SA 611 (T) 614F; the *LF Boshoff Investments case supra* 268; *Die Bestuursraad van Sebokeng v Tlelima* 1968 1 SA 680 (A) and *Hussey v Rhodesia Conscientious Objectors' Exemption Board* 1977 3 SA 91 (RAD) 94. For the application of this rule in a different context see *Bethel NGK v Dempers* 1911 WLD 82; *S v Frans* 1978 2 SA 193 (C) 196F.

In other words, where an objectively ascertainable unauthorised purpose is being served, the administrative action is totally invalid. This can easily be established by comparing the outcome or consequence of the action with the authorised purpose.

Apart from the abovementioned instances, the courts generally regard invalid actions as being voidable instead of void.³⁴ Therefore, if, for example, an administrative body imposes extraneous conditions to achieve an ulterior purpose,³⁵ or is substantially influenced by an irrelevant consideration (the ulterior purpose) in the exercise of a discretionary power,³⁶ such voidable actions will remain in force until the courts are approached to invalidate them.

This dual approach is, in theory, a satisfactory one because the important factors such as the intentions of the administrative officials and the outcome of the exercise of power affect the existence of the action, whereas the other factors play a subsidiary role and operate as defences in litigation. In practice, however, it is not always easy especially for laymen, to determine in which category a disputed action falls. This problem was encountered in *Brandfort Municipality v Esterhuizen*.³⁷ Botha J rejected as unfounded a submission that where a municipality, purporting to act in terms of some statute, prohibited a person from doing something, the person was bound to obey even if the order was a nullity. In this case the plaintiff was authorised by the municipality to make certain alterations to a dwelling. While the alterations were in progress, the authorisation was revoked and the plaintiff forbidden to continue with the alterations or to restore the dwelling to its previous state. As a result of this prohibition, "irreparable damage" was suffered. In an action for damages, the plaintiff alleged that the prohibition was unlawful and *mala fide*. The court held³⁸ that this amounted to an allegation that the prohibition was a nullity and that any damage suffered as a result of complying with the null prohibition was caused by the plaintiff's own actions and that she had to bear the loss. This case graphically illustrates the problem facing all persons affected by an administrative action whose validity is disputed: should the order be ignored until its validity is established, or should it be obeyed until set aside? In the former case, the person does this at his peril, in the latter case the person may stand to lose for having needlessly complied with a void order.³⁹ As there is no yardstick by which to measure the degrees of invalidity, it is left to the persons affected to establish, as best as they can — by referring to the relevant enactment, using common sense or seeking legal advice — whether the authorised purpose is being served by the order affecting them, before deciding whether to ignore or obey the order until the court is approached.

5 THE PURPOSE TO BE SERVED

All statutory administrative powers must be conferred with reference to a purpose. This is true even where an absolute discretion is conferred, because the discretion may be exercised only for the achievement of the purpose(s) laid

34 *Wiechers op cit* 162.

35 See *infra* the text at note 93.

36 See *infra* the text at note 79.

37 1957 1 SA 229 (O) (confirmed on appeal).

38 233.

39 See *Esterhuizen v Brandford Munisipaliteit* 1957 3 SA 768 (A) 771D.

down in the enabling enactment, and, however vague they may be, they must be determinable.⁴⁰ It would be legally unacceptable for an administrative official or body to be empowered *in vacuo*, to act purposelessly.

The purpose is the *raison d'être* for the granting of power and delimits the area within which the power is to be exercised.⁴¹

It has been stated that the purpose to be served must, generally speaking, be coincidental with the good of the community.⁴² This criterion, *per se*, is, however, too vague to be of much use in practice.⁴³ The purpose prescribed in the enabling statute must be more specific, whether it be defined narrowly for a particular purpose or broadly in general terms.⁴⁴

Where no specific purpose is referred to, the courts will generally attribute an implied purpose to the legislature's intention.⁴⁵ An all-embracing "proper or authorised purpose" cannot be defined as it has no fixed content; it is as varied and many-faceted as administrative law itself. The enabling enactment may authorise a single or multiple purpose to include, *inter alia*, any provincial or municipal scheme or undertaking, licensing, planning, security, transport — the list is endless.

As the purpose to be served must be contained expressly or impliedly within the enactment, it will be necessary in each case to interpret the relevant section, as representing the legislature's intention, in order to establish the authorised

40 See *Delew v Brakpan Town Council* 1937 TPD 443 and Greenberg JA's *dictum* in the case of *Administrator, Cape Province v Ruyterplaats Estates (Pty) Ltd* 1952 1 SA 541 (A) 554: "[The section] leaves it to the unfettered discretion of the Administrator whether he will grant or refuse the application, and the only limitation to the discretion . . . is the limitation implied by law viz: that the persons to whom the duty was delegated were to apply their minds properly to the question before them, to consider it honestly and *bona fide*, without any ulterior motive, and not to impose a condition which no reasonable man so acting would have done." See also *Wiechers op cit* 79-82, 239 and 245.

41 This accords with the theory of limited executive power. See generally the *Olifantsvlei Township* case *supra* 614F; *Madamombe's* case *supra* 206; *Tlelima's* case *supra* (note 33); *S v Tandi* 1977 1 SA 712 (RAD) 714; *Ngcwase v Terblance* 1977 3 SA 796 (A) 800; *Parow Municipality v Davies* 1977 4 SA 207 (C); *Administrateur Tvl v Quid Pro Quo Eiendomsmaatskappy* 1977 4 SA 830 (A); *Durban City Council v Jailani Cafe* 1978 1 SA 151 (D) 153. Sometimes express limitations are to be found in the empowering enactment; see for example the case of *Administrator Cape v Associated Buildings Ltd* 1957 2 SA 317 (A) 326.

42 See *Cole v Union Government* 1910 AD 263 219-280; *Jacobson v George Licensing Court* 1934 CPD 454; *Sinovich v Hercules Municipal Council* 1946 AD 824; *McCarthy v Must-heights (Pty) Ltd* 1974 4 SA 328 (C) 347B-C; *Durban City Council v Jailani Cafe supra*, note 32. *Wiechers op cit* 239 and *Steyn op cit* 255.

43 See *Rondebosch Municipal Council v Trustees of the Western Province Agricultural Society* 1911 AD 271 279.

44 See *Berry v Divisional Council of Port Elizabeth* 1880 1 EDC 241 246; *Colonial Government v Stephan Bros* (1900) 17 SC 510 515-516; *Feinstein v Baleta* 1930 AD 319 324; *Estate McKay v The Rand Water Board* 1937 AD 407; *Sinovich v Hercules Municipal Council* 1946 AD 783 817-818; *R v Ngati* 1948 1 SA 596 (C) 604; *Africa v Boothan* 1958 2 SA 459 (A) 642; *Mustapha v Receiver of Revenue, Lichtenburg* 1958 3 SA 343 (A) 348-349; *Pretoria City Council v Meerlust Investments Ltd* 1962 1 SA 321 (T) 334; *S v Perumal* 1977 1 SA 526 (N) 527.

45 See *Delew's* case *supra* 443 and the *Ruyterplaats Estates* case *supra* 554; *De Smith Judicial Review* 285; *Neville Brown and Gardner op cit* 131 (the Conseil d'Etat is also "prepared to invent an object for the legislature"); *Padfield v Minister of Agriculture* 1968 AC 997.

purpose.⁴⁶ What appears to be a simple question of interpretation of a statute may give rise to certain difficulties in practice, for example, where no clear definition of the statutory purpose is given, or an absolute discretion is conferred, or, where delegation is involved, if the delegate himself is empowered to determine the statutory purpose.

However, as the courts must in all cases determine the statutory purpose, they will, if the purpose is not clearly determinable from the relevant section, go further and look at the section in its context, that is, at the enactment as a whole, the person or body upon which the power is conferred, the effect or consequence of the exercise of the power and any other factor it deems relevant. In other words, the purpose is objectively determined by the court.⁴⁷ Thus in *Madzimbamuto v Lardner-Burke* discussed below, the court determined the purpose by looking not only at the relevant regulation but also at the official press statement made by the minister explaining why a state of emergency had been declared.

6 PURPOSE AND MOTIVE

Difficulties arise at the outset when an attempt is made to distinguish the legal relevance of purpose and motive. The treatment of these concepts by the courts and writers has led to there being very little by which to distinguish the one from the other.⁴⁸ Both have been ascribed subjective and objective meanings and in the resultant overlap they "share a common area of meaning."⁴⁹

In relation to the exercise of administrative powers, there appears to be a growing tendency to use motive more in its subjective sense, and purpose in its objective sense. This is illustrated by Corbett J in *LF Boshoff Investments v Cape Town Municipality*:⁵⁰

"In my view . . . it is, generally speaking, open to the Municipality to choose its own time for expropriating a particular property, and in deciding upon a certain moment of time it may be actuated by a variety of motives. Provided that the expropriation is a *bona fide* one for a municipal purpose, these motives would not be relevant to the question as to whether the power of expropriation had been validly exercised."

46 See the *Etna Stores* case *supra* 995; *Thom v Moulder* 1974 4 SA 894 (A) 905; *Madamambe v Salisbury Municipality* 1977 2 SA 197 (R) 207; *Transair (Pty) Ltd v National Transport Commission* 1977 3 SA 784 (A) 793.

47 See, for example, *Brooks v Kemp* 1951 1 SA 505 (W) 507-508 where the court determined the purpose by looking not only at by-laws but also at the various forms that had to be completed to obtain cremation certificates. See further *Port Elizabeth Municipality v Uitenhage Municipality supra* 739-740; *Citimaker (Pty) Ltd v Sandton Town Council* 1977 4 SA 959 (W) 961.

48 See for example, *Collins's* case *infra* (note 75) 577; *Crofter Hand Woven Harris Tweed Co v Veitch* 1942 AC 435 452 per Viscount Maugham: "[I]t would be necessary very carefully to examine 'the real purpose' or 'the true motive' (which I think is the same thing) of the combination . . .," *Lynch v DPP* (1975) 1 All ER 913 (HL) 934E-G per Lord Simon: "[M]otive is used in two senses: first, that psychic state which induces a person to act in a certain way by influencing his volition (internal motive); secondly, a contemplated result or object, the desire of which tends to influence volition (external motive); they are like magnet and needle. In the context of duress, fear is the internal motive, avoidance of injury the external motive." See also *Minister of Justice v Musarurwa* 1964 4 SA 209 (RAD) 224H; *The Master v Thompson's Estate* 1961 2 SA 20 (FC) 36-37; *Madzimbamuto v Lardner-Burke NO* 1968 2 SA 284 (RA) 354H; *Feinstein v Baleta* 1930 AD 319 326. See also footnote 16 above.

49 De Smith *Judicial Review* 291.

50 1969 2 SA 256 (C) 270B. See also *Van Eck's* case *supra* 1000.

Purpose, in this sense, is used to mean the objectively ascertainable end, aim or object for the attainment of which the power exists or was granted, and is usually to be found in the enabling enactment. Motive, on the other hand, is used to mean the "complex of psychological and emotional factors that motivate the actor and explain his conduct."⁵¹

Both are, however, capable of meaning "a conscious desire to attain a specific end, or the end that is desired."⁵² When used in this sense, an improper purpose or motive may render what is done invalid if the quality of the act is affected.

In administrative law, where technicalities are decisive and exactness therefore essential, this confusion is unsatisfactory. For this reason it is submitted that, instead of using purpose and motive, with their established history of confused and overlapping usage, it is preferable that terms with distinct meanings and which stand in a clear vertical relationship to each other be substituted. Thus if "dominant purpose" and "subsidiary purpose" were to be used (instead of purpose and motive) in the objective sense and "motive" exclusively in the subjective sense, it would assist in eliminating the existing confusion.⁵³ A uniform terminology would simplify matters as the dominant purpose would determine the validity of the act. In other words, the act would always be valid where the dominant purpose is honestly directed at the achievement of the authorised purpose, regardless of the fact that a reasonably ancillary or consequential subsidiary purpose may be achieved at the same time.⁵⁴ These terms would then also be the same as those adopted in the tests discussed below, which are used to determine the validity of an action where more than one purpose is established.

7 PLURALITY OF PURPOSES

This problem has aptly been described as a "legal porcupine which bristles with difficulties as soon as it is touched."⁵⁵ The question which must be answered here is whether the act of an authority which has sought to achieve both authorised and unauthorised purposes, is valid. The problem centres around the criteria by which the validity of the act is to be determined. De Smith submits that "the existing case law indicates at least five separate tests that may be adopted where plural purposes or motives are present."⁵⁶

These are:

- (1) What was the true purpose for which the power was exercised? If the actor has in truth used his power for the purpose for which it was conferred, it is immaterial that he was thus enabled to achieve a subsidiary purpose.
- (2) What was the dominant purpose for which the power was exercised? If the actor pursues two or more purposes where only one is expressly or impliedly permitted, the legality of the act is determined by reference to the dominant purpose.

51 De Smith *Judicial Review* 291.

52 *ibid.*

53 See *Collins's case infra* (note 75) 577A.

54 See, for example, *Grimbeek v Colonial Government supra* where the dominant purpose was to expropriate land for railway purposes but a subsidiary purpose of obtaining water was also achieved. The court held (204) that the expropriation was not unlawful. Also *Dawe v Boksburg Municipality* 1913 TPD 419; *Amoils v Johannesburg Municipality* 1916 TPD 640 and *Steyn op cit* 213-216.

55 De Smith *Judicial Review* 287.

56 *ibid* 288-290.

- (3) Would the power still have been exercised if the actor had not desired concurrently to achieve an illicit purpose?
- (4) Was any of the purposes pursued an authorised purpose? If so, the presence of concurrent illicit purposes does not affect the validity of the act.
- (5) Was any of the purposes pursued an unauthorised purpose? If so, and if the unauthorised purpose has materially influenced the actor's conduct, the power has been invalidly exercised because irrelevant considerations have been taken into account."

Of the five tests only the first two need be elaborated upon here. The third test involves speculation on the part of the court which makes it unacceptable and therefore unlikely to be adopted.⁵⁷ The fourth test would be in conflict with the "true or dominant purpose" approach adopted by our courts, unless the authorised purpose is substantially fulfilled, in which event it would merely be a repetition of the first two tests. The fifth test is dealt with below under extraneous considerations.

Returning to the first two tests, there is little to distinguish them, as the "dominant purpose" test may often prove to be no more than a better formulation of the "true purpose" test.⁵⁸ Moreover, where more than one purpose can be established it is easier to single out the dominant, as opposed to the true purpose, as more than one purpose may be true.

The "true purpose" test is, however, applicable where the stated purpose proves to be no more than a sham. Thus in the *Etna Stores* case,⁵⁹ the officials were authorised, in terms of a war measure, to seize foodstuffs where the latter afforded evidence of a contravention of any prohibition. Acting in terms of this regulation, they seized rice from Etna Stores after an unnecessary delay by the merchants to deliver the rice to a food distribution centre. The court found that, although the ostensible or professed purpose for which the rice was seized was that it afforded evidence of the failure to deliver, the real purpose was to further the food distribution scheme.⁶⁰

The difficulty experienced in dealing with a plurality of purposes is further illustrated in the following two Rhodesian cases.

a In *Madzimbamuto v Lardner-Burke*⁶¹ the Rhodesian appeal court was faced with the problem of determining the validity of a proclamation aimed at the achievement of both a lawful and an unlawful purpose.

The Rhodesian government had made certain regulations detaining people by virtue of proclamations made in terms of the Emergency Powers Act. The court was satisfied, by the contents of the responsible minister's official press statement, that the real purpose for the declaration of a state of emergency was to maintain peace and public order.⁶² The court had also accepted the appellant's contention that a passage in the statement could be understood to mean that

57 See *Kneen v Minister of Labour* 1945 AD 400, the *Chesterfield House* case *infra* 821 and 822 (note 65).

58 See De Smith *Judicial Review* 289.

59 *supra* 995-996.

60 See also *Legate's case supra* 319; *Mustapha's case supra*; the *Olifants Township* case *supra*; the *LF Boshoff Investments* case *supra* 329; *Makoka v Germiston City Council* 1961 3 SA 573 (A) 581-582; *Cape Divisional Council v Western Cape Timbers (Pty) Ltd* 1976 3 SA 714 (C) 717.

61 1968 2 SA 284 (RAD) 352-356.

62 354E and 354G. This is one of the rare instances in which an insight into governmental thinking or reasoning can be gathered from material made publicly available.

the government might use the powers given to it under the proclamation for the express purpose of stifling political opposition; this opposition would not have involved any danger to peace and public order. The appellants then argued that because the latter purpose was improper the whole proclamation should be declared invalid.

This Beadle CJ declined to do, stating:

“This [stifling the opposition] would, of course, be an improper motive; and if this were the object of declaring the state of emergency the Proclamation would be unlawful.”⁶³

The judge went on to say that, if the improper motives were established, the proclamations themselves would not be made unlawful as this would only show that they were made for a dual purpose. The taint of illegality might have been more decisive if the proclamations were not “purely enabling measures.”⁶⁴

They were nevertheless required for a legitimate purpose and the security of the community would suffer if they were to be held wholly unlawful. He continued:

“The proclamations are therefore measures in which the lawful is clearly separable from the unlawful purpose. In their application effect can be given to what falls within their lawful purpose, without prejudice to a court holding unlawful anything which falls outside that purpose. For this reason I do not think the proclamations as a whole can be held to be unlawful.”⁶⁴

Although the result achieved by Beadle CJ’s argument is a practical or common-sense one, it fails to stand up to established principles and logical analysis. As the proclamations were made for a dual — lawful and unlawful — purpose, it is trite law that the section pertaining to the unlawful purpose is invalid and should therefore have been struck down as such, leaving the lawful section intact. If the severance proved to be too complicated, or impracticable, the whole proclamation should have been declared invalid.⁶⁵ The chief justice, however, refrained from using either of these means to purge the proclamation and for reasons of expediency left both the lawful and the invalid section standing.

b Where two powers delegated under two different acts are used together for the express purpose of achieving a combined result neither could achieve individually and, where that result or the real objective is unlawful, the scheme will be unlawful in its entirety. In *Minister of Justice and Law and Order and Attorney General v Musarurwa and Nkomo*⁶⁶ the minister had *pari passu* made restriction orders under the Law and Order (Maintenance) Act compelling respondents to remain in two restriction areas, and orders under the Protected Places and Areas Act controlling the movement of people in the proclaimed protected areas which surrounded the restriction areas.

By the restriction orders the minister compelled the respondents to remain within the said areas and by the protection orders he prevented the public having access to them. The minister with “commendable frankness” admitted to the court that his real objective was to use two acts in conjunction to achieve what he though he could not achieve under either act alone.⁶⁷

63 354H.

64 345H–355H. See also 355H–356A; *Maluleke v Minister of Law and Order* 1963 4 SA 206 (R) 211–212 and *Municipality of Grahamstown v Ford and Jeffreys supra* 509.

65 See *Reloomal v Receiver of Revenue* 1927 AD 401; *Johannesburg City Council v Chesterfield House (Pty) Ltd* 1952 3 SA 809 (A) 822.

66 1964 4 SA 209 (RAD).

67 212F–H.

The issues raised by the minister's actions were divided by Beadle CJ into two: "One problem (which I shall call the broad problem) is whether it is permissible to use the two Acts where the sum total of what is sought to be achieved, while not authorised by either Act, is nevertheless not actually unlawful."⁶⁸

Deciding this problem on general principles, the chief justice found that there were no legal grounds on which it could be held that the powers had been abused.⁶⁹ The second and "narrow" problem is whether

"it is permissible to so use the two Acts where what is done under each Act, regarded separately is lawful, but the sum total of what is done under both is unlawful."⁷⁰

Rejecting the piecemeal approach, the chief justice decided that the scheme must be looked at as a whole,

"and the test of its legality is what is its 'pith and substance'."⁷¹

This the court found to be confinement of the respondents "under conditions similar to those obtaining in a detention camp."⁷² The only enactment which specifically provided for detention is the Preventive Detention Act which also provided a number of safeguards to protect the individual's liberty. The practical result achieved by the minister's actions was effectively to detain the respondents and at the same time to by-pass the statutory safeguards. After comparing the provisions of the three enactments, Beadle CJ came to the conclusion that the legislature had clearly indicated its intention, namely that detention (or confinement approximating it) could be ordered only in terms of the Preventive Detention Act.⁷³ He then stated:

"The Minister has, I think, used the Law and Order (Maintenance) Act and the Protected Places and Areas Act for the furtherance of a scheme the 'pith and substance' of which is to confine persons in conditions similar to detention but without using the Preventive Detention Act for the purpose. Put more simply, it appears that the Minister thought it expedient to so confine the respondents. This I do not think he is permitted to do. This scheme therefore, is an unlawful scheme, and this being so, all the orders which he made in furtherance of it are invalid."⁷⁴

Each order was, in fact, invalid *ab initio* because the dominant or true purpose for which the orders were made differed from the authorised purpose, making it unnecessary to have to consider the scheme as a whole. The invalidity stemmed not only from the unlawful objective consequence but also from the minister's failure to comply with the subjective requirement of good faith in the exercise of his powers. In other words, he did not exercise the powers for the proper reason for which they were conferred; his subjective motivation was ultimately the attainment of the unlawful purpose of detention.

The principle laid down in *Musarurwa's* case deals with the exercise of a statutory power by a public body or official, and differs fundamentally from the exercise of a legislative power by the supreme legislature, namely parliament.

Where the latter is concerned, the only question which the courts may ask is whether the legislature has the power to do what it did. If so, the courts do not question the purpose for which the power was used because the courts have no jurisdiction to declare a parliamentary enactment invalid on the grounds that parliament's legislative power was used for an ulterior purpose.⁷⁵

68 213-214.

69 216A adding "always provided, of course, that the real objective is not an unlawful one."

70 214A.

71 217F.

72 218H.

73 222B.

74 223B-D.

75 *Musarurwa's* case *supra* 215 D.

Thus, in *Collins v Minister of the Interior*,⁷⁶ the majority of the appellate division looked at each step of the legislature's scheme to pack the senate and thereby to obtain the necessary two-thirds majority to exclude the coloured voters from the general voter's roll, and came to the conclusion:

"[T]he legislative scheme which was adopted is not open to attack in law. Each step taken in the scheme was taken in accordance with the provisions of the South Africa Act and the scheme as a whole was designed in such a way that [the] Act [in issue] would be validated in accordance with the requirements of sections 35 and 152 [the entrenched sections] of the South Africa Act."⁷⁷

Unlike Schreiner JA who, in his dissenting judgment, viewed the piecemeal scheme as a whole with the result that all the parts were regarded as invalid, the majority of the court refused to take account of the real or ultimate purpose of the legislation; this they considered to be irrelevant in law as parliament had plenary power to legislate to reconstitute the senate.⁷⁸

76 1957 1 SA 552 (A) 565.

77 57G per Centlivres CJ.

78 Centlivres CJ's grounds for disallowing the appeal were the following:

a There was no justification for construing the Senate Act as being passed to artificially create a two-thirds majority for the purpose of passing the second Act (566).

b As parliament had plenary power to legislate (to reconstitute the Senate) its legislation is valid no matter what is real purpose or motive was, the latter being irrelevant in law (568).

c The Senate Act, despite its effect of supplying the government with a two-thirds majority, did not *per se* affect the appellant's voting rights; it was merely preparatory. A further legislative step was necessary to destroy such rights and as the second step was taken in conformity with the constitutional provisions "neither legislative step, taken by itself, is *ultra vires*" (569).

d The plan was not to effect indirectly something which neither legislature had the power to achieve directly (570).

In this dissenting judgment Schreiner JA allowed the appeal for the following reasons:

a The intention of the framers of the Constitution was to provide a real and not a merely theoretical protection against parliamentary majorities acting bicamerally (574). Consequently, parliament, acting through its majority, should not have the power to convert, (by bicameral legislation) "an insufficient majority in a joint session into a sufficient one, merely by invoking the procedure of nomination or its equivalent" on an *ad hoc* basis (574 and 576). The constitutional guarantee would be ineffective if restricted powers could be inflated by such a simple device (576). Therefore, only the Houses of Parliament constituted for the purposes of performing the Union's legislative work generally, was intended by the proviso (574).

b There was no authority for the proposition that the government's "piecemeal progression avoids invalidity" (574); it is contrary to principle because the parts of a scheme generally take their character from the whole (574). Moreover, where legislation in one area is preparatory to legislation in another the two cannot be considered apart as "in substance they become one field" (575B-C).

c Where there is a legislative plan to do indirectly what the legislature is not empowered to do directly the plan and the purpose is crucial to the validity of the enactment (577). The purpose with which the Senate Act was passed is relevant because only by having regard to that purpose can it be judged whether the "Senate set up by that Act is a House of Parliament within the meaning of the proviso" (579). As the history of the Senate Act proclaims that it was enacted only for the purpose of providing the two-thirds majority required to remove the Coloureds from the voters' roll, such an *ad hoc* Senate cannot be regarded as a House of Parliament within the meaning of the proviso (581).

It is submitted that Schreiner JA's reasons are the more cogent ones.

What requires consideration next are a number of areas in which an ulterior purpose can be achieved either directly or indirectly:

(a) by the author's being influenced by irrelevant considerations; (b) by the imposition of irrelevant conditions; or (c) by the author's intention to use the power in a way which is not fair and honest.

a Extraneous or Irrelevant Considerations

Where extraneous or irrelevant considerations or the disregard of relevant considerations materially influences an authority in the exercise of its discretionary power, the court will normally hold that the power has not been validly exercised.⁷⁹ Although extraneous considerations are normally treated separately from ulterior purpose as a distinct ground for review, the former flow from and are incidental to the latter.⁸⁰ There is, however, an area of overlap.⁸¹

In *Administrator, Cape v Associated Buildings Ltd*⁸² Fagan CJ stated that:

"any reason which the Ordinance did not expressly or impliedly, entitle the Administrator to take into account, would, if it played a substantial part in influencing his decision, be an 'ulterior motive' which would afford a ground for invalidating the decision."

This means that if an administrative official takes into account an irrelevant consideration, namely, the ulterior purpose, the administrative action is just as invalid as one where an ulterior purpose is pursued.⁸³

Extraneous considerations in this context are relevant only if they become the dominant or primary ones influencing the decision. In other words, irrelevant matters may be considered without the validity of the administrative action being affected, but it is a different matter if, in arriving at its decision, the body allows itself to be significantly influenced by such considerations. Thus in *Pillay v Port Elizabeth Town Council*⁸⁵ a case concerning the refusal to grant a trading certificate to an Asian in terms of a general policy to restrict Asiatic trading, Buchanan J held that such a general rule is not a good ground for refusing the application and directed the council to reconsider the application on its merits.⁸⁶

79 *Wolgroeiens Afslaaers v Munisipaliteit van Kaapstad* 1978 1 SA 13 (A) 38; *Triangle Ltd v Sabi-Limpopo Authority* 1978 1 SA 724 (T).

80 *Olifantsvlei Township Ltd v Group Areas Board* 1964 3 SA 611 (T) 614G.

81 See De Smith, *Judicial Review* 290: "[T]he concepts of improper purpose and irrelevancy are intimately related and are often analytically indistinguishable."

82 1957 2 SA 317 (A) 325.

83 See Rose-Innes *Judicial Review of Administrative Tribunals in South Africa* (Juta 1963) 128 where he writes that this "illustrates that both improper purpose and ultraneous considerations are but descriptive categories of part of the *ultra vires* doctrine." See also *Minister of Justice and Law and Order v Musaruwa and Nkomo* 1964 4 SA 209 (RAD) 224H where Quenet JP held that there was an "ulterior motive which substantially affected his decision — a desire to bring about a result not contemplated by the . . . Act."; *Sinovich v Hercules Municipal Council* *supra* 824.; and Brett and Higgs, *op cit* 241.

84 See De Smith *Judicial Review* 297; *Moleko v Bantu Affairs Administration Board (Vaal Triangle)* 1975 (4) SA 918 (T) 927.

85 1918 CPD 47 48–49.

86 See further discriminatory cases of this nature: *Ghanzur v Cape Divisional Council* 1917 CPD 525; *Smith v Germiston Municipality* 1908 TS 240 256; *Allay v Town Council of Port Elizabeth* 1912 EDC 92 94 (*obiter*); *Jaffe v Parow Village Management Board* 1920 CPD 267; *Hajee Habib v Pietersburg Municipality* 1905 TS 63 64–65; *Rex v Hibdick-Smith* 1924 TPD 69 94–95 and cases cited; *Gora Mahomed v Durban Town Council* 1931 NPD 607.

In *Struben v Minister of Agriculture*,⁸⁷ the minister was empowered to order the slaughter of diseased cattle for the purpose of preventing the spread of the disease. Cattle had illegally been introduced into the Transvaal from Natal, an area affected by the disease. Although it was proved that the cattle were not infected, the minister proposed to destroy them "in pursuance of a practice to slaughter all such cattle as an example to others and as a deterrent."⁸⁸

This consideration was not covered by the enacting statute. Smith J held that as "the discretion of the minister had been influenced by a matter which in his judgment should not have been taken into consideration, the discretion was wrongly exercised."⁸⁹

Difficulties arise when it is necessary to establish which considerations are relevant and which are not. In some cases the considerations are listed in the enabling enactment,⁹⁰ but it is more common that the issue of relevance is left to the courts to decide. Criteria employed by the courts include the reasonable man, and such formulations as "applying their minds properly" and "considering the matter honestly and *bona fide*."⁹¹ In other cases, the decision whether or not the considerations were relevant, will be decided by the court's willingness to review the decision being challenged,⁹² taking into consideration factors such as public policy.

b Extraneous or Irrelevant Conditions

Where an administrative body is given the power to approve plans or to permit certain activities, subject to the discretionary imposition of conditions, the conditions must relate to considerations which are "reasonable and directly relevant" to the purpose for which the power was given.⁹³

87 1910 TPD 903.

88 918.

89 926-927. See also *Hall v Municipality of Victoria West* 2 SC 113 115; *Nathan Bros v Pietermaritzburg Corporation* 22 NLR 26; *Oranjezicht Estates Ltd v Cape Town Town Council* 23 SC 297 309-310; *The African Realty Trust Ltd v Johannesburg Municipality* 1906 TS 908 (township plans disapproved of on inadequate drainage grounds, which was not covered by the relevant by-law); *Stewart v Witwatersrand Licensing Board* 1914 TPD 178 185; *Britten v Pope* 1916 AD 150; *Foxcroft v Bloemfontein Licence Certificate Board* 1921 OPD 148 151; *Johannesburg City Council v Norman Anstey & Co* 1928 AD 335 347; *Petel v Witbank Town Council* 1931 TPD 224; *Wing Lee Ltd v Johannesburg City Council* 1931 AD 45; *Bitcon v City Council of Johannesburg and Arenow Behrman and Co* 1931 WLD 273 298; *Ameen and Co v Glencoe Burrough* 1935 NPD 356; *Lutchman v Umzinto RLB* 1936 NPD 613; *Woolworths (Pty) Ltd v Durban City Council* 1936 NPD 591; *Erwee v Brandfort Licensing Board Members* 1937 OPD 19 24-25; *Petersen and Abelson v Johannesburg LLB* 1940 WLD 181 188; *Beyer v Cape Town Council* 1942 CPD 58 67-68; *Alexander v Licensing Officer, Durban* 1943 NPD 93; *Motala's Canelands Stores v Victoria Country Rural Licensing Board* 1943 NPD 333; *Chaitowitz v Johannesburg Rent Board* 1943 TPD 333 341-342; *S and B Co (Pty) Ltd v The Administrator, Transvaal* 1948 4 SA 745 (T) 757; *Essack v Durban City Council* 1953 4 SA 17 (N); *The Fire Investment (Pty) Ltd v Johannesburg City Council* 1967 3 SA 549 (W) 551H; *The National Industrial Council v Viljoen NO* 1974 1 SA 80 (T) 84C; *Moleko's case supra* 927; *Northwest Townships Ltd v The Administrator Transvaal* 1975 4 SA 1 (T) 8.

90 *Foxcroft's case supra* 149-150; *Zonder Supply Store Ltd v Vrede Licensing Board* 1924 OPD 98; *Erwee's case supra* 24-25.

91 See, for example, the *Ruyterplaats Estates case supra* 554; *Brandfort Munisipaliteit v Esterhuizen* 1957 1 SA 229 (O) 233; *Moosa v Union Government and Registrar of Asiatics* 1915 AD 582 586. See also footnote 52 above.

92 Benjafield and Whitmore *Principles of Australian Administrative Law* 4ed (1971) 167.

93 *S & B Co (Pty) Ltd v The Administrator, Transvaal* 1948 4 SA 745 (T) 757; *Foulkes op cit* 137; *Brett and Hogg op cit* 240.

Thus in *Olifantsvlei Township v Group Areas Board*⁹⁴ De Vos J stated:

“[A] power granted for one purpose [may not be] used *in terrorem* to achieve some advantage which the authorized body was not entitled to claim directly, e g when a power to approve of diagrams is used to force the party seeking approval to give up part of his property . . . Clearly these cases deal with the use of power for an unauthorized purpose . . .”

This question has arisen mainly in connection with conditions imposed by local authorities in the granting of sub-division permits. Thus, in *Deale v Potchefstroom Town Council*,⁹⁵ the council gave its consent to the proposed subdivision conditional upon the transfer of a road to the council, the removal of certain buildings, and financial contributions to the council. The court held that the council could not use its power to refuse to approve the plans in order to achieve “any collateral or outside purpose.” If it did, its refusal could be vitiated.

And in *Fernwood Estates Ltd v Cape Town Municipal Council*,⁹⁶ the court held that the municipality was acting illegally when it sought to cast the burden of constructing a road on the applicant, as a condition precedent to the approval of a subdivision plan, to the merits of which no objection could be taken.⁹⁷

Thus it can be seen that, otherwise than in the case of irrelevant considerations, the imposition of extraneous conditions does form part of the subject of ulterior purpose. Such conditions are an objective indication of the intentional exercise of an administrative power for purposes not countenanced by the enabling statute. Powers given for the purpose of approving or rejecting subdivision plans may very correctly not be used to impose a duty on the applicant to construct a road.

However, this is not a clear-cut case of dominant and subsidiary purposes; an attempt is made to achieve both the authorised purpose (approving the plans) and, by way of the extraneous conditions, an ulterior purpose (construction of the road). The administrative action has two interlinking purposes, and as only one of them is unauthorised, the exercise of power is voidable instead of being totally invalid.

c Consequence and Intention

For the exercise of a statutory administrative power to be valid, the consequence of the act must be authorised. This is objectively ascertainable — motive being irrelevant here — and presents no problems.⁹⁸

94 *supra* 616D–E. Reference was made to the *Ochberg*, *Fernwood* and *African Realty Trust* cases.

95 1960 4 SA 627 (T).

96 1933 CPD 399 403.

97 See also Greenberg JA’s *dictum* in the *Ruyterplaats Estates* case *supra* 554; *Belinco (Pty) Ltd v Bellville Municipality* 1970 4 SA 589 (A) 597 599; and further *Ochberg v Cape Town Municipality* 1924 CPD 485 490; *East London Model Dairy Co-Operative Co Ltd v Toyk* 1955 1 611 (E); Rose-Innes *op cit* 130; *Belletuin (Pty) Ltd v Cape Town Municipality* 1978 1 SA 346 (C) 353; and *S v De Wet* 1978 2 SA 515 (T) 521.

98 *LAWSA* 1 83; *Administratiefreg* 243 and 266; the *Etna Stores* case *supra* 1000. See also *Struben v Minister of Agriculture* 1910 TPD 903; *Dedlow v Minister of Defence* 1915 TPD 542 557; *Deker v Brakpan Town Council* 1937 TPD 439 443; *East London Model Dairy Co-operative Co Ltd v Toyk* 1955 1 SA 611 (E) 716; *Mustapha’s case supra* 348; *S v Sondo* 1963 4 625 (E) 627; *Le Grange v Sterkstroom Divisional Council* 1970 1 SA 1 (E) 5.

However, where the objects of the enactment are furthered, there is a division of opinion whether ulterior subjective motives invalidate the exercise of power. There are two approaches, one objective and positivistic and the other subjective.

The objective approach is clearly to be seen in the following *dictum* by Schreiner J in *Pretoria Liquor Licensing Board v Mader*:⁹⁹

“[I]t seems to me to be possible that the words ‘exceeded its power’ in the section should be construed objectively and without regard to the mental processes of the members of the board, the only question being whether the board’s external acts are covered by the powers granted to it by the legislature.”¹⁰⁰

The subjective approach was adopted by Greenberg JA in *Administrator, Cape Province v Ruyterplaats Estates (Pty) Ltd*¹⁰¹ when he stated that certain limitations were implied by law, even where an unfettered discretionary power was conferred. They are:

“That the persons to whom the duty was delegated were to apply their minds properly to the question before them, to consider it honestly and *bona fide*, without any ulterior motive, and not to impose a condition which no reasonable man so acting would have done.”¹⁰²

It is submitted that the latter approach is the more acceptable one, because it requires that regard be had, not only to the enabling enactment and the consequences of the act, but also to the real or dominant reason for the exercise of the power: in other words, what was actually going on in the mind of the official before and during the exercise of power. If he proceeded to act with a state of mind not honestly and genuinely directed at (a) the achievement of the

99 1944 TPD 419 436.

100 See also Van den Heever JA’s *dictum* in the *Broadway Mansion’s* case *supra* at 522: “The question is simply, did the respondent (Council) have the power to be exercised?” Also *Van Marseveen v Union Government* 1918 AD 200 221; *The Firs Investment (Pty) Ltd v Johannesburg City Council* 1967 3 SA 549 (W) 554E. An unacceptable development along these lines is to be seen in a series of cases beginning with *MacRobert v Pretoria Municipal Council* 1910 TPD 931 where De Villiers JP held that there was no obligation on a municipality, when publishing by-laws framed by it, to state under what statutory authority the by-laws were framed. As a result, a by-law promulgated under an ordinance which in fact did not give authority for such by-law was held to be valid because it was authorised by another ordinance. See further *R v Milman* 1914 TPD 632 634; *Municipal Council of Bloemfontein v Champions Ltd* 1922 OPD 201 208; *R v Eeyer* 1924 EDL 251 253; *Para v Vereeniging Municipality* 1951 1 SA 610 (T) 613; *R v Standard Tea and Coffee Co* 1951 1 SA 641 (T) 644. See also *R v Le Grange* 1913 CPD 65; *R v Price* 1914 CPD 987. Taking this line, it could be argued that where an administrative body has the powers to perform certain acts, the latter will be valid regardless of any mistake on the part of the administrative body when stating in terms of which conferred power it is acting. This is obviously unacceptable because the person affected by the exercise of power will then be unable to determine whether the administrative body is acting within its power or whether the power is being exercised for the authorised purpose. The appeal court has not yet pronounced on this matter and it is hoped that when faced four-square with the issue, it will set aside the above cases and clearly establish the requirement that administrative bodies must correctly cite the authorising statute in terms of which they purport to act, or face having their actions set aside.

101 *supra* (note 40).

102 554. See also *Bitcon’s* case *supra* 295; *Smith v Germiston Municipality* 1908 TS 253; *Dadoo Ltd v Krugersdorp Municipality Council* 1920 AD 530 544; *Rex v Hildick-Smith* 1924 TPD 69 89–90; *Van Eck’s* case *supra* 999–1000; *Pretoria City Council v Modimola* 1966 3 SA 250 (A) 263; *O’Leary v Salisbury City Council* 1975 3 SA 859 (RAD) 863–864; *Durban City Council v Jailani Cafe* *supra* 154; *Wawda v AF Brokensha & Co Ltd* 1924 NPD 149.

authorised purpose and (b) the reasons for which the power was conferred (this being equally important), the action should be declared invalid. This is a logical consequence of the requirement that all administrative powers be exercised in good faith.¹⁰³ It is also more in keeping with the public trust accorded to the administration and would have, as its result, impartial and, therefore, better government.

The subjective approach provides two criteria by which the validity of administrative acts can be determined, namely, the objective consequence and the subjective intention.¹⁰⁴ Thus if an official *bona fide* intends to serve the authorised purpose but achieves an unauthorised one, his action will be invalid. If his real or dominant reason for acting is the intention to injure someone under the cover of achieving an authorised purpose, his action will once again be invalid because he did not exercise it "fairly and honestly."¹⁰⁵ It is submitted that this double check against the improper use of power is to be preferred, as it is more effective than merely looking objectively at the consequence of the act and ignoring the real reason for the use, or rather misuse, of the power. Although the subjective test is in theory and in principle more acceptable, the problem of proof does arise in practice.

What goes on inside a person's mind is always difficult to establish. This is compounded by the fact that officials are seldom required to justify or give reasons for their acts. These practical problems should not, however, be allowed to outweigh the benefit of having an additional ground on which to strike down the misuse of power. Cases may arise in which the intention has been made known or is proved,¹⁰⁶ and the courts should then attach as much importance to the real reason which motivated the officials to act as they do to the consequence of the act, and should, where necessary, be able to set aside the action on both grounds.

Another issue which requires some attention arises where the same purpose can be achieved by the exercise of two identical powers conferred upon a local authority by two separate but compatible enactments. In such cases the authority is free to elect in terms of which enactment it will proceed.

In *Broadway Mansions Ltd v Pretoria City Council*,¹⁰⁷ the local authority, as part of a town planning scheme, undertook to construct a ring road in order to relieve traffic congestion. As negotiations for the purchase of appellant's property,

103 See *Wiechers op cit* 264-269; *Steyn op cit* 232 and *Esterhuizen's case supra* (note 31) 233.

104 See *Van Eck's case supra*, 995: "It is the real purpose which has to be ascertained from all the surrounding circumstances — the acts of the parties and what they said at the time."

105 See *Steyn op cit* 282-283; the *Etna Stores case supra* 999-1000; *Modimola's case supra* 263 and the *Jailani Cafe case supra* 521. The statement in *Feinstein v Baleta* 1930 AD 319 (that "a court of law should not investigate the reasons actuating or the purpose impelling a municipality in exercising powers undoubtedly conferred upon it") cannot be expected as a complete statement of the law. This was stated in *Mustapha's case supra* by Schreiner JA at 348-349: "Whatever this passage was intended to convey, it clearly was not meant to rule out investigations into the motive underlying the exercise of the power where the motive is, according to well-settled principles, relevant to the question whether the power has been duly exercised."

106 See, for example, *Pillay's case, supra* (note 82), where a report of the relevant meeting disclosed the administrative body's motivation.

107 1955 1 SA 517 (A).

which was situated on the path of the proposed ring road, were unsuccessful, the authorities proceeded to expropriate the property in terms of an earlier ordinance which permitted expropriation for the purposes of road construction. The appellants attacked the expropriation order arguing that, since the council's true object was town planning, the power was being exercised for the wrong purpose. It was pointed out that the council should have employed the expropriation machinery provided for in the more recent Town Planning Ordinance. Disagreeing with this line of argument the court, per Van der Heever JA, held:

"[I]t is quite irrelevant what the project was called or with what schemes it was associated. The question is simply did the respondent have the power purported to be exercised?"¹⁰⁸

The judge went on to hold that the powers granted in the two statutes overlap when considered from the point of view of their concrete results. The earlier statute authorised the direct realisation of the result whereas the later statute authorised it incidentally as part of an organic scheme. There was, therefore, no incompatibility or conflict, and the powers could stand side by side.¹⁰⁹ It follows that the exercise of a statutory power will not be invalid simply because the same purpose could equally well have been achieved by the use of another power, at less inconvenience or cost to the persons affected by its exercise.¹¹⁰ The administration undoubtedly has a right to decide in terms of which of its conferred powers it will act.¹¹¹ But in so far as this rule opens the way for corners to be cut or facilitates the by-passing of powers which are subject to the most safeguards and which give citizens greater rights, the rule should, it is submitted, be qualified. Considerations of administrative convenience should not be given free rein to the detriment and unnecessary cost and inconvenience of the public. It should always be borne in mind that the administration is financed by the public and exists for the public benefit and that there would be better public co-operation if the administration acted in the least offensive or autocratic manner.

It is furthermore arguable that where a similar purpose can be achieved by the exercise of powers conferred by different enactments and one of these allows corners to be cut and safeguards to be by-passed, the powers are not necessarily compatible nor do they stand side by side. In such cases different considerations come into play and require a stricter approach in terms of which safeguards that were deemed necessary by the legislature should not be allowed to be by-passed by administrative officials.

Where the same purpose may be achieved by the exercise of either a general or a specific power the position is not as clear as in the *Broadway Mansions* case. If the authority were to act in terms of the general power, it could be

108 522A.

109 524B-C. Cf *Administrateur Tvl v Quid Pro Quo Eiendomsmaatskappy* 1977 4 SA 830 (A).

110 Foulkes, *Introduction to Administrative Law*, 3 ed (1972) 135 where *Westminster Bank Ltd v Minister of Housing and Local Government* (1970) 1 All ER 734 is cited as authority. See also *Robins (E) and Son Ltd v Minister of Health* (1938) 4 All ER 446 (CA) where it was held that the local authority had unfettered discretion to choose between demolishing a clearance area and compulsory purchasing it. The local authority had chosen the latter to the detriment of the owners who wished to develop it. In *Judicial Review of Administrative Actions* De Smith 286-287 criticises this case because the court refused to consider the legal effect of the authorities' motive to resell the land to the original owners at a higher price later. See also *Durban City Council v Jailani Cafe supra* 154.

111 *City Council of Johannesburg v Berger* 1939 WLD 87 89; *Mohr v Divisional Council Cape* 1976 2 SA 905 (A) 915.

argued that the specific power replaced the general power and that the administrative body is bound to act in terms of the specific power regardless of the fact that there is no conflict or incompatibility between the powers.¹¹² In practice, however, local authorities prefer to act in terms of specific powers rather than general powers, because of the uncertainty which surrounds the latter, and will sometimes delay acting until specific powers are granted, even where general powers exist.¹¹³

8 UNAUTHORISED PROCEDURE

The use of an unauthorised procedure must be distinguished from the exercise of a power for an unauthorised purpose. The former constitutes procedural *ultra vires*, the latter substantive *ultra vires*. In these cases it may well be that the purpose is authorised under one statute but that the actual procedure adopted is not. Possible reasons why the unauthorised procedure is used, may be that the authorised procedure may be more inconvenient, difficult or cumbersome than the unauthorised procedure, for example, where time-consuming procedural safeguards are provided for, which the authority wishes to bypass. Such reasons are totally unacceptable and have been rejected by the courts as being unlawful.¹¹⁴

Musarurwa's case¹¹⁵ provides a clear example. The minister, who was empowered to detain only by using the procedure provided for in the Preventive Detention Act, evaded that act's safeguards and achieved the same practical result by using, in conjunction, two other enactments which restricted the "detainees" movements and controlled access to them. The court held¹¹⁶ that, although the minister had the power to detain, the legislature clearly did not intend the indirect procedure to be used and that it was therefore unlawful. In this case, not only the procedure used to detain but also the ulterior purpose for which the two acts were used, proved to be unlawful.

Where an unauthorised procedure is deliberately used it constitutes *fraus legis*.¹¹⁷

Although unauthorised procedure and ulterior purpose are proved in the same way and are therefore usually dealt with together, a discussion of unauthorised procedure more properly belongs to the requirements relating to procedure and form. It is, therefore, sufficient for present purposes, merely to point out the differences which exist between the two without going into any greater detail.

112 See *New Modderfontein GM Co v Transvaal Provincial Administration* 1919 AD 368 397; *Estate McKay v The Rand Water Board* 1937 AD 407; *Hardman v Administrator, Natal* 1975 1 SA 340 (N) 342.

113 See "*The Wrong Use of Legislative Powers by Local Authorities*" a paper delivered by PE Scholtz to the 16th Annual Conference of the Institute of Town Clerks of Southern Africa, Umtali, June 1963. At 277 paragraph 38: "The uncertainty there is has had the unfortunate consequence that local authorities hesitate to use their general legislative powers whenever there is need for the promulgation of by-laws not yet specifically sanctioned. They prefer to wait for the grant of specific powers. The more specific powers local authorities have the less they will use their general powers, and the less they use their general powers the sooner will these powers become completely useless. A limb that is not used atrophies."

114 See *Wiechers Administratiefreg* 182 and *LAWSA* 1 83.

115 *supra*.

116 221-222 and 223B-D.

117 *Wiechers op cit* 247; *LAWSA* 183 n5; see further *Schierhout v Union Government* 1911 AD 30; *Van Coller v Administrator Transvaal* 1960 1 SA 110 (T) 113-114; *Pretoria City Council v Meerlust Investments Ltd* 1962 1 SA 328 (T) 334-335.

9 MILITARY AUTHORITIES AND ULTERIOR PURPOSE

Any statute which regulates an establishment as large as the defence force must obviously provide for the extensive administrative duties that such an organisation would entail. Consequently many military personnel perform duties which are very similar to those performed by civilian administrative officials and therefore also face many of the problems and limitations that relate to ulterior purpose. An important question is whether the courts can intervene when a military authority exercises its powers for an ulterior purpose. Because a significant part of our society may be affected by the various military authorities' exercise of power, this question is clearly very relevant.

The law relating to military acts under martial law was laid down by the Privy Council in *Ex parte Marais*¹¹⁸ and reiterated by the appellate division in *Krohn v Minister of Defence*¹¹⁹ where Solomon JA stated:

"The broad principle as enunciated by the Privy Council is that in times of war, the action of the military authorities is not justiciable by the courts of law."¹²⁰

The common-law powers of the courts are clearly limited by this principle. It is submitted, however, that the courts are not entirely powerless when relief is sought against unauthorised actions on the part of military authorities. First of all, the above-stated principle comes into operation only in times of war, when, it is admitted, a minimum of interference is warranted. However, when peace prevails there is no justification for restricting the powers of the courts.

Moreover, if a military authority exercises its powers for an ulterior purpose, or military personnel commit acts which fall outside the scope of their military duties, whether in time of war or peace, such actions are *ultra vires* and the courts will not stand by idly when relief is sought. This is clearly to be seen from the *dicta* of Mason J in the full-bench decision of the Transvaal provincial division in *Dedlow's case*.¹²¹ After enunciating the general ulterior purpose principle the judge states:

"This principle seems to me applicable to acts done by military or other authorities during war."¹²²

Further on he admits that the right of suitors to relief is restricted by *Marais's case*, but asks: "does it absolutely abolish it?"¹²³

This is unequivocally answered in the negative. The judge explains that if some person under cover of military authority performs an act which appears to be directed to the prosecution of war, but is, in fact, aimed at another purpose to the injury of loyal subjects, such an act is not performed by a military authority but by a private individual "who also happens to be clothed with public authority." Mason J then adds:

"It seems to me that Courts of Justice, so long as they are not closed by force, would be bound to entertain a prayer for protection against patent violations of right and justice of this nature."¹²⁴

118 1902 AC 109.

119 1915 AD 191.

120 207.

121 1915 TPD 543.

122 557-558. See *dicta* to the same effect by Wessels J at 552 and Bristowe J at 562. Cf *Turner Visser and Co v Minister of Defence* 1916 CPD 84 95.

123 *ibid.*

124 *ibid.*

These *dicta* reflect the general reluctance of the courts to submit to any limitation of their common-law powers, and their readiness to intervene in all instances where administrative or military powers are exercised for an improper or unlawful purpose. Even where the court's power of review is excluded, the limitation will not be recognised where the legal validity of an action is justifiably disputed. In other words, if it is shown that validity requirements have not been complied with, the court will exercise its inherent common-law powers of control, regardless of statutory provisions to the contrary.¹²⁵

10 BURDEN OF PROOF

The general rule in the law of evidence is that the *onus* rests upon the person who makes an assertion.¹²⁶ Thus where it is alleged that an administrative power has been exercised for an ulterior purpose this must be established by the person who disputes the validity of the administrative action.¹²⁷

This can be done in a number of ways, *inter alia*, by showing: (i) that the action's consequences or outcome is unauthorised; (ii) that extraneous conditions were imposed; (iii) that irrelevant considerations substantially influenced the administrative body; and (iv) that the administrative action was affected by *mala fides*.

(i) The misapplication of an administrative power may be established by showing that the actual outcome or consequence of the exercise of power does not correspond with the authorised purpose. Thus in the *Etna Stores*¹²⁸ case it was sufficient to show that the rice that was seized was in fact used to further a food distribution scheme instead of affording evidence as authorised by the statute.¹²⁹

Once it has been established that the outcome is unauthorised it would be futile for the administrative officials to argue that the powers had indeed been exercised for the authorised purpose. In *Musarurwa's*¹³⁰ case it was shown that although the minister's actions, taken individually, were authorised, the real purpose with which the two powers were exercised in conjunction was to detain certain persons, an outcome not authorised by either of the statutes.

If an administrative body argues that it is authorised to do that which is reasonably necessary to achieve the authorized purpose¹³¹ the courts will imply only such powers as are "reasonably ancillary to the main purpose."¹³² In such cases the administrative body bears the onus of proving that the disputed actions

125 See *Wiechers op cit* 291 and *Steyn op cit* 266–267.

126 *I 2 20 4, D 22 3 21, Voet 22 3 9 and 22 3 10.*

127 See *Landmark v Van der Walt supra* 305; *MacDonald's case supra* 291; *Grimbeek v Colonial Government supra*; *Shidiack v Union Government* 1912 AD 642 651–652 (*obiter*); *Ah Sing v Minister of Interior* 1919 TPD 338 342–343; *Reddy v Durban Corporation* 1954 4 SA 304 (N) 306F; *Mustapha's case supra* 359G; *Madzimbamuto's case supra* 373.

128 *supra*.

129 See also *East London Municipality v Legate supra* (note 16) and *Le Grange v Sterkstroom Divisional Council* 1970 1 SA 1 (E) where it was shown that ground expropriated for public outspan purposes was used to house work-party labourers.

130 *supra*.

131 See *Bloemfontein Town Council v Richter* 1938 AD 195 226.

132 See *Johannesburg Consolidated Investment Co Ltd v Marshall's Township Syndicate Ltd* 1917 AD 662 666.

are essential to achieve the authorised purpose. In *Le Grange v Sterkstroom Divisional Council*¹³³ the council failed to prove that building on land held for outspan purposes was essential for the purposes of public roads and paths.

(ii) Where extraneous or irrelevant conditions are alleged, the applicant must prove that the object of imposing such conditions is to achieve a purpose not authorised by the enabling statute. Thus in the *Fernwood Estates* case¹³⁴ it was shown that in exercising a power to approve or reject subdivision plans on the merits the council attempted to achieve an ulterior purpose by imposing a condition that the applicant construct a road.

As the fulfilment of the condition would result in an unauthorised outcome or consequence being achieved there is an overlap with (i) above, but in this case the applicant merely sought to invalidate the irrelevant conditions and not the whole administrative action.

(iii) Where extraneous considerations are alleged, the applicant must prove that they were irrelevant and that they substantially influenced the administrative body to achieve an ulterior purpose. In *Pillay's*¹³⁵ case it was established, from a report of the relevant meeting, that the council members, in rejecting an application for a trading certificate, were unduly influenced by the fact that the applicant was an Asiatic, and that they pursued the unauthorised purpose of restricting Asiatic trading.

(iv) A person who disputes the validity of a by-law or of a decision based upon the exercise of a statutory discretion, must prove that the by-law or the decision was affected by *mala fides*. What must in fact be proved, is that administrative body or official intentionally acted outside the scope of the enabling statute, with the improper or ulterior motive of injuring or prejudicing a person or group of persons. In *Reddy v Durban Corporation*¹³⁶ the council had passed two by-laws which restricted the place and time that all transport operators were allowed to park in a certain urban area.

The effect of the by-laws was that they operated against the private bus operators and to the benefit of the council, also a bus operator. It was alleged that the by-laws were not being implemented fairly. As there was no direct evidence, the court was asked to draw an inference of bad faith against the council. On the facts Broome JP found himself unable to infer that the council had

“passed the by-laws with the deliberate intention of embarrassing non-European trade competitors and not for the purposes authorised in the enabling statutory provisions.”¹³⁷

The judge added that, had the council's bus drivers been instructed to ignore the by-laws, or had they been guaranteed immunity from prosecution, it would have been easier to draw such an inference.

Proof of an ulterior motive is not of itself decisive, as the test for the misapplication of an administrative power does not relate primarily to the motives of an administrative body. However, where an ulterior motive or subjective

133 *supra*.

134 *supra*.

135 *supra*.

136 1954 4 SA 304 (N).

137 307H.

intention has been established¹³⁸ and the possibility exists that the disputed action will give effect to such intention, the action should be declared invalid as being a misapplication of power.¹³⁹ The *onus*, in these cases, is clearly a difficult¹⁴⁰ if not an impossible one to discharge, because administrative officials are seldom required to furnish reasons for their actions.¹⁴¹ There is little the courts can do but draw an adverse inference.¹⁴² However, in cases where the facts sought to be proved are peculiarly within the knowledge of the administrative official the burden of proof is lighter because "less evidence will suffice to establish a *prima facie* case."¹⁴³

The courts have nevertheless indicated that they will not lightly interfere, or readily draw adverse inferences, where a statutory discretion is exercised or where a by-law has been enacted.¹⁴⁴

This attitude is supported by two presumptions: first, that a public body will exercise its powers and discretion honestly and *bona fide* in the public interest;¹⁴⁵ and second, there is the presumption of regularity in favour of the validity of official acts expressed in the maxim *omnia praesumuntur rite esse acta*.¹⁴⁶ Both presumptions are rebuttable and cease to be relevant once the invalidity of an administrative action is proved.

11 CONCLUSION

It has been shown that the principle limiting the exercise of an administrative power to its authorised purpose is a long-standing and well-established one. The clear, consistent and strict stand adopted by the courts is that they will not allow the misapplication of an administrative power. Even where attempts have been made to justify the purported action in terms of the national interest, this basic approach has not been deviated from, as the following *dictum* by Davies J which sums up the attitude of the courts, indicates:

"[I]t [the section] gives the Minister power to act, if he considers it 'requisite in the national interest.' Those words undoubtedly give the Minister a wide discretion but they clearly do not in any way entitle the Minister to issue directions that do not relate to the exercise by defendant of the powers, duties and functions conferred upon it by the Act."¹⁴⁷

138 For example, from correspondence, statements, or the minutes of meetings.

139 Wiechers *op cit* 244-245.

140 This difficulty was recognised by the court in *Shidiack's case supra* 652. See also Wiechers *Administratiefreg* 243 *et seq*; De Smith *Judicial Review* 291-292.

141 See *Mustapha's case supra* 349A-B; *Madzimbamuto's case supra* 373H; De Smith *Constitutional and Administrative Law* 590.

142 *Judicial Review* 129; and *Constitutional and Administrative Law, supra* 591, citing *Padfield's case*; *Cole v Union Government* 1910 AD 263 270-271.

143 *Union Government v Sykes* 1913 AD 156 at 173-174.

144 *Montagu Municipality v Honikman* 1929 NPD 789 810; *Union Government v Steel Corporation*, 1928 AD 220 233; *Feinstein v Baleta* 1930 AD 319 330-331; *Jeewa v Dönges NO* 1950 3 SA 414 (A) 423; *Pretoria North Town Council v Al Electric Ice-Cream Factory (Pty) Ltd* 1953 3 SA 1 (A) 16; *S v Perumal supra* 530. Cf *Wolgroeieters Afslaaers v Munisipaliteit van Kaapstad supra* (note 72) 38.

145 See *Montagu Municipality v Honikman* 1913 CPD 798 809; *Pienaar v Cape Town Municipality* 1923 CPD 50; *Madzimbamuto's case supra* 372.

146 See Wiechers *op cit* 163-164, Schmidt *op cit* 124; Hoffman, *South African Law of Evidence*, 2ed 381 and 383-386.

147 *William Meine & Son (Pvt) Ltd v Rhodesia Railways* 1976 4 SA 914 (R) 918H. See also *S v De Wet supra* (note 97) 521.

The effectiveness of the control exercised by the courts in “ulterior purpose” cases depends upon how clearly the authorised purpose can be ascertained from the wording of the enabling statute. As the purpose is in most cases relatively clear, the control exercised over the activities of the administration has thus far proved to be effective. However, the unfortunate tendency of legislatures to confer ever wider discretionary powers is increasingly taxing the judicial brain. As an administrative power may only be conferred for a given purpose, the courts have a means, however general, of delimiting the ambit of a power.

Where difficulties are experienced in positively determining the extent of the purpose (by asking or listing what actions may be done to further the objects of the enactment), the power may be limited by adopting a negative approach, that is, by holding that, although the limits of the power are wide and difficult to establish, certain acts clearly fall outside the scope of the authorised purpose.¹⁴⁸ In other words, without being able to determine the exact limits of the conferred power, the courts can, with reasonable certainty, determine which actions the legislature did not intend to authorise.

148 See, for example, *Brooks v Kemp supra* (note 47) 507–508, where the court held that the cremation by-laws in question were not directed to the purpose of safeguarding the public health.

For my own part, I believe that the independence of the Judges is by far the most important guarantee of the liberty of the subject in this country that can possibly be devised, and that the moment you allow, as some foreign countries recently have been doing, the Judges to be at the mercy of the political power, you are destroying the great guarantee of the freedom of the public of this country. (per Lord Chelwood in House of Lords, 28 November 1934.)

Dronkenskap in perspektief – 'n strafregtelike bespreking

MM Oosthuizen

BA (Hons) LLB

Lektor in Publiekreg, Universiteit van Port Elizabeth

SUMMARY

Intoxication in Perspective from a Criminal Law Point of View

When intoxication is raised as a defence against criminal liability the question should not be whether a person is not guilty because of his intoxication, but whether a person could still be held liable in spite of his intoxication in accordance with general principles designed to protect the community. To answer this question the matter can be simplified if an approach is followed which relates intoxication to the different elements of a crime.

Beginning with an act or omission (“handeling”), it is essential that the difference between a circumstantial crime (“formeel omskrewe misdaad”) and a consequential crime (“gevolgsmisdaad”) be borne in mind, because intoxication that negates voluntariness (and therefore excludes any act) can be a defence only in the case of a circumstantial crime. In the case of a consequential crime drinking itself may constitute the act. Factual causation will not be influenced by intoxication, while arguments to limit criminal responsibility on the basis of absence of legal causation for reasons of policy could be valid (even though this is to be doubted). Unlawfulness is traditionally not influenced by intoxication, but if one considers the distinction drawn between voluntary and involuntary intoxication, it may be argued that the cause of intoxication should be a factor to be taken into account when one determines the unlawfulness of the deed.

If criminal capacity (“toerekeningsvatbaarheid”) and fault are considered separately, it is again clear that the difference between circumstantial and consequential crimes is of prime importance, because absence of criminal capacity owing to intoxication will be a complete defence only in the case of a circumstantial crime. In the case of a consequential crime the accepted time-spatial difference between cause and effect implies that even if an accused is criminally incapable owing to intoxication at the moment when the consequence occurs, he may be held liable if he was criminally capable at the moment of the causing act or omission. *Delirium tremens* leading to criminal incapacity caused by extensive intoxication should be treated as a form of insanity. It is difficult to determine the intention of an intoxicated person but it remains a matter of inferential reasoning to determine his subjective state of mind. On the other hand, the test for negligence must not be reduced to a presumption of guilt simply because a person was intoxicated. If one applies the abovementioned principles the *actio libera in causa* becomes superfluous.

The final question is whether the community is sufficiently protected against abuse of intoxicating liquor and resulting mishaps. In the light of the crime of attempt and the possibility of a heavier punishment in appropriate cases of intoxication to protect the interests of society, the *status quo* should be maintained with one possible exception; namely, in the case of a circumstantial crime where attempt is not in issue and the defence of intoxication forms a complete defence against any criminal liability. The *crux* of intoxication as defence to liability for a consequential crime is the fact that automatism (even if caused by intoxication) not amounting to insanity cannot be a complete defence.

1 INLEIDING

Dronkenskap as 'n verweer teen strafregtelike aanspreeklikheid word in Suid-Afrika allerweë as 'n kontensieuse saak beskou en die aanwending daarvan in die strafreg het dan ook al kommentaar ontlok wat wissel van neutraal tot skerp krities van aard.¹ Die problematiek rondom die dronkenskapverweer in die strafreg het tot 'n punt gekom in die veelbesproke *S v Johnson*,² waar appèlregter Botha die volgende vraag gestel het:³

“Nou kan die vraag wel ontstaan waarom hy [die beskuldigde] in die geval waar sy onvermoë uit vrywillige drankmisbruik ontstaan het, tog strafregtelik aanspreeklik gehou moet word vir 'n wandaad in daardie toestand begaan asof hy wel gehandel het en in staat was om te handel en hoe dit met die oog op erkende regsbeginsels te regverdig is, veral as in gedagte gehou word dat as sy onvermoë uit 'n onvrywillige drankmisbruik sou ontstaan het, hy vry sou uitgegaan het omdat hy dan geen skuld sou gehad het nie.”

Die regter het die vraag beantwoord deur verskeie gemeenregtelike skrywers se opvattinge te ontleed en tot die gevolgtrekking gekom dat vrywillige dronkenskap, tensy dit tot 'n geestesongesteldheid aanleiding gee, gemeenregtelik nie 'n erkende verweer teen strafregtelike aanspreeklikheid is nie. Die gemeenregtelike strafregbeginsel⁴ is op Johnson se geval toegepas en hy is ten spyte van sy vrywillige dronkenskap skuldig bevind aan strafbare manslag. Hierdie beslissing is deur verskeie skrywers skerp gekritiseer en standpunt is in die algemeen teen die *Johnson*-beslissing ingeneem. Na die onlangse (en net so 'n veelbesproke) *S v Chretien*⁵ is daar deur die skrywers algemeen verkondig dat die *Johnson*-saak omvergewerp is.⁶

Aangesien vrywillige dronkenskap voor *S v Chretien* nie as verweer teen strafregtelike aanspreeklikheid erken is nie, maar wel daarna, is die stelling dat *S v Johnson* omvergewerp is in dié opsig korrek, naamlik dat vrywillige dronkenskap na 1981 wel 'n verweer teen strafregtelike aanspreeklikheid kan wees. Hierdie verweer staan egter nog in sy kinderskoene. Om dus die effek daarvan op aanspreeklikheid te bepaal noudat *S v Chretien* die strafregdeure oopgemaak het,

1 Die volgende is al gesê: “an unsatisfactory compromise among a number of attitudes and principles . . .” Burchell en Hunt *South African Criminal Law and Procedure: General Principles* (1983) 291; “'n uitsondering op die algemene strafregtelike beginsels . . .” – Snyman *Dronkenskap as 'n Verweer in die Strafreg* (ongepubliseerde LL M-verhandeling 1977) 3; “alles behalwe duidelik en buitengewoon verward . . .” – De Wet en Swanepoel *Strafreg* (1975) 117.

2 1969 1 SA 201 (A).

3 206B–C.

4 Dat 'n gemeenregtelike strafregbeginsel nie outomaties geld nie, is vanselfsprekend. Sien voorbeeld *Green v Fitzgerald* 1914 AD 88 (waar beslis is dat die gemeenregtelike reëls betreffende owerspel nie in die moderne reg aanvaar word nie omdat dit in onbruik verval het); *S v Russel* 1967 3 SA 739 (N) en *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) (waar die gemeenregtelike handelingsbegrip uitgebrei is om ook *omissiones* in te sluit) asook *S v Chretien* 1981 1 SA 1097 (A) (waar vrywillige dronkenskap wel as 'n verweer teen strafregtelike aanspreeklikheid erken is).

5 Sien vn 4.

6 Sien bv Van Rooyen “Vrywillige Dronkenskap as Verweer” 1981 *De Rebus* 230; Middleton “'n Belangwekkende nuwe Beslissing met Betrekking tot Dronkenskap in die Strafreg: *Chretien* 1981 1 SA 1097 (A)” 1981 *SASK* 83; Rabie “Vrywillige Dronkenskap as Verweer in die Strafreg: die *Chretien*-saak” 1981 *SASK* 111; Kruger “'n Belangwekkende nuwe Beslissing m b t Dronkenskap in die Strafreg: *Chretien* 1981 1 SA 1097 (A)” 1981 *SASK* 1984; Badenhorst “*S v Chretien* 1981 1 SA 1097 (A): Vrywillige Dronkenskap en Strafregtelike Aanspreeklikheid” 1981 2 *TSAR* 185.

is dit nodig om dronkenskap in perspektief te plaas sonder om die verweer onnodig te kategoriseer.

Die vraag is wat die omvang en toepassing van dronkenskap as 'n verweer teen strafregtelike aanspreeklikheid in die huidige Suid-Afrikaanse reg is – 'n wye onderwerp wat reeds deur verskeie skrywers behandel is. Om die onderwerp sistematies te bespreek, is egter nie so maklik nie omdat regs wetenskaplikes met mekaar verskil oor die sistematiek in die strafreg. Vir doeleindes van hierdie bespreking word 'n benadering vanuit die oogpunt van die elemente van die misdaad gevolg. Hierdie benadering is soortgelyk (maar nie noodwendig identies nie) aan dié van Snyman en De Wet en Swanepoel. Die volgende elemente staan hier voorop: handeling, kousaliteit, wederregtelikheid, toerekeningsvatbaarheid en skuld. Benewens die elementêre bespreking sal daar ook kortliks na 'n paar tradisionele aspekte van die verweer van dronkenskap gekyk word.

2 'N ELEMENTÊRE BENADERING

2 1 Dronkenskap en Handeling

Aangesien 'n handeling, synde 'n willekeurige menslike gedraging, 'n vereiste vir strafregtelike aanspreeklikheid is,⁷ is dit nodig om vas te stel of die beskuldigde se dronkenskap 'n effek op die willekeurigheid van sy gedraging gehad het. In hierdie verband is dit wenslik – in die woorde van hoofregter Rumpff in *S v Chretien* – “om met die graad van dronkenskap te begin.”⁸

In ooreenstemming hiermee toon die hoofregter 'n spektrum aan wat strek van iemand wat willoos dronk is tot een wat lig beïnvloed is as gevolg van drankiname.⁹ Vir doeleindes van die vraag of daar 'n strafregtelike handeling is, behoort daar egter net onderskei te word tussen twee gevalle, te wete waar 'n persoon willoos dronk is en waar 'n persoon nie willoos dronk is nie. Die kernvraag met betrekking tot die handelingselement is slegs of die dronkenskap die willekeurigheid van 'n gedraging uitsluit of nie. Indien die antwoord positief is, kan daar geen sprake van strafregtelike aanspreeklikheid wees nie terwyl in gevalle waar die antwoord op die vraag negatief is, aanspreeklikheid wel kan ontstaan mits aan die ander misdaadvereistes voldoen word. Vir 'n grys tussengebied waar 'n persoon handel en tog ook nie handel nie is daar in hierdie stadium van die ondersoek geen plek nie.

By formeel omskrewe misdade, waar 'n spesifieke handeling strafbaar gestel word, skep die beginsel soos hierbo uiteengesit nie probleme nie. Indien die dader tydens die spesifieke gedraging willoos dronk is, handel hy nie in strafregtelike sin nie. Selfs by formeel omskrewe misdade waar dronkenskap 'n deel van die misdaadomskrywing is, behoort hierdie beginsel te geld en behoort 'n hof te bevind dat 'n willoos dronk beskuldigde ten tyde van die formeel omskrewe misdaadsgedraging nie strafregtelik gehandel het nie omdat willekeurigheid ontbreek – per slot van sake is daar nie 'n prinsipiële verskil tussen ander

7 De Wet en Swanepoel 48; Burchell en Hunt 110; Snyman *Strafreg* (1981) 39.

8 1104A-B, 'n vertrekpunt waarmee Van Rooyen *supra* saamstem.

9 1104E-H.

formeel omskrewe misdade en formeel omskrewe misdade met 'n dronkenskapselement wat 'n afwyking van die reël regverdig nie.¹⁰ Die moontlikheid van 'n geslaagde beroep op die verweer van dronkenskap teen die formeel omskrewe handeling is trouens in *S v Kelder*¹¹ op 'n aanklag van bestuur onder die invloed van sterk drank voorsien. Ook kan uit die beslissings in *S v Piccione*¹² (waar die beskuldigde nie kon bewys dat die effek van die drank outomatisme tot gevolg gehad het nie) en *S v Russe*¹³ (waar die beskuldigde op die feite van die saak beskryf is as "a man who gives way to a sudden temptation to drive because he is drunk . . .") die gevolgtrekking gemaak word dat indien bewys was dat Piccione onbewus van sy gedraging was en Russe nie eers in staat was om aan die versoeking toe te gee nie, daar bevind kon word dat hulle vanweë dronkenskap nie gehandel het nie.

Nou klink dit weliswaar vreemd dat dronkenskap as 'n verweer toegelaat behoort te word teen 'n misdaad waar dronkenskap 'n element van die misdaad is.

Hier moet nietemin voor oë gehou word dat die verweer net toegelaat word as die beskuldigde op die relevante gedragingsstadium inderdaad willoos dronk was. Hierbenewens word selfs in die gevalle waar die handeling by die formeel omskrewe misdaad as hoofaanklag genegatiewer word, strafregtelike aanspreeklikheid weens poging nie outomaties uitgesluit nie. Al handel 'n persoon nie vir doeleindes van 'n formeel omskrewe misdaad nie, kan die persoon se voorafgaande skuldige en wederregtelike uitvoerende handeling lei tot strafregtelike aanspreeklikheid in die vorm van 'n skuldigbevinding aan poging tot die formeel omskrewe misdaad. Die moontlikheid van strafregtelike aanspreeklikheid in hierdie situasie is deur regter Hiemstra in *S v Kelder* voorsien, en in *S v Baartman*¹⁴ word die moontlikheid van 'n skuldigbevinding aan poging tot 'n misdaad beaam waar 'n willekeurige handeling ten opsigte van die betrokke misdaad ontbreek.

Ietwat meer problematies is die geval van gevolgs misdade waar handeling en gevolg in tyd en ruimte geskei is en daar ook nog 'n onderskeid tussen suiwer en hibriede gevolgs misdade gemaak moet word. By die suiwer gevolgs misdade, waar dit gaan oor die veroorsaking van 'n bepaalde gevolg op welke wyse ook al, is *enige* voorafgaande handeling in 'n stadium toe die beskuldigde nie willoos dronk was nie en wat kousaal met die bepaalde gevolg verband hou voldoende, al is die dader ten tyde van die gevolgsintrede willoos dronk. Hiervolgens sou selfs Johnson se drinkery as 'n handeling vir doeleindes van moord of strafbare

10 Bennet "The Offence of Drunken Driving and the Defence of Voluntary Drunkenness" 1982 *De Rebus* 69. *Contra* Snyman (verhandeling) 184: "Sy dronkenskap bied vir die beskuldigde hier geen verweer nie aangesien dit juis die element van die misdaad uitmaak"; sien ook Van Tromp "Dronkenskap in die Suid-Afrikaanse Weermag na Aanleiding van Artikel 33 (a) van die Reglement van Dissipline" 1973 *SALJ* 289 wat 'n dronk soldaat onder alle omstandighede (insluitende narkose tydens 'n operasie?) "tegnies" aanspreeklik wil hou.

11 1967 2 SA 644 (T) 647H.

12 1967 2 SA 334 (N) 336E.

13 1968 3 SA 273 (N) 276H.

14 1983 4 SA 392 (NK), 'n moontlikheid wat Snyman (Verhandeling) 185-187 nie oorweeg nie (omdat hy waarskynlik net nalatigheid as skuldvorm voor oë gehou het) alhoewel hy tog aanspreeklikheid in die algemeen op die drankinname wil baseer.

manslag kon kwalifiseer.¹⁵ By ander gevolgmisdade gaan dit nie net oor die veroorsaking van 'n bepaalde gevolg nie, maar word daar (soos by brandstigting) 'n bepaalde vorm van handeling (aan die brand steek) vereis, in welke geval die tydstop waarop die willose dronk toestand ingetree het van groter belang word. Net soos by formeel omskrewende misdade waar op 'n spesifieke gedraging gelet word, word die beskuldigde se gedraging by die hibriede gevolgmisdade aan die spesifieke vereistes van die betrokke verbode handeling getoets, en indien die beskuldigde tydens die gedragingsmoment willoos dronk was, kan daar nie sprake van 'n handeling vir doeleindes van die betrokke hibriede gevolgmisdade wees nie. Daar kan egter 'n ander gedraging wees wat wel as 'n handeling vir die doeleindes van poging aangemerkt kan word en wat onder sekere omstandighede kan lei tot 'n skuldigbevinding aan poging tot die hibriede gevolgmisdade, net soos by die formeel omskrewende misdade hierbo bespreek.

2 2 Dronkenskap en Kousaliteit

Die kousaliteitsvraagstuk by gevolgmisdade is sover ek weet nog nie in verband met die dronkenskap van 'n beskuldigde bespreek nie. Die probleem duik nie op by gevalle van 'n willose dronk beskuldigde wat van 'n hibriede gevolgmisdade aangekla word nie omdat strafregtelike aanspreeklikheid, soos reeds vermeld, deur die onwillekeurigheid van die spesifieke gedraging uitgesluit word. By die suiwer gevolgmisdade waar enige voorafgaande willekeurige gedraging 'n handeling is, kan strafregtelike aanspreeklikheid volg mits die ander misdaadselemente aanwesig is.

Of dronkenskap in 'n geval waar die dader tydens die gedragingsmoment nie willoos dronk was nie en dus gehandel het, 'n effek op die kousaliteitselement kon hê, hou verband met die siening van kousaliteit wat 'n mens huldig. Met die feitelike *condictio sine qua non*-toets as uitgangspunt¹⁶ sal daar 'n feitelike kousale verband tussen die handeling en die gevolg wees al tree 'n toestand van willose dronkenskap in na die gedraging en voor die gevolg.¹⁷ Toegepas op Johnson se geval kan die "but for"-toets vir kousaliteit só gestel word: "*But for Johnson's drinking, which was a voluntary human act, the deceased would not have died when he did.*" Aangesien die dader tydens die gedragingsmoment nie willoos dronk is nie, kan daar ook nie geredeneer word dat wanneer 'n ander persoon hom dronk maak, laasgenoemde se optrede feitlik die alleen-oorsaak van die gevolg is nie – die dader moet op die een of ander wyse mede-veroorsakend opgetree het. Anders gestel, beteken dit dat selfs in die gevalle van onvrywillige dronkenskap (wat hieronder bespreek word) daar steeds 'n feitelike kousale verband tussen die handeling en gevolg sal wees.

15 Rabie "*Actiones Liberae in Causa*" 1978 *THRHR* 62. *Contra* Burchell "The Defence of Voluntary Intoxication" 1969 *SALJ* 127. Die feit word oor die hoof gesien in *S v Stellmacher* 1983 2 SA 181 (SWA) 187A met rampspoedige en onbillike gevolge vir reg en geregtigheid. Die hewige kritiek deur Du Plessis "Strafreg-dronkenskap as verweer" 1984 *THRHR* 98 is dus in 'n mate geregtig.

16 wat in *S v Daniels* 1983 3 SA 275 (A) aanvaar is.

17 'n Goeie voorbeeld is by wyse van analogie te vinde in *S v Gabriel* 1971 1 SA 646 (R AD), waar G sy vrou aangerand het en sy eers 2 jaar later as gevolg van die aanranding oorlede is. G is nadat die gevolg ingetree het, aangekla van en skuldig bevind aan moord. Gestel G het geslaap of was willoos dronk toe die gevolg ingetree het, dan sou hy steeds aanspreeklik wees.

Indien 'n juridiese kousaliteitsbegrip tot uitgangspunt genoem word, word beleidsoorwegings ter beperking van aanspreeklikheid ingespan.¹⁸ Weens die vloeibaarheid van so 'n juridiese kousaliteitsbegrip sal daar miskien betoog kan word dat byvoorbeeld op grond van algemene menslike ervaring dit onwaarskynlik is dat 'n sekere handeling in dronkenskap begaan, tot 'n bepaalde gevolg kan lei en dat juridiese kousaliteit in adekwate sin dus ontbreek.¹⁹ Die gemeenskap se bekende afkeer van drankmisbruik berus sekerlik op eeue se menslike ervaring, en dit is te betwyfel of die genoemde argument sal slaag. Ander soortgelyke argument wat teoreties aanvaarbaar mag lyk, sal, indien die algemene beskermingsfunksie van die strafreg teenoor die gemeenskap in ag geneem word, bes moontlik nie as beleid deur die howe aanvaar word nie.

Die standpunt van Van Oosten dat feitelike kousaliteit beperk deur wederregtelikheid of skuld die oplossing vir die kousaliteitsprobleem by gevolgsaanspreeklikheid is,²⁰ word as uitgangspunt vir verdere bespreking aanvaar. By gevalle van "common purpose" mag dit ook gebeur dat 'n mens sal moet bevind dat 'n gemeenskaplike oogmerk vanweë dronkenskap ontbreek. So 'n bevinding sal berus op oorwegings aangaande skuld wat hieronder bespreek word. Wanneer dronkenskap met kousaliteit in verband gebring word, is feitelike kousaliteit, soos reeds gestel, nie in geskil nie.

2 3 Dronkenskap en Wederregtelikheid

By beoordeling van die wederregtelikheidskwessie in die geval van 'n dronk dader is die hof geroepe om met inagneming van elke saak se omstandighede 'n waarde-oordeel oor die dader se handeling te vel. Basies gaan dit daaroor of die beskuldigde se optrede aan die hand van die *boni mores* of die algemeen geldende gedragsvoorskrifte objektief gesproke as redelik of onredelik aan te merk is.²¹ Omdat daar nie 'n *numerus clausus* van regverdigingsgronde is nie, mag dit wees dat selfs dronkenskap in bepaalde gevalle as 'n regverdigingsgrond beskou kan word; dit wil sê daar bestaan die teoretiese moontlikheid dat 'n dronk dader se optrede vanweë sy dronkenskap in sekere gevalle regmatig kan wees ('n probleem wat vertroebel word deur die gemeenskap se onmiskenbare afkeer van wandade voortspruitend uit vrywillige dronkenskap) omdat sy optrede objektief redelik is.

Die moontlikheid dat 'n dronk dader in hierdie omstandighede strafregtelike aanspreeklikheid kan vryspring, mag na 'n vreemde en onlogiese gedagte klink, totdat die tradisionele onderskeid tussen vrywillige en onvrywillige dronkenskap in die strafreg nader beskou word. Aanvanklik is geleer dat onvrywillige dronkenskap wel 'n verweer teen strafregtelike aanspreeklikheid is, terwyl vrywillige dronkenskap nie 'n verweer is nie. Na *S v Chretien* bestaan die onderskeid in beginsel nie meer nie, alhoewel die onderskeid in die praktyk nog gemaak word. Die verskil word soos volg deur Burchell en Hunt beskryf:

"[T]he only difference between the two being that in practice the latter defence may be accepted more readily because, unlike voluntary drunkenness, no moral blame attaches to the accused in becoming drunk."²²

18 *S v Daniels*, supra 278 330-331.

19 *Contra* Rabie 1981 *SASK* 121; Du Plessis 1984 *THRHR* 104.

20 *S v Daniels* 325A 331E-F.

21 Snyman *Strafreg* 77.

22 294.

Soos uit die aanhaling blyk, lê die meer geredelike aanvaarding van onvrywillige dronkenskap opgesluit in die oorsaak van die dader se toestand, 'n oorsaak wat die gemeenskap nie teen die beskuldigde hou nie. Die optrede van die dronk dader word derhalwe nie afgekeur en moreel verwerp nie. Dit is duidelik dat die skrywers (en ook die positiewe reg) onvrywillige dronkenskap as 'n skuld-uitsluitingsgrond beskou. Die term "onvrywillige dronkenskap" kan egter gebruik word as 'n sambreelterm (of selfs 'n moontlik aparte regverdigingsgrond) om situasies te beskryf waar die oorsaak van 'n persoon se toestand van so 'n aard is dat die *boni mores* nie die dader se handeling tydens sy dronkenskap afkeur nie. Alhoewel die verweer van onvrywillige dronkenskap al vantevore in die strafreg geopper is²³ en in die praktyk al geslaag het,²⁴ is daar ongelukkig nog geen konsensus oor wat onder die begrip "onvrywillige dronkenskap" verstaan word nie. Die volgende gevalle word egter as voorbeelde daarvan deur die skrywers voorgedra, telkens met die kenmerk dat die oorsaak van dronkenskap beklemtoon word:

- a die dwangmatige ingee van drank, of gedwonge dronkenskap;²⁵
 - b onskuldige dronkenskap, dit is waar 'n middel bewustelik ingeneem word sonder dat die uitwerking daarvan besef word;²⁶
 - c dronkenskap wat veroorsaak word deur die matige inname van drank waarvan die invloed deur eksterne faktore soos uitputting of 'n hou oor die kop vergroot word;²⁷
 - d dronkenskap weens 'n verslaafdheid aan alkohol;²⁸
 - e dronkenskap teweeggebring sonder die bewuste toedoen van die beskuldigde.²⁹
- Vergeleke met bogenoemde gevalle is dit te verstane dat vrywillig dronkenskap nie as 'n verweer wat wederregtelikheid uitsluit, erken kan word nie, omdat die gemeenskap dit nie as redelik beskou indien 'n persoon vrywillig dronk word en dan wandade begaan nie. Dit beteken dat vrywillige dronkenskap, tensy dit tot *delirium tremens* aanleiding gee, nie as regverdigingsgrond toegelaat sal word nie.

Daar moet steeds voor oë gehou word dat dit hier gaan om 'n dronk dader wat nie willoos dronk is nie. By die handeling waar daar op die effek van alkoholiese aantasting gelet word, is die oorsaak van die dronkenskap nie ter sake nie. Eers nadat bevind is dat die effek van die aantasing nie 'n willose persoon tot gevolg gehad het nie en daar met ander woorde aanvaar word dat die dader wel gehandel het, is die ondersoek na die oorsaak van dronkenskap relevant. Hierdie benadering word dan ook in *S v Hartyani* gevolg waar die regter op die getuienis tot die gevolgtrekking kom dat H as gevolg van die dronkenskap nie geweet het wat hy doen nie en daarom nie strafregtelik aanspreeklik is nie.³⁰ H het dus nie gehandel nie. Die regter gaan egter verder en ondersoek die skuld-kwessie in verband waarmee hy die oorsaak van H se toestand te berde bring.³¹

23 *R v Innes Grant* 1949 1 SA 753 (A); *S v Els* 1972 4 SA 696 (T).

24 *S v Hartyani* 1980 3 SA 613 (T); Snyman "Strafreg – Verweer van Onvrywillige Dronkenskap" 1980 *THRHR* 445.

25 Snyman (Verhandeling) 186; Snyman 1980 *THRHR* 447.

26 Snyman 1980 *THRHR* 447.

27 Snyman *Strafreg* 146; Snyman 1980 *THRHR* 448.

28 Snyman *Strafreg* 146.

29 *ibid.*

30 *supra* 624D–E.

31 624E–F.

Dit klop met die tradisionele benadering waarvolgens onvrywillige dronkenskap in verband gebring word met die *mens rea* of skuld van die dader. Wanneer die volgende opmerking in *R v Innes Grant*³² egter ontleed word, kom die korrektheid van so 'n benadering in die gedrang:

“Where a person becomes intoxicated *through* no fault of his own, it seems obvious that the question of his guilt must depend on the *degree* of intoxication.”

Die term “onvrywillig” hou verband met die oorsaak van dronkenskap, maar dit is nie die oorsaaklikheidsfaktor wat vir die hof by die beoordeling van skuld die deurslag gee nie.³³ Die hof lê die klem op die beskonkenheidsfaktor, en omdat die graad van aantasting in plaas van die oorsaak van dronkenskap as toets aangewend word, kan nie gesê word dat die *onvrywilligheid* van die dronkenskap vir die skuldkwessie maatgewend is nie.

Uit die volgende *obiter dictum* in *S v Els*³⁴ kry 'n mens 'n aanduiding dat die voorafgaande redenasie nie te vergesog is nie:

“On the other hand on what must be the rare occasions when an accused can establish that he had no knowledge of the effect which a drink would have upon him, because, as on the evidence of the present case, it had been doctored by the addition of an unknown potent drink, there would be no special harm in allowing him to go free from responsibility under the Ordinance.”

Alhoewel die bespreking volgens die hof om die skuldvraag gaan, is dit interessant om op te merk dat 'n oorweging van “special harm” gebruik word om te besluit of onvrywillige dronkenskap as verweer teen strafregtelike aanspreeklikheid toegelaat moet word – 'n aanduiding dat die hof nie besig is om *dad-ergesentreerde* faktore nie, maar wel *daadgesentreerde* faktore te oorweeg. Die implikasie is duidelik: die daad word by wyse van 'n terugskouende blik beoordeel en daarom gaan dit hier in der waarheid om die vraag na wederregtelikheid.

Aan die ander kant beteken die blote feit dat 'n persoon se dronkenskap 'n onvrywillige oorsaak gehad het, nie noodwendig dat wederregtelikheid outomaties uitgesluit is nie. 'n Mens kan aan voorbeelde dink waar 'n persoon onvrywillig dronk is maar steeds wederregtelik handel, soos die geval waar 'n dader onbewustelik (soos in *Hartyani* se saak) gedokterde koffie drink sonder om willoos dronk te word, in sy voertuig klim en, ten spyte van sy ooglopende sowel as bewuste gebrek aan beheer, voortbestuur.³⁵ Die oorsaak van die dronkenskap is dus slegs 'n faktor wat in samehang met ander faktore in ag geneem moet word by die wederregtelikhedsvraag.

2 4 Dronkenskap en Toerekeningsvatbaarheid³⁶

Die dronkenskap van die nie-willose dronk dader wat wederregtelik handel, kan volgens die positiewe reg tot ontoerekeningsvatbaarheid lei waar die dader nie

32 *supra* 766 (my kursivering).

33 en ook nie in *S v Hartanyi*, *supra* en *S v Els*, *supra* nie.

34 *supra* 702B-C.

35 soos wat inderdaad in *R v Innes Grant*, *supra* beslis is.

36 Met hierdie volgorde (handeling, wederregtelikheid, toerekeningsvatbaarheid) sal baie skrywers nie saamstem nie. Sommige skrywers verkondig selfs teenstrydige standpunte oor hierdie aangeleentheid, soos byvoorbeeld Burchell en Hunt 242 waar 'n ontoerekeningsvatbare kind volgens hulle nie wederregtelik kan handel nie en 324 waar dieselfde kind wel wederregtelik kan handel.

besef wat hy doen nie, nie die ongeoorlooftheid van wat hy doen besef nie of waar sy inhibisies wesenlik verkrummel het.³⁷ Die eerste geval (waar hy nie besef wat hy doen nie) het egter in der waarheid betrekking op die handelingselement,³⁸ terwyl die tweede geval om wederregtelikheidsbewussyn gaan.³⁹ Nou is dit so dat daar verskeie en uiteenlopende menings bestaan oor die plek en aard van toerekeningsvatbaarheid binne die elemente van die misdaad, maar dit beteken nie dat die erkende nugtere onderskeid tussen ander elemente soos handeling en skuld weens dronkenskap geïgnoreer moet word nie. Wanneer De Wet en Swanepoel se benadering vir die oomblik aanvaar word, naamlik dat toerekeningsvatbaarheid die vermoë is om skuld te vorm, die toets waarvoor te onderskei is van die skuldtoets (waar dit gaan om die vraag of skuld inderdaad aanwesig is),⁴⁰ kan die verwarring in die positiewe reg oor die status van toerekeningsvatbaarheid uitgeskakel word.⁴¹ Solank 'n persoon ten spyte van sy dronkenskap nog die vermoë het om tussen reg en verkeerd te onderskei en sy optrede daarvolgens te rig (ongeach of die persoon werklik so 'n onderskeid maak en sy optrede so gerig het), word hy as toerekeningsvatbaar beskou, en eers wanneer sy toerekeningsvatbaarheid vasstaan, word daar na die skuldvraag oorgegaan.

Waar 'n persoon nie oor die gemelde vermoë beskik nie, kan een van twee gevalle voorhande wees, naamlik *delirium tremens* of gewone ontoerekeningsvatbaarheid weens dronkenskap. Wanneer die ondersoek op die meriete na strafregtelike aanspreeklikheid vir 'n misdaad derhalwe gedoen word, behoort daar slegs 'n onderskeid tussen toerekeningsvatbaarheid en ontoerekeningsvatbaarheid gemaak te word.⁴² 'n Grys tussengebied is nie net onlogies nie, maar lei ook tot praktiese probleme. Daar moet egter teen gewaak word om nie die onderskeid so te veralgemeen dat 'n bevinding van ontoerekeningsvatbare dronkenskap outomaties by alle misdade tot 'n onskuldigbevinding lei nie.

Die verskil tussen formeel omskrewe en materieel omskrewe misdade is ook by hierdie aspek van uiterste belang. Waar die reg bepaal dat 'n spesifiek omskrewe handeling strafbaar is, sal ontoerekeningsvatbaarheid ten tyde van die besondere handelingsmoment lei tot 'n onskuldigbevinding. Weer eens mag dit gebeur dat voordat ontoerekeningsvatbaarheid weens dronkenskap ingetree het, die dader 'n wederregtelike uitvoerende handeling begaan het. In so 'n geval kan hy, indien skuld aanwesig is, aan poging tot die besondere formeel omskrewe misdaad skuldig bevind word. By 'n suiwer gevolgs misdade is dit irrelevant dat die dader ten tyde van gevolgsintrede ontoerekeningsvatbaar was – die vraag is of hy ten tyde van sy handeling toerekeningsvatbaar was of nie; 'n benadering wat beteken

37 *S v Chretien*, supra 1106B–C F–G.

38 By wyse van analogie kan daar na *R v Dhlamini* 1955 1 SA 120 (T) 122A verwys word waar Dhlamini onskuldig bevind word omdat “he . . . was acting mechanically without intention, volition or motive.” Ook in *R v Mkize* 1959 2 SA 260 (N) 264A word gesê: “It follows that he was in an unconscious state, having neither judgment, will, purpose, nor reasoning, that the act of stabbing was a result of blind reflex activity.” Die term “bewus wees van” hou derhalwe verband met handeling.

39 *S v De Blom* 1977 3 SA 513 (A).

40 105–106; Burchell en Hunt 239. Badenhorst 1981 2 *TSAR* 188; Thom “The Effects of Intoxication as Defence in Criminal Law” 1963 *SALJ* 356.

41 Van der Merwe “Toerekeningsvatbaarheid v ‘Specific Intent’ – die *Chretien*-beslissing” 1981 *Obiter* 148–149.

42 Labuschagne “Beskonkenheid en Strafregtelike Aanspreeklikheid” 1981 *De Jure* 339.

dat Johnson wel toerekeningsvatbaar was indien 'n mens sy drinkery as 'n willekeurige menslike gedraging en wederregtelike, veroorsakende feit van 'n ander mens se dood aanstip.

In die lig van bostaande kan die volgende opmerking van die hof in *S v Chretien*⁴³ nie ongekwalfiseerd aanvaar word nie:

"[D]ie publieke beleid (die regsdoortuiging van die gemeenskap) vereis nie dat van die suiwer regswetenskaplike benadering afgesien moet word nie en dat 'n beskuldigde 'n straf moet ondergaan bloot omdat hy vrywillig 'n toestand bereik het waarin hy juridies nie kan handel nie of toerekeningsvatbaar is nie."

Allereers moet dit duidelik gestel word dat die omgekeerde van hierdie stelling nie korrek is nie: al sou 'n persoon wel in die aldus beskrewe toestand verkeer, sal hy nie outomaties straf vryspring nie selfs al is dit nie die geval dat hy juis gedrink het om moed bymekaar te skraap om die misdaad to pleeg nie (die sogenaamde *actio libera in causa*-geval). Die regswetenskaplike aanvaarding dat by delikte en gevolgs misdade handeling en gevolg in tyd en ruimte geskei is, beteken dat in gepaste gevalle daar wel strafregtelike aanspreeklikheid kan wees al was die dader ten tyde van gevolgsintrede so dronk dat hy op daardie tydstip nie juridies kon handel of toerekeningsvatbaar kon wees nie.

By implikasie kan 'n beroep op ontoerekeningsvatbaarheid weens dronkenskap dus slegs in twee gevalle slaag, naamlik by die formeel omskrewe misdade en by gevolgs misdade met 'n voorgeskrewe gedragingsvorm waar die dader ten tyde van die handelingsmoment ontoerekeningsvatbaar dronk was *en* indien daar nie van 'n pogingsmisdade sprake is nie. 'n Geslaagde beroep op dronkenskap beteken egter nie noodwendig goeie nuus vir die beskuldigde nie, want indien sy toestand as *delirium tremens* – 'n diagnoseerbare en erkende geestesongesteldheid wat volg op langdurige alkoholgebruik met gevolglike blootstelling en onderdrukking van die mens se sentrale sensuïeselsel⁴⁴ – beskou word, sal artikel 78(6) van die Strafproseswet 51 van 1977 op sy geval toegepas moet⁴⁵ word en sal hy in 'n hospitaal vir siel siekes opgeneem word.

2 5 Dronkenskap en Skuld

2 5 1 Opset

Wanneer daar gevra word of 'n dronk maar toerekeningsvatbare dader wat wederregtelik gehandel het skuld in die vorm van opset gehad het, word net soos by enige ander geval ondersoek ingestel na wat in die dader se psige aangegaan het. Die dader moet wederregtelike bewussyn sowel as 'n wilsgerigtheid hê⁴⁶ – beide faktore wat deur beneweling van die psige as gevolg van drank beïnvloed kan word. Wanneer dronkenskap 'n dader se wederregtelike bewussyn aantast, beteken dit nie dat die dader se vermoë om tussen reg en verkeerd te onderskei noodwendig ook aangetas is nie. 'n Dader mag moontlik ten spyte

43 *supra* 1105F-G. Ter illustrasie word op *S v Stellmacher, supra* gewys waar foutiewelik geredeneer word dat indien 'n persoon tydens gevolgsintrede ontoerekeningsvatbaar is, hy outomaties onskuldig is aan moord of strafbare manslag. Dit sal slegs die geval wees as die persoon ten tyde van veroorsakende gedraging ontoerekeningsvatbaar dronk was.

44 Snyman *Strafreg* 133; Hiemstra *Suid-Afrikaanse Strafproses* (1981) 175; Thom 1963 *SALJ* 356.

45 *S v McBride* 1979 4 SA 313 (W).

46 *S v De Blom, supra*.

van sy dronkenskap in staat gewees het om tussen reg en verkeerd te onderskei, maar onder invloed van die alkohol, sover dit die feite van die betrokke geval aangaan, nie so 'n onderskeid gemaak het nie. In so 'n geval ontbreek wederregtelikheidsbewussyn by hom. In die praktyk mag dit moeilik wees om dié twee situasies te onderskei. Die resultaat sal egter in elk geval 'n onskuldigbevinding aan die hoofklag, hetsy vanweë ontoerekeningsvatbaarheid hetsy vanweë afwesigheid van opset, wees. Nietemin is dit belangrik dat die onderskeid gehandhaaf word omdat by alternatiewe aanklagtes, of waar skuldigbevinding aan alternatiewe mindere misdade toegelaat word, ontoerekeningsvatbaarheid weens dronkenskap tydens die handelingsmoment wel tot 'n onskuldigbevinding lei, *maar* afwesigheid van opset weens dronkenskap tydens die handelingsmoment nie noodwendig beteken dat nalatigheid (wat vir die alternatiewe misdade voldoende mag wees) ook ontbreek nie.

Die wilsgerigte sy van die opsetvereiste is die faktor wat meer geredelik in die praktyk met dronkenskap in verband gebring word, soos die geval waar die dader se verstand so deur drank benewel is dat hy nie 'n besondere moontlikheid⁴⁷ of selfs 'n verkeerde moontlikheid wat op die ou einde rampspoedige gevolge het,⁴⁸ voorsien nie. In sulke gevalle waar die dader nie 'n opset vorm nie, word die dader se toestand soms as verminderd toerekeningsvatbaar weens dronkenskap bestempel voordat die howe die aan- of afwesigheid van opset bespreek. So 'n etikettering van die dader se toestand by opset is egter nie 'n voorvereiste vir die afwesigheid van skuld nie, soos blyk uit *S v V*⁴⁹ waar die toets vir opset in die gevalle van dronkenskap só gestel word:

“[I]n die lig van vandag se juridiese denke sou dit meer gepas wees, om soos in *S v P* (1972 3 412 (A) op 416H-417A), bloot die vraag te stel of in die lig van al die omstandighede (insluitende die inname van drank) die afleiding bo redelike twyfel gemaak kan word dat die beskuldigde die nodige opset gehad het.”

'n Belangrike omstandigheid wat so 'n afleiding kan regverdig, is die dader se voorafgaande “opset” of uitlatings wat op voorafbeplanning, byvoorbeeld “om dronk te word en dan iemand te gaan doodsteek,” dui sonder dat daar noodwendig op die terrein van die *actio libera in causa* beweeg word.⁵⁰

2 5 2 Nalatigheid

Die redelike-man-toets vir nalatigheid is algemeen bekend. Daar bestaan nietemin verskil van mening oor verskeie aspekte daarvan, soos bewuste nalatigheid (*luxuria*), die nalatigheidstoets vir kinders en die praktiese toepassing van die toets. Wanneer dronkenskap met nalatigheid in verband gebring word en die gemeenskap se afkeer van wandade gepleeg in 'n toestand van dronkenskap in ag geneem word, is dit “moeilik om in te sien hoedat dronkenskap enigszins daartoe kan bydra om nalatigheid uit te skakel.”⁵¹ Die kans hierop word nog skraler gemaak deur die feit dat die redelike man ten spyte van 'n drankinname altyd redelik nugter sal bly of die nodige voorsorgmaatreëls sal tref.⁵²

47 *S v V* 1979 2 SA 656 (A) 665B-C; *S v De Bruyn* 1968 2 SA 498 (A) 500A.

48 *S v Chretien*, *supra* 1102G-H.

49 *supra* 667E-F.

50 *S v Baartman*, *supra* 401C-D.

51 Nyman “Die *Actio Libera in Causa*: Die Benadering in die Duitse en Suid-Afrikaanse Reg” 1978 *De Jure* 235.

52 Dugard “Provocation: No more Rides on the Sea Point Bus” 1966 *SALJ* 262.

Aan die ander kant moet die blote aanwesigheid van dronkenskap nie outomaties tot 'n soort vermoede van nalatigheid aanleiding gee nie. So 'n vermoede bestaan nie in ons reg nie. Daar moet dus telkens op die feite van elke bepaalde geval getoets word of die dader wel nalatig was. As die *Johnson*-beslissing te kritiseer is, dan is die belangrikste punt van kritiek seker dat die regter nie vir skuld in die vorm van nalatigheid toets nie, maar eenvoudig aanvaar dat Johnson nalatig was omrede hy dronk geword het. Dit kom neer op 'n negering van die skuldbeginsel as erkende basis van ons strafreg.

Die goue middeweg tussen "dronkenskap wat geen invloed op nalatigheid het nie" en "dronkenskap wat outomaties nalatigheid daarstel," is nie maklik om te vind nie. Wanneer die klassieke beskrywing van die redelike man in *S v Burger*⁵³ in gedagte gehou word, kan die vraag gestel word of die redelike man nie self soms 'n drankie drink of onder die invloed van drank kom nie. Hoe dit ook al sy, wanneer dit gaan oor drankmisbruik teenoor drankgebruik en oormatigheid teenoor gematigdheid, blyk dit duidelik dat drankmisbruik al te gou lei tot 'n gevolgtrekking dat nalatigheid aanwesig is ('n slotsom wat nie altyd op die bewese feite te regverdig is nie).⁵⁴ Daar word nie gepoog om 'n "redelike-dronk-man-toets" te ontwerp nie omdat so 'n formulering met 'n beroep op die menslike swakheid kan lei tot 'n buitensporige simpatie met dronkaards, 'n gedurige aangryping van dronkenskap as verweer teen strafregtelike aanspreeklikheid en 'n belemmering van die strafreg se gemeenskapsbeskermdende funksie. Die betoog is slegs dat die redelik-man-toets so wyd geformuleer behoort te word dat in besondere (hoogs uitsonderlike?) omstandighede die redelike man ook onder die invloed van drank kan wees, en dáárom nie gevolge van sy optrede voorsien nie of nie die nodige voorsorgmaatreëls tref nie.

3 ANDER ASPEKTE VAN DRONKENSAP

3 1 Die Actio Libera in Causa

Die *actio libera in causa*-reël word gewoonlik aangewend waar 'n dader homself dronk drink met die doel om in sy dronkenskap 'n bepaalde wandaad te pleeg. In *S v Johnson*⁵⁵ word die reël se oorsprong teruggevoer na die gemenereregskrywer Damhouder, wat dit soos volg stel:

"Werden ook mede verschoond eenige dronken menschen, dewelke zoo deure daarden drank zijn overwonnen, dat so haar reden of kenisse niet gebruiken konnen: tenzy dat zults met opset en boosnemen van haar is gedaan, om namentlijk haar quaad boosnemen van se onstraffelijke te mogen verrich."⁵⁶

Alhoewel die moderne skrywers die beginsel aanvaar dat die dader in so 'n geval aanspreeklik gehou moet word,⁵⁷ is dit moeilik om te verstaan wat die aanwendingsgebied van hierdie beginsel is. Dit is wel duidelik dat die beginsel bedoel is vir 'n dader wat in die stadium toe sy plan "uitgevoer" word, willoos

53 1975 4 SA 877 (A) 879D-E.

54 soos in *Johnson, supra*, waarmee Snyman 1978 *De Jure* 237 egter nie gelyk gegee word nie: die onderskeid tussen 'n suiwer gevolgmisdaad en 'n formeel omskrewe misdaad se effek word uit die oog verloor waar die skrywer beweer dat 'n afleiding van nalatigheid in *Johnson* 'n blote fiksie is.

55 *supra* 209B-G.

56 *Praktijke in Criminele Zaken* 77 5.

57 De Wet en Swanepoel 116; Burchell en Hunt 292; Snyman *Strafreg* 147.

of ontoerekeningsvatbaar dronk is.⁵⁸ Die *actio libera in causa* word dan aangewend om die dader met 'n voorafgevormde opset strafregtelik aanspreeklik te hou.

Volgens die uiteensetting in paragraaf 2 hierbo is dit nie nodig om die *actio libera in causa* op 'n suiwer gevolgs misdadigheid in die onderhawige geval toe te pas nie, aangesien normale strafregtelike aanspreeklikheid op die hoofaanklag sal volg. Daar sal 'n handeling (*enige* veroorsakende feit), kousaliteit, wederregtelikheid en opset aanwesig wees. Ook by die formeel omskrewe misdade waar opset 'n vereiste is, sal strafregtelike aanspreeklikheid normaalweg volg, weliswaar nie op die hoofaanklag nie (omdat willekeurigheid ten tyde van die gedragsmoment ontbreek), maar op grond van poging indien 'n opsetlike, wederregtelike uitvoeringshandeling aanwesig is. Wanneer die *actio libera in causa* derhalwe impliseer dat 'n beskuldigde aan 'n misdadigheid bevind kan word ten spyte van sy toestand, klop dit met die algemene beginsels van die strafreg, maar om te vereis dat so 'n beskuldigde telkens aan die *hoofaanklag* skuldig bevind moet word, is onaanvaarbaar.⁵⁹ Verpligte skuldigbevinding aan die hoofaanklag in plaas van poging lei nóg tot hoër strafjurisdiksie nóg tot 'n meer effektiewe beskerming van die gemeenskap. Daarom kan met reg gevra word of die tradisionele *actio libera in causa*-reël nog 'n eie bestaansreg het.⁶⁰

'n Nalatige *actio libera in causa*⁶¹ word nie in ons reg erken nie.⁶² Hierdie feit asook die feit dat poging 'n opsetmisdadigheid is, bring mee dat waar 'n persoon tydens dronkenskap 'n formeel omskrewe gedraging begaan sonder enige voorafgaande opset in die stadium toe hy nog nugter was, dronkenskap 'n geldige verweer kan wees waar die dader tydens die gedraging willoos dronk is.

3 2 Dronkenskap en Straf

Volgens die algemene *Tritts van Zinn*-benadering wat in Suid-Afrika met sy akkusatoriese prosesregstelsel funksioneer, word die erns van die misdryf, die belange van die gemeenskap en die belange van die misdadiger in ag geneem by die oplegging van vonnis.⁶³ Gewoonlik word dronkenskap net met die belange van die beskuldigde in verband gebring (waar dronkenskap nie 'n element van die verbodsbeskrywing is nie) met 'n beroep op die dronk dader se verminderde toerekeningsvatbaarheid wat klaarblyklik tot strafvermindering lei. Die menslike swakheid word normaalweg oorbeklemtoon en sommige aansprake word so wyd geformuleer asof 'n dronk dader sonder meer 'n ligter straf kan verwag.

Hierdie toedrag van sake is nie gesond nie omdat dit neerkom op 'n oorbelemtoning van een aspek van die *Tritts van Zinn* sonder om die effek van dronkenskap op die twee ander aspekte in ag te neem. Die howe het al herhaalde

58 Snyman 1978 *De Jure* 232; *S v Johnson*, *supra* 211E-H; Rabie 1978 *THRHR* 60; *contra* De Wet en Swanepoel 115-116 vn 99.

59 'n gevolgtrekking waarmee r Steenkamp in *S v Baartman*, *supra* 400D-E saamstem.

60 Rabie 1978 *THRHR* 60 stem by implikasie hiermee saam waar hy verklaar dat die *actio libera in causa* net toepassing vind indien 'n persoon volgens algemene beginsels nie aanspreeklik is nie. Snyman (Verhandeling) 195 se versugting na 'n dogmatiese verdieping van hierdie reël in Suid-Afrika kan nie onderskryf word nie.

61 Snyman 1978 *De Jure* 234-237.

62 Damhouder *supra*; *S v Johnson*, *supra* 209 e v; De Wet en Swanepoel 115-117; Burchell en Hunt 292 e v.

63 Hiemstra 565.

kere daarop gewys dat so 'n benadering foutief is, en daarom is dit die verhoorregter se juridiese plig om ook die volgende in ag te neem: Indien dronkenskap 'n element van 'n besondere misdaad is, kan die dronkenskap nie na 'n skuldigbevinding 'n strafverminderde effek hê nie.⁶⁴ Ook waar 'n persoon met 'n voorafgevormde opset gaan drink, is sy misdryf ernstiger van aard, en dit regverdig natuurlik 'n swaarder straf.⁶⁵

Benewens die erns van die misdaad moet die gemeenskap se belang ook deeglik in ag geneem word. Hier kan dieselfde van dronkenskap as van motorongelukke gesê word:

“Sedert 1964 het die posisie wat die motorverkeer betref, versleg en ernstige beserings en die dood as gevolg van botsings tussen motorvoertuie het so 'n omvang aangeneem dat dit die belange van die gemeenskap as geheel raak. Dit is nie net 'n paar individue wat jaarliks beseer en gedood word nie. Letterlik duisende persone word jaarliks gedood en ook duisende beseerdes bly in een of ander vorm vermink en gestrem. Dit is algemeen bekend.”⁶⁶

By wyse van analogie sal die beskuldigde se dronkenskap veel eerder 'n strafverswarende uitwerking hê indien oorweging gegee word aan die nadeel van drank, statistiese data oor die gevolge van dronkenskap, die gemeenskap se afkeer van drankmisbruik, die noodigheid vir gemeenskapsbeskerming teen drankmisbruik en die hof se eie kennis van hoe dikwels drank 'n rol by misdade in 'n hof se gebied speel.

Ten slotte kan oor straf volstaan word met die opmerking dat dronkenskap wel as 'n strafversagende omstandigheid by die behoorlike oplegging van 'n vonnis in ag geneem moet word, maar dit beteken nie dat daar altyd 'n strafvermindering moet wees nie omdat ander belange ook oorweeg moet word.

4 DRONKENSAP EN BESKERMING VAN DIE GEMEENSAP

Doemprofete sal sekerlik beweer dat met die erkenning van vrywillige dronkenskap as verweer teen strafregtelike aanspreeklikheid die gemeenskap aan die genade van dronkaards uitgelewer is. By nadere ondersoek van die beginsels wat hierbo bespreek is, blyk dit egter dat

a selfs al was die dader in 'n stadium willoos dronk, ontoerekeningsvatbaar dronk of selfs verminderd toerekeningsvatbaar dronk, dit nie op sigself beteken dat die dader altyd vrygespreek sal word nie; en

b die blote feit dat die dader dronk was nie sonder meer tot strafvermindering lei nie.

Die gemeenskap word met ander woorde tog in 'n mate teen dronkaards op dieselfde prinsipiële grondslag as byvoorbeeld teen psigopate beskerm.

In die geval van 'n formeel omskrewe misdaad waar daar geen voorafgaande opset was nie (en skuldigbevinding aan poging dus buite die kwessie is) bied dronkenskap wat die wil, toerekeningsvatbaarheid of skuld uitsluit, 'n geldige

64 *S v Kelder, supra*.

65 *S v Ndlovu* 1965 4 SA 692 (A).

66 *Union South British Insurance Co Ltd v Victoria* 1982 1 SA 444 (A) 466. Du Toit *Straf in Suid-Afrika* (1981) 13 – 16 meld die strafversagende effek van drank met die “Dutch courage”-geval as uitsondering, maar noem nie drank in enige geval as 'n strafverswarende faktor te 85–97 nie. Sien ook *LAWSA* par 86 en gesag aldaar te vn 21.

en volkome verweer. Die vraag kan gestel word of so 'n situasie nie die gemeenskap benadeel nie. Dit is nie noodwendig die geval nie. Ten eerste is daar nie altyd nadelige gevolge wat uit 'n formeel omskrewe gedraging voortvloei nie, alhoewel daar sekerlik nadelige gevolge soos skade aan eiendom of liggaam kan wees. Deliktuele aanspreeklikheid bied aan die benadeelde in so 'n geval gewoonlik so 'n mate van beskerming dat die nodigheid vir strafregtelike beskerming tereg bevraagteken kan word.⁶⁷ Ten tweede bestaan daar geen regverdiging daarvoor om die verweer van dronkenskap so kunsmatig te maak dat die handelingsbegrip tot 'n blote liggaamsbeweging verwater word nie. Daar bestaan per slot van rekening geen empiriese getuienis wat op die nodigheid van beskerming van die gemeenskap in hierdie verband dui nie.

Sommige skrywers stel voor dat 'n afsonderlike dronkenskapsmisdad (na analogie van die Duitse reg) geskep word om die gemeenskap te beskerm teen wandade in dronkenskap verrig.⁶⁸ Benewens die ope vraag of beskerming inderdaad nodig is, skep so 'n voorstel sy eie probleme. Ten eerste wonder mens wat 'n hof sal beslis as 'n persoon hom by 'n aanklag van gevaarlike dronkenskap op outomatisme vanweë dronkenskap beroep. Tweedens beteken so 'n misdad dat die afsonderlike bestaan van onvrywillige dronkenskap of selfs *delirium tremens* in die strafreg bevraagteken word. Derdens skyn dit onregverdig te wees indien die voorgestelde misdad beperk word tot verstandelike beneweling weens alkoholinname, terwyl dwelms of uitputting presies dieselfde effek en nadeel vir die gemeenskap kan veroorsaak. Laastens sal skuldlose aanspreeklikheid deur middel van 'n statutêre *versari in re illicita* herleef, 'n situasie wat nie juridies geregverdig kan word nie.⁶⁹ Op hierdie wyse word onhoudbare komplikasies geskep wat eerder tot 'n vertroebeling as 'n opheldering van beginsels lei. Die kunsmatige oorplanting van 'n misdad uit ander regstelsels op die Suid-Afrikaanse strafreg kan nie in hierdie geval goedgepraat word nie, behalwe vir sover dit mag lei tot groter beskerming van die gemeenskap by formeel omskrewe misdadgedraginge waar dronkenskap as verweer geredelik mag slaag; indien sodanige groter beskerming hoegenaamd nodig is.

Die howe se skeptiese beskouing van dronkenskap as verweer dra ook veel by om die gemeenskap te beskerm, soos duidelik blyk uit die *Chretien*-saak waar bevestig word dat wanneer dronkenskap ter sprake is, die hof met groot omsigtigheid te werk gaan. In *S v Van Vuuren*⁷⁰ word die hof se houding duidelik geïllustreer waar 'n persoon se verweer van dronkenskap tesame met 'n beroep op emosionele spanning en provokasie nie geslaag het nie. Die hof stel dit so:

“The applicant's story that he had been drinking so heavily, that he had been so grievously provoked and was in such a state of mental distress that when he fired the weapon he had no knowledge what he was doing, is not a story which I find reasonably true.”

Selfs waar drank saam met ander faktore aanwesig is, word 'n redelike twyfel dus nie somer geskep nie en veral nie slegs op die beskuldigde se eie getuienis nie. Die kernvraag bly steeds of die dronk dader strafregtelik aanspreeklik gehou

67 *Contra* Snyman *Strafreg* 155.

68 *ibid* 155-156; Burchell 1969 *SALJ* 131.

69 Badenhorst 1981 2 *TSAR* 188; Thom “The Effects of Intoxication as Defence in Criminal Law” 1963 *SALJ* 356.

70 1983 1 SA 11 (A) 22E-H. Reeds in die gemenerg verkondig Van der Keesel *Praelectiones* 48 8 (wat Leyser aanhaal) dat die dronkenskapsverweer nie geredelik aanvaar behoort te word nie.

kan word, en dit stel die beoordelaar vas bloot deur die algemene beginsels van die strafreg toe te pas.

5 SLOTSOM

Om die benadering wat ek voorstaan te illustreer, gaan ek *Johnson* se feitestel kortliks herbeoordeel. Eerstens is daar 'n strafregtelike handeling, naamlik *Johnson* se willekeurige menslike gedraging, sy gedrink. Tweedens is 'n mens dood en derdens is daar 'n feitelike kousale verband tussen die handeling en die gevolg. Vierdens is die veroorsaking van die dood wederregtelik en vyfdens was *Johnson* ten tyde van die handeling toerekeningsvatbaar. Die eintlike probleem is of *Johnson* skuld gehad het. Geen getuienis dat die dood subjektief beoog of voorsien is, is gelei nie. Opset is dus nie ter sprake nie. Die vraag is of *Johnson* opgetree het soos die redelike man *wat weet hy word aggressief as hy drink*.⁷¹ Oor dié nalatigheidsvraag sal daar sekerlik meningsverskil kan bestaan, maar 'n afleiding van nalatigheid kan tog gemaak word. Die punt is dat *Johnson* vandag (na *Chretien*) ten spyte van sy vrywillige dronkenskap steeds skuldig bevind sou kon word.⁷²

Die *Chretien*-saak is duidelik 'n mylpaal op dié gebied maar die laaste woord is nog nie oor dronkenskap as verweer in die strafreg gesprek nie. Die indruk word geskep dat 'n willose of ontoerekeningsvatbare dronk dader *altyd* onskuldig sal wees,⁷³ 'n opvatting wat myns insiens nie korrek is indien daarmee *alle* misdade insluitende suiwer gevolgmisdade en poging bedoel word nie. (Die indruk ontstaan miskien omdat nog nie aanvaar is dat outomatisme nooit 'n geldige verweer ten aansien van die handelingselement by suiwer gevolgmisdade kan wees nie). Al aanvaar mens dat die *Chretien*-saak in alle opsigte korrek is, is die algemene aanvaarding dat die *Johnson*-saak omvergewerp is, nie korrek nie. Die redes is:

a Die feite van die twee sake verskil. *Chretien* was toerekeningsvatbaar ten spyte van sy dronkenskap, terwyl *Johnson* ontoerekeningsvatbaar dronk bevind is.

b Dit wat in die *Chretien*-saak ten opsigte van die effek van dronkenskap op die wil en toerekeningsvatbaarheid gesê is, is slegs *obiter dicta* aangesien die beskuldigde nie willoos dronk of ontoerekeningsvatbaar dronk was nie.

Tot nog toe het die wetgewer nie ingegryp in die situasie betreffende dronkenskap nie, en dit is te hope dat so iets nie in die afsienbare toekoms sal gebeur nie. Die geskiedenis leer dat dronkenskap voorheen (net soos nou) wel 'n verweer was totdat Koning Karel by wyse van edik ingegryp het.⁷⁴ Die verwarring wat

71 welke feit klaarblyklik nie in *S v Johnson supra* oorweeg is nie terwyl dit volgens *S v Chretien supra* wel 'n bewese feit in *Johnson* se saak was dat J geweet het hy word aggressief wanneer hy drink. Dit mag dus selfs moontlik wees dat J *dolus eventualis* kon gehad het. Contra Rabie 1978 *THRHR* 61.

72 Vgl Rabie 1978 *THRHR* 62 se opmerking, asook Du Plessis 1984 *THRHR* 98.

73 1105F-G, 'n slagget waarin Kruger 1981 *SASK* 85, Thom 1963 *SALJ* 360 en r Mouton in *S v Stellmacher, supra* trap. Vgl Rabie 1978 *THRHR* 62.

74 Sien Damhouder 77 5 waar gemeld word dat die stap gedoen is ten einde behoorlike straf vir gevalle van dronkenskap te verseker. Van Leeuwen *Het Roomsche Hollandse Recht* 34 8 verhaal die proses so:

“Overstallige dronkenschap plagt iemand van een quaod opset, en van de gemeene straf te verschoonen, . . . maar werd daar op by ons geen aanschouw genoomen, en het oude spreekwoord plaatsgegeven: Dat men dronken doet, maar men nugteren boeten.”

op hierdie ingryping gevolg het en wat tot vandag toe bly voortbestaan, is sigbaar in *S v Johnson*⁷⁵ waar die verskillende gemeenregtelike en positiefregtelike standpunte aangaande vrywillige dronkenskap bespreek word.

Die geleentheid om sonder statutêre ingryping op die gebied van dronkenskap as verweer in die strafreg vorentoe te beweeg, bestaan meer as ooit sedert *Chretien* aangetoon het dat dronkenskap nie so ingewikkeld is as wat baie mense dit sou wou maak nie. Historiese ontwikkeling en regsvergelystudie mag miskien van hulp wees, maar as laaste en uiterste maatstaf vir die strafreg bly die vraag steeds of die gemeenskap voldoende beskerm word teen dronk daders en hulle manewales, 'n vraag wat hopelik na dese positief beantwoord sal word.⁷⁶

75 *supra* 209–210.

76 *Contra* Rabie 1981 *SASK* 121; Du Plessis 1984 *THRHR* 104.

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.

Inskrywing op die blad moet gerig word aan die uitgewer: Butterworth posbus 792, Durban 4000.

Old lamps for new: A re-evaluation of the principles underlying the unilateral waiver of conditions in contracts of sale

MAK Lambiris

LLB (Hons)

Senior Lecturer in Law, Rhodes University

OPSOMMING

Eensydige Afstanddoening van Voorwaardes in Koopkontrakte

Ondanks kritiek teen sommige vorige beslissings, sou dit oorhaastig wees om af te sien van die gevestigde beginsels waarvolgens bepaal word onder watter omstandighede 'n koper eensydig afstand kan doen van 'n voorwaarde in 'n kontrak wat uitsluitlik tot sy voordeel strek. Onlangse beslissings openbaar geen nuwe of beter beginsels wat toegepas word nie, maar slegs dat daar nou 'n bereidwilligheid bestaan om die geldigheid van die veronderstellings waarvolgens sake in die verlede beslis is in heroorweging te neem. Gevolglik is dit beter om die reëls duideliker te herformuleer, eerder as om daaraan te verander. Daar word aan die hand gedoen dat die volgende 'n geskikte uiteensetting van die reëls behels: waar 'n kontrak onderworpe is aan 'n voorwaarde wat, ten tyde van die kontraksluiting, bedoel is om uitsluitlik tot voordeel van een van die partye te strek, het die bevooroordeelde 'n keuse om afstand te doen van die voorwaarde; die keuse kan te enige tyd voor die vervulling van die voorwaarde uitgeoefen word, of indien die voorwaarde nie vervul word nie, binne 'n redelike tydperk na verstryking van die toegelate tydperk vir vervulling; die kontrak is dan afdwingbaar asof dit geen voorwaarde bevat nie.

With the case of *Meyer v Barnardo*¹ the time has arrived when neither a buyer nor a seller can be at all certain what the effect will be of inserting a provision into a contract whereby a sale of land is suspended on the condition that the buyer is able to raise a loan for the purchase price. Until recently, the courts appeared to have settled on a policy favouring the interests of the buyer in such cases, so that any such suspensive condition, however phrased, and regardless of the various clauses that might be added to it, was interpreted as being solely for the benefit of the buyer.² This being so, the buyer was entitled, if unable to raise the loan, either to avoid the sale, or, if he chose, to waive the condition unilaterally and elect to implement the terms of the contract. This approach

1 1984 2 SA 580 (N). See also *Mekwa Nominees v Roberts* 1985 2 SA 498 (W) which follows *Meyer's* case.

2 For example, see *Wacks v Goldman* 1965 4 SA 386 (W) and *Margo v Seegers* 1980 3 SA 708 (W).

may have seemed a little rough and ready in some respects, but it had at least the merit of certainty and predictability, and sellers could be advised to make sure that some other term or condition be included in the contract in order to protect their own position.

However, the cases have been the subject of some recent criticism that is not without substance. For example, Owens³ raised several unsatisfactory aspects of the decision in *Margo v Seegers*⁴: firstly, that it is artificial to assume that such clauses are always solely for the benefit of the purchaser; secondly, that to do so ignores the basic principles of interpretation of contracts and freedom of contract; and thirdly, that in past decisions there has been a failure to distinguish properly between different factual situations. Owens concludes that the courts must in future give effect to the intention of the parties as expressed in the terms of their contract, and not gloss over the details in an attempt to protect the buyer. The first and third of these points are really different sides of the same coin, calling for a more thorough enquiry into the terms of each particular condition. The second of the points contains a suggestion that the courts ought henceforth to adopt principles of interpretation of contracts as the basis for resolving these cases, and, in *Meyer v Barnardo*⁵, this idea seems to have been adopted, at least superficially. Whether such an approach provides a brighter guiding light than did the previously applied principles will, however, be questioned. Kerr⁶ also criticises the decision in *Margo v Seegers*, suggesting that the condition in that case was not, in fact, inserted solely for the benefit of the purchaser, and concluding that the contract was therefore at an end when the condition remained unfulfilled after the expiry of the agreed period.

If one considers the cases since *Wacks v Goldman*⁷ the fundamental principle behind the various decisions appears to have been that where, in a contract, a condition exists solely for the benefit of one party, that party is entitled to waive the condition. This was the basis for the decision in the appellate division case of *Van Jaarsveld v Coetzee*⁸. The converse, of course, is also true: that where, in a contract, a condition exists for the benefit of both parties, neither is entitled to waive the condition unilaterally. This being so, the logical first enquiry in cases where one party claims the right to waive a condition unilaterally must be whether the condition is for the sole benefit of that party or not. In any case where the condition exists for the benefit of both parties, the question of when the waiver must be made does not arise, since there is no unilateral right of waiver at all. When the condition exists for the sole benefit of one party, whether any waiver was made timeously is a proper question.

*Meyer v Barnardo*⁹ appears to mark a departure from the principles on the basis of which similar cases were previously decided. Kumleben J states¹⁰ that he has chosen to abandon a two-stage enquiry in favour of simply interpreting the suspensive condition found in the contract and giving effect to its meaning.

3 1981 *THRHR* 96.

4 1980 3 SA 708 (W).

5 1984 2 SA 580 (N).

6 1981 *SALJ* 32.

7 1965 4 SA 386 (W). This case is cited as *Wax v Goldman* in *Mekwa Nominees v Roberts* 1985 2 SA 498 (W) but this is obviously a typographical error.

8 1973 3 SA 241 (A).

9 1984 2 SA 580 (N).

10 586F.

"In reaching this conclusion I have not approached the matter on the supposition that there are two separate questions to be decided (namely whether the condition was for the sole benefit of the purchaser and, if so, whether an election on his part must take place before the time for fulfilment on the condition has passed) I have rather attempted to interpret this particular condition in its context and in the light of the facts of the case."¹¹

Thus the judge treats as the essential enquiry whether the words used by the parties in the condition constituted a true expression of their real intention:

"The essential enquiry is whether the words used by the parties to the agreement express their real intention. In the instant case, as in the case of conditions considered in other cases to which I have referred, the language of the condition could not have been more explicit and unambiguous. It must therefore be taken to reflect the intention of the parties unless from the agreement as a whole one can conclude with certainty that it does not."¹²

If this is a real attempt to introduce a new approach to these cases then one would be tempted to make the criticism that such an approach is more characteristic of the empiricism of English judges than of our traditional deductive process of applying broad principles to individual cases. But that may be to get side-tracked, and unnecessarily so. On closer examination this "new approach" begins to look very much like the old fundamental question in a new guise. In the course of his judgment Kumleben J makes this revealing statement:

"The plain meaning of the words used in an agreement must therefore prevail unless as a necessary inference it can be said that it does not reflect the true intention of the parties. In deciding whether such an inference is justified one must consider not only whether the condition was inserted for the benefit of the purchaser but also — and this is not quite the same question — whether the seller had an interest in the stipulated consequence of non-fulfilment and would or could therefore be prejudiced if it were disregarded. A seller may understandably agree to a suspensive condition of this nature in order to accommodate the purchaser, but concomitantly regard it as a matter of importance to him that there should be certainty as to the fate of the sale at the end of the time period stated in the condition: whether it is at an end or enforceable."¹³

What is this if not an investigation into the old question of whether the condition existed solely for the benefit of one of the parties or for the benefit of both? The above passage deserves careful reading, because, if it contains the old question in a new guise, then it must be recognised that there has been no real departure from the true underlying principles that govern these cases. Kumleben J not only asks the question whether the benefit existed for the benefit of both parties; he answers it thus:

"[I]t cannot be said with any degree of certainty that she [the seller] had no interest in the strict observance and implementation of the terms of the condition."¹⁴

Why reach this conclusion by a new route? Perhaps because of the difficulty created by some of the earlier decisions. In the earlier cases,¹⁵ the question whether a particular condition existed solely for the benefit of one party or both seldom received much attention. In each case the question was posed and answered, but, as in *Margo v Seegers* especially, the answer appears to have

11 586F-G.

12 584G-H.

13 585E-G.

14 586A.

15 *Wacks v Goldman supra*; *Leal v Johnston* 1978 4 SA 706 (W); *Margo v Seegers supra*; *Alessandro v Hewitt* 1981 4 SA 99 (W); *Struwig v Kjellqvist* 1981 1 SA 613 (W).

been arrived at without much consideration of the differences between the wording of various conditions and possibly, as suggested by Owens¹⁶ on the assumption that such conditions are invariably for the sole benefit of the purchaser, whatever their form. Kumleben J is himself critical of this aspect of the earlier cases. He says:

"I have cited, rather extensively, authority, for what is after all a well recognised and fundamental rule of interpretation of contracts because — and I say this with deference — due regard may not have been paid to it when conditions such as the present have been considered in the past."¹⁷

Particular examples will illustrate this point. In *Margo v Seegers*¹⁸ the condition read as follows:

"This agreement of sale shall be subject to the suspensive condition that the purchaser (or the seller or the agent on the purchaser's behalf) is able to raise a loan upon the security of a first mortgage bond to be passed over the property for the sum of not less than R60 000 at prevailing building society rates and conditions within 60 days after the date of acceptance of this offer (which time may be extended by the seller at the seller's sole option for a further period of 15 days). Should such loan not be procured as aforesaid, this sale shall be automatically cancelled and of no further force nor effect. The purchaser undertakes and agrees to take all steps and sign all documents reasonably necessary to give effect to this clause."

In *Alessandro v Hewitt*¹⁹ this was the condition:

"The agreement of sale concluded between the seller and the purchaser in the event of the acceptance hereof by the seller shall be subject to the suspensive condition that the purchaser (or the seller or the agent on the purchaser's behalf) is able to raise a loan upon the security of a first mortgage bond to be passed over the property for a sum not less than R17 000 at prevailing building society rates and conditions.

Should such loan not be procured by 15 April 1980 this sale shall be automatically cancelled and of no force nor effect. The purchaser undertakes and agrees to take all steps and signs all documents reasonably necessary and which may be presented by the agent to give effect to this clause."

In *Meyer v Barnardo*, the condition read as follows:²⁰

"This agreement is conditional upon the second purchaser obtaining a loan against the registration of a first mortgage bond over the property for the sum of R30 000 with a building society or other financial institution within a period of 21 days from date of this agreement. The second purchaser undertakes to make such application and do all things necessary to secure such loan. Should the loan not be granted within the aforesaid period then this agreement shall be null and void and of no force or effect without notice by either party to the other. In such event, the second purchaser irrevocably undertakes to ensure that whoever is in occupation of the property vacates the same by not later than 30 June 1983 and that the property is restored to the seller in a good and tenantable state of repair. The grant of a loan in principle or the grant thereof subject to any condition other than the registration of a first mortgage bond over the property in favour of the society concerned shall not constitute fulfilment of this clause."

The first two of the conditions set out above were found, by Goldstone AJ and Le Roux J respectively, to have been inserted in the contract solely for the benefit of the purchaser. Kumleben J came to a different conclusion in respect of the third condition, yet, it is submitted, it would be difficult to indicate any substantial difference between them. What is of importance, though, is to appreciate

16 *supra*.

17 585E.

18 *supra* 710H.

19 1981 4 SA 99 (W) 99F.

20 582F.

that the different conclusions do not result from the making of different judicial enquiries, or from the application of different legal principles, but simply from the dropping of the assumption that such clauses are invariably inserted in contracts for the sole benefit of the buyer, whatever their form, and instead, instituting a real enquiry into the question.²¹ This is important because it makes it easier to discern the basic legal principles which underlie the decisions. In particular, Kumleben J provides, in the course of his judgment, some very useful guide-lines on how these principles ought to be applied, which are noted below.

If it is accepted that the first question to be asked in cases of this sort ought to be whether the condition was inserted solely for the benefit of one of the parties, then what tests ought to be applied to determine this question? In view of the latest cases, it is clearly insufficient to ask whether the clause bestows a benefit mainly on one of the parties. Nor is it enough to show that one or more parts of a condition are solely for the benefit of one party since *all* the provisions and clauses must be looked at.²² So too, it is not enough to ask whether the condition was included most obviously for the advantage of one party.²³ Any proper test or inquiry must include the question whether the other contracting party also has some ancillary interest or advantage to be derived from the condition and its implementation, which was envisaged at the time of contracting by the parties, and which interest or advantage is not provided for in any other way elsewhere in the contract. In determining what the contracting parties intended, Kumleben J, in *Meyer v Barnardo* quotes Cardozo J in *Jacobs & Young v Kent*²⁴ and suggests that it would be proper to include what was reasonable or probable as being within the intention of the parties. Thus proper account may be taken of the unexpressed contemplations of the seller at the time of agreeing to such conditions. He says:

“At the time of contracting and agreeing to the inclusion of such a condition, a seller may well appreciate that during the time specified in the condition he might be in a position to negotiate and conclude a more profitable sale with another buyer which in turn could be more conditional upon non-fulfilment of the condition in the existing agreement. Or he may have in mind that he may be able to obtain an option to purchase from another prospective buyer with an expiry date just after the final day of fulfilment of the condition. Such are illustrations of the contingencies which a seller might feasibly contemplate when agreeing to such a condition.”²⁵

It is of great importance that these contemplations are shown to have existed in the mind of the seller at the time of contracting, and did not occur to him only at a later date. Nobody suggests that the seller ought to be allowed to take advantage of a condition in which he originally had no interest or benefit, in order to avoid his obligations under the contract, but at the same time, it is important that the seller who leads evidence and raises argument to prove what his contemplations were at the time of contracting should not be met with a deaf ear. Significant facts in this regard would be: At whose instance was a time limit placed on the suspensive condition? Who determined the length of the period? Was there any negotiation on this point? Did the seller have a purpose

21 This may include evidence outside the actual provisions of the condition. As Kerr says in 1981 *SALJ* 32 33: “[T]he question should not be resolved (if indeed it can be resolved at any stage) before all available evidence has been led.”

22 *Alessandro v Hewitt supra* 102E.

23 *Meyer v Barnardo supra* 585F.

24 vol 230 *New York Reports* 239 242.

25 585H.

at the time of contracting for requiring a time limit? Was any such purpose contemplated by both parties at the time of contracting, taking into account the reasonable and probable as well as the actual? Does the condition include a clause stating that the condition is solely for the benefit of the purchaser or not? Do any other provisions in the contract serve to protect the seller's interests in this regard? There will be other relevant facts, of course, not mentioned here, but those which are set out here are (and which have been extracted from the cases) can serve as a useful guide which could lead to more consistent results in future cases.

Once it has been decided that a condition is for the benefit of one party only, then, and only then, does the question whether there has been a timeous waiver arise. Before the case of *Phillips v Townsend*,²⁶ it had repeatedly been stated in a number of cases²⁷ that the purchaser's right to waive a condition imposed solely for his benefit could be exercised not only within any time limit set for the fulfilment of the condition itself, but also within a reasonable time after the expiry of such period. For example, Vieyra, J, in *Wacks v Goldman*²⁸ is particularly emphatic on this point, though without giving any reasons.

He says:

"It has been suggested that if a buyer in a position of the applicant does not intend to take advantage of the estate agent's failure to raise the bond within the time stipulated he should inform the seller of that attitude prior to the expiration of that time. This is an untenable proposition and carries its own refutation. At the most it could be argued that intimation should be made within a reasonable time of the end of the time limit . . ."²⁹

In *Phillips and Townsend* however, Schock J appears to have decided otherwise. In his judgment the judge says:

"Subject to what follows I am prepared to assume for the purposes of this judgment that the condition in question was exclusively for the benefit of the plaintiff."³⁰

Further on³¹ he concludes:

"In the instant case it is clear that there is no question of plaintiff having waived the provisions of this condition prior to the expiration as I have said before. In no way did plaintiff indicate during the 10-day period that he would abide by the contract, notwithstanding that he did not get the facility he needed from the building society.

Mr McClarty, who appeared for plaintiff, referred me to a number of Transvaal cases, the latest being *Margo v Seegers* 1980 3 SA 708 (W) where other Transvaal cases are cited. Insofar as these cases come to the conclusion that a waiver can in such circumstances as the *present* take place after the lapse of the time limitation period, I must express my respectful disagreement with the judgments."³²

Once again it is worth analysing the exact reasoning behind this decision, because it may be misleading, especially if one juxtaposes the two passages as I have done. From these two passages it may well appear that the judge is saying that, even when a condition is solely for the benefit of one of the parties, that party must exercise his right to waive the condition within the period laid down for

26 1983 3 SA 403 (C).

27 *Wacks v Goldman supra*; *Leal v Johnston supra*; *Margo v Seegers*; *Struwig v Kjellqvist supra*; *Allesandro v Hewitt supra*.

28 *supra*.

29 389C.

30 408E.

31 409 B-D.

32 italics added.

its fulfilment. This appears to be the interpretation that Sharrock³³ gives to the case, and which he urges as being the correct approach. But is this really the correct construction of the reasoning in the judgment? On the basis of *plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur* it will once again be suggested that it is necessary to dig a little deeper to discern the real basis of the decision. Schock J, having stated his initial assumption that the condition was solely for the benefit of the purchaser, immediately goes on to analyse the terms of the condition and the exact circumstances surrounding its inclusion into the contract. In particular, he finds that the time limit of ten days was inserted into the condition at the instance of the seller. He also finds that the seller had a purpose in requiring a time limitation — to ensure certainty as to whether she has a buyer or not at an early date — and finally, he finds, that both of the parties knew of this purpose, presumably at the time of contracting. All of these facts add up to a finding that is, in reality, quite inconsistent with the initial assumption made. It is further submitted that it is clear that it is *these facts* which constitute the circumstances referred to in the passage italicised above, and so the final conclusion is based, not on the initial assumption but on the contrary findings. In other words, the condition, including the provisions relating to the time limit, was clearly found to exist for the benefit of both the parties to the contract. This being so (“in these circumstances”) there was of course never any right for the purchaser to waive the condition unilaterally, neither before the expiry of the ten-day period nor after it. The statement of the initial assumption made however, obscures this point, and the case may easily be understood as being a departure from previous decisions. If it is so understood, it raises the question not only whether the previous cases were properly decided, but also whether the appropriate principles were applied in those cases. Sharrock³⁴ suggests, if I do not misunderstand him, that *Phillips v Townsend* lays down a new and better rule, which should henceforth be adopted. However, it is worthwhile taking careful stock before going ahead in new directions. Even if the old rules are not entirely satisfactory, there exists more than one alternative. In *Meyer v Barnardo* for example, Kumleben J treats the right to waive a condition as something that is dependent on the intention of the parties in each case:

33 1984 SALJ 227. But see 1985 SALJ 60 66. In this article, published after the present article was submitted for publication, *Phillips's* case is criticised as fallacious and disposed of as being English. Nevertheless, the *Phillips* case receives unqualified support from Coetzee J in *Mekwa Nominees v Roberts* 1985 2 SA 498 (W) 501D. Coetzee J finds that Vieyra J was “clearly wrong”, in the passage (389C) cited above. He dismisses the acceptance of Vieyra J’s *dicta* in other cases as slavish, and avoids the persuasive force of the *dicta* in *Laskey v Steadmet* (1976 3 SA 696 (T)), which support Vieyra J, as *obiter* and therefore not binding. But having criticised Vieyra J for not giving reasons for his conclusions, Coetzee J is, not forthcoming with any detailed justification for departing from them. He merely says that “it necessarily follows from the stipulation of the time limit for obtaining the bond that that is also the time limit for the exercise of the purchaser’s right of waiver of the condition and communication of his decision.” Otherwise, he asks rhetorically, what is the point of the time limit? In failing to answer this question, he overlooks the obvious: that the benefit of being allowed time to find financial assistance is a benefit which the seller may be willing to allow the buyer, but not on a completely open-ended basis. Even if the condition exists for the exclusive benefit of the buyer, this does not mean that it must necessarily also be unlimited as to time. An exclusive benefit can exist within limits: what makes it exclusive is that it exists solely to protect the interests of the buyer.

34 *op cit* 229.

“One should also point out that, had the parties intended that second respondent should have the right to ‘waive the condition’ after its non-fulfilment, words to that effect could quite easily have been chosen and inserted in their agreement. The fact that in the result the loan was only one day late, that provision is made for her to call for a guarantee to secure payment, and that she had in the result not suffered any prejudice is irrelevant if one bears in mind, as in my view one must, that it is the intention of the parties *at the time of contracting* which is the determining factor.”³⁵

It is submitted, with respect, that this is not a correct interpretation of the law. The right to waive a condition does not arise only because the parties have expressly or impliedly agreed that one of them should have such a right. It is a right that exists in terms of the rules of law simply because a particular condition exists solely for the benefit of one of the parties only, and in those circumstances our law allows a waiver. Having proved that the condition existed only for the benefit of the purchaser, there is no need to introduce a further *onus* by requiring him also to prove that he had an expressly or impliedly agreed right to waive that benefit, because, *ipso facto*, one may conclude in law that he already has that right.

Perhaps the more troublesome question is that of *when* the waiver must be made. Sharrock argues that this right is properly restricted, in cases where a condition contains a time limit for fulfilment, to waiver made before the expiry of that time. The effect of the non-fulfilment of a suspensive condition is to make the contract void, whether this is stated in the condition or not.³⁶ If a time limit is set, the contract will be rendered void at the expiry of that time. If no time limit is set, a reasonable time will be allowed for fulfilment, following which the contract becomes void.³⁷

What reasoning can then justify any rule that allows a purchaser to waive a condition *after* the condition has failed and the contract is void? Is this not an exercise in resurrecting the dead?

Strictly speaking, perhaps it is, but it may depend on just how subtly one phrases the rule. One can say with certainty that where a condition, inserted for the benefit of both parties fails, the contract is void. Is it going too far also to say that where the condition is inserted solely for the benefit of one party, and the condition fails, then, *unless that party waives the condition within a reasonable time thereafter* the contract is at an end — in other words, make an exception

35 586B-C.

36 This is what is meant by Pothier *Obligations* par 209 (Evans's translation) when he says: “When the condition includes a specified time, within which it is to be accomplished; as if I am obliged to give you a certain sum if a particular ship shall arrive in the course of this year; the thing must happen within the specified time, and when that is expired, without its happening, the condition fails and the obligation contracted upon such condition is entirely at an end.”

37 *Design and Planning Service v Kruger* 1974 1 SA 689 (T) 697G. A rather different approach is taken by Rivalland in 1985 *SALJ* 60 68. He suggests that the effect on a contract of non-fulfilment of a suspensive condition depends on what the parties expressly or impliedly agreed should happen, rather than on any rules implied into the contract by law in the absence of such agreement (residual terms). It is perhaps not necessary to go this far, since any residual terms are easily enough supplanted by terms agreed between the parties, if there is any evidence of these.

to the normal rule because of the special circumstances of the condition's being for the sole benefit of one party.³⁸

If the courts are more discerning in future in determining exactly when conditions are genuinely for the benefit of one party only, then this "exceptional" rule will be of narrower application than may have appeared likely from past cases. The significant facts in this regard as listed above are a reliable means of deciding whether a condition was inserted in the contract in order to protect the seller's as well as the buyer's interests. The position of the seller may also be adequately protected by the courts' determining strictly what constitutes a "reasonable time" after expiry of the time for fulfilment of the condition. There are several possibilities, but the best test for this, it is thought, is that which asks whether such time has elapsed that the seller may reasonably infer that the contract is at an end.³⁹

Even if the mechanics of such a rule or exception are workable, what justification in principle can be found for it? It is suggested that, in cases where the condition is genuinely solely for the benefit of the purchaser, our law allows the purchaser to waive that benefit at any time so long as the seller has not already reasonably inferred the contract to be at an end (this being an inference drawn from the fact that the condition was for the purchaser's sole benefit). A buyer who applies for a loan and continues to hope until the last minute for its approval, and who, the day after the expiry of the period allowed, decides to waive the condition and implement the terms of the contract, will feel aggrieved to learn that the contract no longer exists. The buyer may complain that he always intended to enforce the contract if he was in a position to perform his own obligations, and to deprive him of the contract because a condition solely for his own benefit remains unfulfilled is inappropriate. Similarly, a seller who included the condition solely for the benefit of the purchaser, never intending to rely on it himself, cannot claim that a waiver leaves him with an unexpected result.

The idea of treating the effect of an unfulfilled suspensive condition that existed solely for the benefit of one party as an exceptional case is not new. In *Associated Manganese Mines of SA Ltd v Claasens*⁴⁰ the contract contained a clause (clause 7) which provided that if certain moneys were not paid within thirty days of the due date the agreement would *ipso facto* expire and be of no further force or effect. In spite of the literal meaning of this provision, the appellate division held that, because the clause was inserted for the sole benefit of one of the

38 This rule is given by MacKeurtan *Sale of Goods in South Africa* 5 ed 38 as applying in the case of resolutive conditions. But nothing is said about the more usual case of suspensive conditions. One wonders whether the form of the condition ought to affect the result or not. MacKeurtan bases his rule on the case of *Laskey v Steadmet supra*, in which Hiemstra J said at 699F: "Die juridiese slotsom wat ons hier bereik, kan soos volg gestel word: Wanneer 'n koopkontrak 'n bepaling bevat dat die kontrak nietig sal wees as 'n sekere voorwaarde nie vervul word nie, sal dit nietig wees by wanvervulling, onderworpe aan die volgende: As die betrokke voorwaarde tot voordeel uitsluitend van een party is, kan dié party by wanvervulling kies of hy die kontrak in stand sal hou of sal terugtree. Indien hy dit in stand wil hou moet hy die ander party binne 'n redelike tyd in kennis stel van sy besluit. Indien hy dit nie in stand wil hou nie, hoef hy geen kennis te gee nie en sal blote stilsweye geen aanduiding wees dat hy die kontrak in stand wil hou nie."

39 *Alessandro v Hewitt supra* 103B. The actual period of time may vary from case to case quite considerably, but that does not matter if the circumstances are such that the seller may not reasonably infer that the contract is no longer in existence.

40 1954 3 SA 768 (A).

parties, the provision should be construed as giving that person an election to cancel the contract or continue with it, even after the non-fulfilment of the condition. Centlivres CJ said:⁴⁷

"It seems to me that the principle laid down in *Davenport's case*⁴⁸ is applicable. It is obvious that clause 7 of the contract was inserted for the benefit of the person entitled to receive the so-called option moneys or royalties (as the case may be.) That person may elect whether to cancel the contract on account of its breach or to insist on it remaining in operation. In spite, therefore, of the 'clear and strong' language of clause 7 it cannot be said that merely because that clause has been breached the contract is no longer in existence."⁴⁹

This decision, apart from being authoritative, gives an appropriate result. It provides the necessary general principle to be applied in cases of this sort and it is therefore not necessary or desirable to have recourse to authorities such as *Halsbury's Laws of England*⁵⁰ in an attempt to introduce a rule that, even where a party has a right to waive a condition that benefits him exclusively, he must do so within the period allowed for the fulfilment of that condition.⁵¹

There remains perhaps one further consideration which ought to be discussed, and that is, what alternatives exist to suspensive conditions as a means of providing an escape clause for the buyer, while giving sufficient certainty to the seller? The answer must be that there are plenty of possible answers. A seller may, by the simple inclusion of a further term in the contract, reserve the right to cancel the contract or treat it as cancelled if, within a specified period, the condition remains unfulfilled and no waiver of it is communicated to him. Such solutions may require those who draft such contracts to employ a little ingenuity, and perhaps to try and understand more fully the implications of the clauses that they adopt in each contract. But that is the expertise that they are paid for, and it is not unreasonable to call for something more from them than a slavish adherence to past forms.

The conclusions are therefore clear. In spite of the substance behind some of the criticisms of earlier decisions, we would be ill-advised to abandon the basic rules which determine how cases of this sort ought to be resolved. There is no need yet demonstrated for better rules, only a need for the rules to be better implemented, with more consistency and a proper regard for the interests of

47 773F-H.

48 *Davenport v The Queen* 3 AC 115. This is a Privy Council decision on an appeal from the supreme court of Queensland. The case concerned the right of a lessee to take advantage of his own failure to fulfil a condition to insist the lease was void. The judicial committee of the Privy Council said at 128-129: "In a long series of decisions the courts have construed clauses of forfeiture in leases declaring in terms, however clear and strong, that they shall void on breach of conditions by the lessees, to mean that they are voidable only at the option of the lessors. The same rule of construction has been applied to other contracts where a party to a condition has sought to take advantage of his own breach of it to annul the contract . . ." The fact that the condition in this case, and in the case of *Associated Manganese Mines of SA Ltd v Claasens* was potestative rather than causal does not make any difference: the reason for treating the contract as voidable rather than void at the option of the one party is that the condition exists for the sole benefit of that party.

49 This is similar to the right of a seller to elect whether or not to rescind a contract of sale in terms of a *lex commissoria*. See Moyle *Contract of Sale in the Civil Law* 171-173.

50 4th ed vol 19 par 484, quoted in *Phillips v Townsend* and *Meyer v Barnardo* (*supra*).

51 The rule given by Pothier *Obligations* par 209 quoted *supra* does not expressly lay down a similar rule to that given in *Halsbury*, and, it is submitted, allows for the exceptional case to be decided differently.

both the contracting parties. In summary, the rule would appear to be: *Where, in a contract for the sale of property, the contract is subject to a condition that is, at the time of contracting, intended to be exclusively for the benefit of one of the parties only, the party who has the benefit of the condition may elect to waive the condition either at any time before non-fulfilment of the condition, or within a reasonable period after non-fulfilment and to enforce the contract as though it were unconditional.* Such a statement, if submitted, is in accordance with our authorities, and need not result in any insurmountable difficulties or uncertainty. On the contrary, it ought to provide the best opportunity for predicting the outcome of future cases, while preserving consistency of principle in this area of the law of sale. It would not be advisable to throw out the old lamp for a new, perhaps shinier one, without first giving the old one a thorough polish.

Dicta may be valuable and may require consideration. But however eminent the judge who utters them, they are not authorities or precedents and may in fact constitute a trap for the unwary. In recent times this is becoming more and more recognized. It may be that the true moral is that judgments should be shorter. (per Lord Wright in "Precedents" 4 University of Toronto Law Journal 257.)

Dekriminalisasie van bloedskunde

JMT Labuschagne

MA DPhil LLD

Professor in Inheemse Reg, Universiteit van Pretoria

SUMMARY

Decriminalisation of Incest

In this article the need for the existence of the crime of incest is investigated. The development of the crime of incest is historically expounded and the position in certain other legal systems is referred to. Thereafter the elements of the crime of incest, as it nowadays exists in South Africa, are detailed and critically analysed. It is finally contended that the crime of incest as such should be abolished. A new crime, namely abuse of a position of authority for sexual purposes, should be created to counteract, for example, sexual relations of a parent with his or her minor child. Sexual relations between consenting adults should be removed from the realm of the criminal law.

1 INLEIDING

In dié artikel word die bestaansreg van die misdaad bloedskunde onder die loep geneem. Voordat 'n mening egter daarvoor uitgespreek kan word, is dit nodig om 'n deeglike studie van dié misdaad te onderneem. In dié verband word die misdaad bloedskunde histories, regsvergeelykend en positiesfregtelik betrag.

2 HISTORIES

2 1 Romeinse Reg

Rein¹ wys daarop dat die Romeine onderskei het tussen *incestus* as bloedskunde en *incestus* in religieuse verband. Hy omskryf eersgenoemde as "Geschlechts-umgang (ehelich oder ausserehelich) zwischen verwandten Personen, welche wegen ihrer nahen Verwandtschaft keine Ehe schliessen dürfen."² *Incestus* in religieuse verband bestaan in die "Unkeuschheit erfolgte Entweihung der Gottesverehrung" en kan twee vorme aanneem: enersyds, die ontering van 'n maagd van wie die hoogste reinheid verwag word en, andersyds, die onkuise ontering van 'n heiligdom.³

In die Romeinse reg is verder onderskei tussen *incestus iuris gentium* en *incestus iuris civilis*. Volgens Rein is eersgenoemde verbied omdat dit teen die

1 *Das Kriminalrecht der Römer* (1844) 870 876. Vgl ook Mommsen *Römisches Strafrecht* (1899) 682.

2 870. Uit N 12 1 blyk dat bloedskunde as teen die orde van die natuur beskou is.

3 876.

natuurlike sedelikeitsgevoel indruis en laasgenoemde is bloot deur die *ius civilium* verbied.⁴ Onder *incestus iuris gentium* het geresorteer geslagsomgang tussen ouers en kinders, stiefouers en stiefkinders, skoonouers en skoonkinders en broers en susters. As *incestus iuris civilis* is geslagsomgang tussen aanneemouers en aangenome kind bestraf.⁵ Daar bestaan egter twyfel of geslagsomgang tussen oom en niggie en tante en neef as *incestus iuris gentium* of as *incestus iuris civilis* gestraf is.⁶

2 1 1 *Verbode Grade van Verwantskap*

Soos hierbo uit Rein se omskrywing blyk, het *incestus* of bloedskanie in die Romeinse reg bestaan in geslagsomgang tussen persone wat as gevolg van verwantskap nie met mekaar mag trou nie.⁷ Die vraag wat eerstens beantwoord moet word, is: binne welke grade van verwantskap was huwelike verbode? Die volgende reëls het in dié verband bestaan:

Afskandente en afskandente kon nie met mekaar trou nie.⁸ Hierdie reël geld nie slegs in geval van *cognatio* (bloedverwantskap) nie maar ook waar die verhouding deur *agnatio* tot stand gekom het. Daarvolgens kon 'n *pater* dus nie met sy geadopteerde dogter trou nie.⁹

Collatorales kon in sekere omstandighede nie met mekaar trou nie. Van Warmelo¹⁰ is van mening dat dit as "ongeveer 'n algemene reël" aanvaar kan word dat waar die persone in die sylinie ten minste vier¹¹ grade van mekaar verwyder is en elkeen ten minste twee grade van die gemeenskaplike voorouer verwyder is, die huwelik kon plaasvind. Hiervolgens kon 'n broer en suster nie met mekaar trou nie,¹² ook nie 'n oom en niggie of 'n verdere afstammeling nie en ook nie 'n tante en neef of 'n verdere afstammeling nie.¹³ Neef en niggie kon wel trou.¹⁴ Die verbodsbepalings geld ook waar die verhouding deur *agnatio* tot stand kom. Daarvolgens kon 'n man byvoorbeeld nie met sy geadopteerde suster of tante trou nie. Indien die *agnatio* opgehef is, kon so 'n huwelik egter wel plaasvind.¹⁵

4 870. Vgl ook *D* 23 2 39 1. Op 872 wys Rein daarop dat *incestus iuris civilis* van 'n latere oorsprong is.

5 Vgl Voet 48 5 19. Vgl ook Joubert "Aspekte van die Aanneming van Kinders" 1983 *De Jure* 129 130.

6 Rein 870.

7 Vgl ook Van Warmelo 'n *Inleiding tot die Studie van die Romeinse Reg* (1971) 70; Van Zyl *Geskiedenis en Beginsels van die Romeinse Privaatreg* (1977) 94; Mommsen 684 687. 'n Huwelik aangegaan tussen persone wat nie, as gevolg van die feit dat hulle te na aan mekaar verwant is, met mekaar mag trou nie, is nietig.

8 *I* 1 10 1. Vgl ook Van Warmelo 69; Van Zyl 94; Mommsen 685; Kaser *Roman Private Law* (vertaal deur Dannenbring (1968)) 243; Burdick *The Law of Crime* bd 3 (1946) 238.

9 In *D* 48 5 7 word bepaal dat 'n huwelik aangegaan tussen 'n man en sy vroulike pleegkind (*pupilla*) in stryd met 'n *senatusconsultum*, nietig is. Vgl ook *D* 23 2 36; *C* 5 6.

10 69. Vgl ook Van Zyl 94.

11 In die vroeëre Romeinse Reg was dit ses grade — vgl Kaser 242; Mommsen 683.

12 *I* 1 10 2; *C* 5 5 9. In *D* 48 5 11 1 word gesê dat 'n soldaat wat in 'n konkubinaat met sy suster se dogter leef vir oorspel gestraf word.

13 *I* 1 10 3 5; *C* 5 5 9.

14 *I* 1 10 4. 'n Persoon mag nie met die kleindogter van sy suster trou nie, omdat hy in 'n verhouding van 'n ouer tot haar staan — *D* 23 2 39.

15 *I* 1 10 2 5; Van Warmelo 69.

Dieselfde reëls geld in hooftrekke waar die verwantskap los staan van *cognatio* en *agnatio*, maar deur die huwelik in die lewe geroep is. In so 'n geval word van *adfinitas* gepraat.¹⁶ 'n Man kon hiervolgens nie met sy voormalige skoon-dogter of stiefdogter of stiefmoeder trou nie.¹⁷ 'n Seun van 'n man by een vrou en 'n dogter van 'n ander vrou van dieselfde man, maar wat 'n kind van 'n ander man is, kon wel met mekaar trou.¹⁸ 'n Man kon egter nie trou met sy geskeie vrou se dogter wat 'n kind van 'n ander man is nie.¹⁹

Incestus was 'n *opsetsmisdaad*.²⁰ Indien 'n persoon nie daarvan bewus is dat die ander party binne die verbode grade aan hom of haar verwant is nie, word *incestus* nie gepleeg nie.²¹

'n Persoon onder die ouderdom van *puberteit* kon nie aan *incestus* skuldig bevind word nie.²² Die puberteitsouderdom was twaalf jaar vir meisies en veertien jaar vir seuns.²³

Incestus was aanvanklik met die dood strafbaar.²⁴ In *D* 48 18 5²⁵ word daarop gewys dat indien 'n persoon geslagtelik verkeer met 'n weduwee of 'n getroude vrou met wie hy as gevolg van verwantskap nie 'n huwelik kon sluit nie, hy na 'n eiland verban is omdat hy twee misdade pleeg: eerstens is hy skuldig aan *incestus* omdat hy teen die goddelike reg 'n vrou onteer het aan wie hy verwant is en, tweedens pleeg hy ook *adulterium* of *stuprum*.²⁶ In *D* 48 5 7 1 word daarop gewys dat 'n klag van *incestus* terselfdertyd teen beide die betrokke persone gebring kon word. Indien geslagsomgang volgens die *ius gentium* verbode is, moet die vrou dieselfde as die man gestraf word.²⁷ Indien *incestus* binne 'n onwettige huwelik gepleeg word, is die straf ligter.²⁸ Benewens die straf wat vir *incestus* opgelê is, het daaruit ook privaatregtelike nadele vir beide die *incestus*-plegers en die kinders wat as gevolg daarvan gebore is, voortgespruit.²⁹

Maes wys daarop dat geslagsomgang tussen naby-verwante ook by die meeste Germaanse volkere strafbaar was.³⁰

2 2 Die Romeins-Europese Reg

Die meerderheid van ons gemenereskrywers omskryf bloedskande as geslagsomgang tussen persone wat as gevolg van bloed- of aanverwantskap nie met

16 Vgl Van Warmelo 70; Mommsen 686; Van Zyl 94.

17 *I* 1 10 6, 1 10 7. 'n Man mag nie trou met sy skoonsuster nie — *C* 5 5 9; ook nie met die vrou van sy oorlede broer nie — *C* 5 5 5,8.

18 *I* 1 10 8; Van Warmelo 70.

19 *I* 1 10 9.

20 Rein 870. Indien 'n persoon uit 'n bloedskenidige huwelik terugtree, word hy strafregtelik verskoon — *D* 48 5 38 4, 48 5 38 5, 48 5 38 7.

21 Vgl *D* 48 5 38 1; *D* 48 5 38 4, 48 5 38 7; *D* 22 6 9; *C* 5 5 4; *N* 12 1; Mommsen 687.

22 Vgl *D* 48 5 38 4, 48 5 38 7; *C* 5 5 4; Rein 873.

23 Van Warmelo 68. Vgl ook my artikel "Strafregtelike Aanspreeklikheid van Kinders" 1978 *TSAR* 250.

24 Mommsen 688.

25 Vgl ook Rein 873.

26 Vgl ook *D* 48 5 39 7.

27 *D* 48 5 38 2. Volgens Voet 48 5 19 is die vrou slegs gestraf in geval van *incestus iuris gentium*. Vgl ook *D* 12 7 5 *pr*. In *D* 48 5 38 word daarop gewys dat indien *adulterium* en *incestus* saamval, die vrou ook gestraf word.

28 *D* 48 5 38 3; Rein 873.

29 Vgl *C* 5 5 6; *N* 12 1-12 4; Rein 874. *Incestus* wat gelyktydig met *adulterium* gepleeg word, verjaar nie na 5 jaar nie. Dit blyk hieruit dat *incestus* andersins na 5 jaar verjaar het.

30 *Vijf Eeuwen Stedelijk Strafrecht* (1947) 235.

mekaar mag trou nie.³¹ Bloedskande kon gepleeg word onder die voorwendsel van 'n huwelik of dit kon daarbuite geskied.³² Dit kon ook in 'n konkubinaat gepleeg word en dit kon saamval met owerspel, seduksie en *fornicatio*.³³

Ons gemenegeskrywers onderskei ook, soos in die Romeinse reg, tussen bloedskande wat uit die *ius gentium* en dié wat uit die *ius civile* ontspring. Onder eersgenoemde het bloedskande tussen adskendente en deskendente en bloedskande tussen diegene wat as gevolg van aanverwantskap soos ouers en kinders teenoor mekaar staan, geressorteer, byvoorbeeld skoonouers teenoor skoonkinderen en stiefouers teenoor stiefkinderen.³⁴ Bloedskande volgens die *ius civile* het plaasgevind tussen 'n vader en sy aangenome dogter, selfs al bestaan die adoptieverhouding nie meer nie, en ook tussen 'n broer en 'n aangenome suster, solank die vaderlike gesag oor die aangenome dogter en seun nog bestaan.³⁵ Daarbenewens is ook nog bloedskande wat volgens die Kanonieke reg gepleeg word, onderskei.³⁶

Die *straf* wat vir bloedskande opgelê is, het van die graad en aard van die verwantskap afgehang. Bloedskande tussen ouers en kinders was met die dood strafbaar.³⁷ Persone wat in die sylinie of deur 'n huwelik aan mekaar verwant is, is met lyfstraf of verbanning gestraf.³⁸ Bloedskande kon ook met 'n prostituut gepleeg word.³⁹

- 31 Vgl byvoorbeeld Clarus *Opera Omnia* tit *Incestus* 2 6; Donellus *De Jure Civili* 1 22 2; Zoesius *Commentarius ad Digestorum seu Pandectorum Juris Civilis Libros* 48 5 64; Brouwer *De Jure Connubiorum* (Van Warmelo en Bosman se verwerking en vertaling) 2 17 17; Voet 48 5 19; Matthaeus *De Criminibus* 48 3 6 2; Kersteman *Hollandsch Rechtsgeleerd Woorden-Boek* sv "Bloedschande;" Carpzovius *Verhandeling der Lyfstraffelyke Misdaaden* (vertaling deur Van Hogendorp) hfst 65 1; Damhouder *Practijke in Criminele Zaken* hfst 87; Lauterbach *Thesaurus Juris Civilis* 48 5 56; Moorman *Verhandeling over de Misdaaden* 2 15 2; Richer *Universa Civilis et Criminalis Jurisprudencia* 1 3 par 430; Van der Keessel *Praelectiones ad Ius Criminale* (Beinart en Van Warmelo se verwerking en vertaling) 48 5 26. Vgl ook Anders en Ellson *The Criminal Law of South Africa* (1915) 146; Pittman *Criminal Law in South Africa* (1940) 120; Gardiner en Landsdown *South African Criminal Law and Procedure* bd 2 (1957) 1216.
- 32 Van der Linden *Rechtsgeleerd, Practicaal en Koopmans Handboek* 2 7 8 beskryf bloedskande as die aangaan van 'n huwelik of die hê van geslagsomgang deur persone wat as gevolg van verwantskap nie met mekaar mag trou nie. Dit skep die indruk dat die blote aangaan van 'n huwelik reeds bloedskande daarstel. Van Leeuwen *Het Roomsche Hollandsche Recht* 4 27 9 se omskrywing is egter verteenwoordigend van die algemene benadering: "Bloed-schande is een vermenging van twee personen, die met den anderen om te na bloed of Swagerschap niet souden mogen in huwlyk treden het zy dat dese vermenging geschied in huwlyk, of daar buyten." Vgl ook Voet 48 5 19.
- 33 Vgl Voet 48 5 19. Bloedskande gepleeg binne die raamwerk van 'n huwelik word ligter gestraf — vgl Tuldenus *Commentarius ad Codicem* 5 5 1–5 5 2; Perezius *Praelectiones in duodecim Libros Codicis* 5 5 16.
- 34 Vgl Voet 48 5 19; Tuldenus 5 5 3–5 5 4; Perezius 5 5 10; Berger *Oeconomia Iuris* 3 11 7; Van der Keessel 45 5 27; Püttmann *Elementa Iuris Criminalis* par 641.
- 35 Vgl Voet 48 5 19; Matthaeus 48 3 6 3–48 3 6 4; Van Leeuwen *RHR* 4 27 9.
- 36 Vgl Tuldenus 5 5 5; Clarus tit *Incestus* 10.
- 37 Vgl Clarus tit *Incestus* 5; Carpzovius hfst 65; Van der Linden 2 7 8. Poging is nie met die dood gestraf nie — Matthaeus 48 3 6 9.
- 38 Vgl Voet 48 5 20; Carpzovius hfst 66; Zoesius 48 5 64; Van der Linden 2 7 8; Loenius *Decisien en Observatien cas* 16; Huber *Hedendaegse Rechts-Geleertheit* 6 12 12; Van Zurck *Codex Batavus* tit "Bloedschande;" Moorman 2 15 5–2 15 6.
- 39 Vgl Clarus tit *Incestus* 12.

Die *handeling* is voltooi deur blote penetrasie en saadstorting is nie as 'n vereiste gestel nie.⁴⁰

Indien 'n persoon nie bewus daarvan was dat hy en die ander persoon binne die verbode grade aan mekaar verwant is nie, is hy nie strafregtelik aanspreeklik gehou nie.⁴¹ Püttmann wys daarop dat bloedskande *dolo malo* gepleeg word.⁴²

2 2 1 *Verbode Grade van Verwantskap*

Die volgende vraag wat 'n ondersoek verdien, is: wie kon as gevolg van die feit dat hulle te naby verwant is, nie met mekaar 'n huwelik sluit nie?⁴³ Hieronder kan die volgende reëls onderskei word:

Huwelike tussen adskendente en deskendente is *ad infinitum* verbode.⁴⁴

In die sylinie is huwelike tussen persone wat minder as vier grade aan mekaar verwant is, verbode.⁴⁵ Hiervolgens kon broers en susters,⁴⁶ ooms en niggies en tantes en neefs⁴⁷ nie met mekaar trou nie.

Ook in die geval van (aangetroude⁴⁸) aanverwantskap ("aangehuwde maagschap") strek die huweliksverbod tot die derde graad uit.⁴⁹ Kragtens artikel 9 van die Politieke Ordonnansie kon 'n man nie met sy stiefdogter of dié se afstammeling of 'n vrou met haar stiefseun of dié se afstammeling trou nie.⁵⁰ 'n Man kon nie met sy oorlede broer se weduwee of 'n vrou met die man van

40 Vgl Boehmer *Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam* 119 6; Boehmer *Observatio V* op Carpzovius *Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium qu* 75; Van der Keessel 48 5 20; Labuschagne *Die Suid-Afrikaanse Verkrachtingsreg: 'n Strafrever-gelykende Ondersoek* (LLD-proefskrif 1972) 42-44.

41 Vgl Clarus tit *Incestus* 1; Zoesius 48 5 64-48 5 69; Menochius *Consiliorum* 5 Cons 406 par 75-76; Matthaeus 58 3 6 5; Moorman 2 15 11. Gomezius *Variae Resolutiones* Ad 80 15 vereis dat die geslagsomgang *scienter* moes geskied.

42 par 640.

43 Vgl in die algemeen Carpzovius hfst 66-67; Van der Linden 1 3 6; De Groot *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* 2 5 6; Maes 235; Wessels *History of The Roman-Dutch Law* (1908) 444-447; Hefer "'n Aantekening oor Enkele Aspekte van die Verbod op Huwelike tussen Persone wat binne bepaalde Grade aan mekaar verwant is" 1958 *THRHR* 22-24. Vgl ten aansien van die berekening van verwantskap Van Leeuwen *Censura Forensis* (met vertaling deur Schreiner) 1 5 1-1 5 14; Voet 23 2 29-23 2 39; Perezus 5 5 4.

44 Vgl a 5 van die Politieke Ordonnansie van 1580 (*Groot Placaet-Boek* deel 1 329); Clarus tit *Incestus* 4; De Groot 2 5 6; Van Leeuwen *RHR* 1 14 12. Volgens Van Leeuwen *RHR* 1 14 13 kon 'n voog met sy pleegkind trou.

45 Vgl Van Leeuwen *RHR* 1 14 12; Van der Linden 1 3 6. Vgl ook Roberts "Browsing Among the Old Vellums" 1959 *SALJ* 329.

46 a 6 van die Pol Ord (dit geld ook vir halfbroers en susters).

47 a 7.

48 Aanvanklik kon aanverwantskap ook deur blote geslagsomgang ontstaan — vgl Voet 23 2 35; Van der Vyver en Joubert *Persone- en Familiereg* (1980) 438.

49 Vgl Van Leeuwen *RHR* 1 14 13; Van der Linden 1 3 6; A 8 van die Pol Ord. Die berekening van die grade van aanverwantskap geskied bloot deur die vrou in man se plek te stel en andersom.

50 Brouwer 2 15 2 wys daarop dat volgens sowel die natuureg as kanonieke reg asook volgens die Hollandse reg 'n huwelik tussen 'n stiefvader en stiefdogter en skoonvader en skoon-dogter verbode is.

haar oorlede suster trou nie.⁵¹ Brouwer⁵² wys daarop dat stiefkinders met mekaar kon trou; twee susters kon met twee broers trou; twee broers kon met 'n moeder en 'n dogter trou; 'n man kon met sy voormalige vrou se broer se weduwee trou. In sodanige gevalle bestaan daar nóg bloedverwantskap nóg aanverwantskap. In sekere gevalle kon persone wat binne die verbode grade aan mekaar verwant is wel met toestemming van die owerheid 'n huwelik aangaan. Hieroor sê Van der Linden die volgende:⁵³

“Schoon 'er, gedurende de regeering der voormalige Staaten, voorbeelden zijn van toegestaane huwelijken, bij wege van dispensatie, tusschen persoonen, welken de wet onder die verbodene stelde, waren egter die voorbeelden zeldzaam, en men week niet ligtelijk van den regel der wet af. Doch na het jaar 1795 zijn de dispensatiën veel meenigvuldiger, zelfs in die graaden, in welken men 'er te voren niet aan gedacht zoude hebben. Of het niet beter ware, op dit stuk eene bepaalde Landwet te hebben, en dezelve stipt te volgen, dan wel hieromtrent in eene wankelbaare onzekerheid en ongelijkheid te verkeeren, laaten wij liefst aan anderen ter beoordeeling over.”

'n Huwelike aangegaan tussen persone wat as gevolg van verwantskap nie met mekaar kon trou nie, was nietig.⁵⁴

3 REGSVERGELYKEND

3 1 Die Verenigde State van Amerika en Kanada

Bailey en Rothblatt⁵⁵ wys daarop dat die presiese inhoud van die misdaad bloedskande van staat tot staat verskil,⁵⁶ maar “incest is generally defined as sexual intercourse, either continual or in a single instance, between persons whose blood ties are too close to permit their lawful marriage.” Bassiouni,⁵⁷ daarenteen, vat die posisie in die Amerikaanse reg soos volg saam:

“A male person commits the crime of incest when he has sexual intercourse or performs an act of deviate sexual conduct with a person he knows is his blood relative to the degree prohibited by law. A mother commits the crime of incest when she has sexual intercourse or performs an act of deviate sexual conduct with a person she knows to be her son or daughter. A son commits the crime of incest when he has sexual intercourse or performs an act of deviate sexual conduct with a person he knows to be his mother

51 a 10 van die Pol Ord; Brouwer 2 15 5. Volgens Brouwer 2 15 6 kon 'n man ook nie trou met sy skoonsuster, d w s die suster van sy oorlede vrou nie. Volgens a 11 van die Pol Ord kon 'n man nie met die weduwee van sy neef d w s die weduwee van sy broer of suster se seun of die weduwee van dié se deskendente trou nie. Dieselfde geld vir 'n huwelik van 'n vrou met haar niggie se man ens. In 'n verduideliking van die Pol Ord word op 21 Mei 1664 (*Groot Placaet-Boek* deel 2 169) daarop gewys dat 'n persoon nie met die dogter van sy oorlede vrou se broer of suster kan trou nie. In 1736 is daar 'n verdere verduideliking (*Groot Placaet-Boek* deel 6 541) wat 'n huwelik met jou oorlede vrou se stiefmoeder verbied. Wessels 446 wys daarop dat daar in 1789 (*Ned Jaarboeken* 1789 1131) 'n verdere wysiging was wat bepaal het dat 'n man nie met 'n dogter van 'n broer of 'n suster (volbloed of halfbloed) van sy oorlede vrou kon trou nie, ook nie met haar stiefmoeder nie en dat 'n vrou nie met die seun van 'n broer of 'n suster (volbloed of halfbloed) van haar man en ook nie met haar man se stiefvader kon trou nie. Vgl *Fuchs v Whaley* 1934 CPD 130.

52 2 15 4.

53 1 3 6. In die Kaap is spesiale toestemming soms gegee dat 'n wewenaar met die dogter van sy oorlede vrou se suster mag trou. Vgl Roos “The Plakaet Books of the Cape” 1897 *CLJ* 1 18; *Loedloff and Smuts v Robertson* 1863 Searle 128 146–147.

54 a 13 van die Pol Ord.

55 *Crimes of Violence: Rape and Other Sex Crimes* (1973) 321–322.

56 Burdick 327 wys daarop dat bloedskande in al die Amerikaanse state 'n statutêre misdaad is.

57 *Criminal Law and Its Processes* (1972) 239.

or father. The same applies between brothers and sisters, and extends to acts of deviate sexual conduct.”

Dit blyk hieruit dat bloedskande nie net verwys na geslagsomgang nie, maar ook ander geslagsdade omvat. Clark en Marshall⁵⁸ wys daarop dat in party state ook geslagsomgang tussen sekere adopsieverwante gestraf word.

Artikel 150 van die Kanadese strafkode bepaal soos volg:⁵⁹

- “(1) Every one commits incest who, knowing that another person is by blood relationship his or her parent, child, brother, sister, grandparent or grandchild, as the case may be, has sexual intercourse with that person.
- (2) Every one who commits incest is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years.
- (3) Where a female person is convicted of an offence under this section and the court is satisfied that she committed the offence by reason only that she was under restraint, duress or fear of the person with whom she had the sexual intercourse, the court is not required to impose any punishment on her.
- (4) In this section, ‘brother’ and ‘sister’, respectively, include half-brother and half-sister.”

Hieruit blyk dat bloedskande in Kanada beperk is tot geslagsomgang tussen nabybloedverwante en in die lig van die lang gevangenisstraf, naamlik veertien jaar, wat opgelê kan word, kan afgelei word dat dit as ’n ernstige misdaad beskou word.

3 2 Engeland

Bloedskande het in Engeland aanvanklik onder die jurisdiksie van die kerklike howe gersorteer.⁶⁰ Sedert 1908 is dit as ’n statutêre misdaad strafbaar.⁶¹

Hedendaags bepaal artikels 10 en 11 van die Sexual Offences Act 1956⁶² soos volg:

“10 *Incest by a man* — (1) It is an offence for a man to have sexual intercourse with a woman whom he knows to be his grand-daughter, daughter, sister or mother.⁶³

(2) In the foregoing subsection ‘sister’ includes half-sister, and for the purposes of that subsection any expression importing a relationship between two people shall be taken to apply notwithstanding that the relationship is not traced through lawful wedlock.”

“11 *Incest by a woman* — (1) It is an offence for a woman of the age of sixteen or over to permit a man whom she knows to be her grandfather, father, brother or son to have sexual intercourse with her by her consent.

58 *A Treatise on the Law of Crimes* 7e uitg par 11 05.

59 Vgl ook Heather Snow's *Criminal Code of Canada* (1978) 78.

60 Vgl Cleveland “Indictments for Adultery and Incest before 1650” 1913 *LQR* 57.

61 The Punishment of Incest Act 1908 (8 Edw 7 c 45). Vgl Bailey en Blackburn “The Punishment of Incest Act 1908: A Case Study of Law Creation” 1979 *Crim LR* 708. Vgl ook oor die historiese agtergrond Kelly “Kinship, Incest, and the Dictates of Law” 1969 *American Journal of Jurisprudence* 69.

62 4 and 5 Eliz 2 c 69.

63 Vgl *R v Baillie-Smith* (1977) 64 Crim App Rep 64. Vgl in die algemeen Turner *Russel on Crime* 11 (1964) 727; McLean en Morrish *Harris's Criminal Law* (1973) 470; Smith en Hogan *Criminal Law* (1973) 336. In *R v Whitehouse* (1977) 65 Crim App Rep 33 is beslis dat ’n vader nie skuldig bevind kan word aan uitlokking tot die pleeg van bloedskande met sy dogter wat onder die ouderdom van sestien jaar is nie.

(2) In the foregoing subsection 'brother' includes half-brother, and for the purposes of that subsection any expression importing a relationship between two people shall be taken to apply notwithstanding that the relationship is not traced through lawful wedlock."

Kragtens artikel 37 is 'n oortreding van sowel artikels 10 as 11 strafbaar met gevangenisstraf tot 'n maksimum van sewe jaar. Poging is strafbaar met tot twee jaar gevangenisstraf. Is die meisie by 'n oortreding van artikel 10 onder die ouderdom van dertien jaar, kan lewenslange gevangenisstraf opgelê word.⁶⁴

3 3 Duitsland

Kragtens artikel 173 van die Duitse Strafwetboek is geslagsomgang tussen deskendente en adskendente en tussen broer en suster strafbaar.⁶⁵ Het 'n persoon geslagsomgang met 'n deskendent is hy strafbaar met òf gevangenisstraf tot 'n maksimum van drie jaar òf 'n geldstraf⁶⁶ en in ander gevalle òf met gevangenisstraf tot 'n maksimum van twee jaar òf met 'n geldstraf.⁶⁷ Kragtens artikel 173(3) is 'n persoon wat ten tyde van die pleeg van die daad nog nie agtien jaar oud is nie, nie strafbaar nie.⁶⁸

3 4 Italië

Kragtens artikel 564 van die Italiaanse Strafkode⁶⁹ is dit strafbaar om geslagsomgang te hê met 'n adskendent of 'n deskendent, op grond van sowel bloedverwantskap as aanverwantskap. Geslagsomgang tussen broer en suster is ook strafbaar. Die straf wat opgelê word kan wissel van twee tot agt jaar gevangenisstraf. 'n Meerderjarige wat onder sodanige omstandighede met 'n minderjarige geslagsomgang het, word 'n swaarder straf opgelê.

3 5 Frankryk, België en Nederland

In die Franse *Code Penal* is bloedskande nie onder die misdade opgeneem nie. Die Belgiese en Nederlandse wetgewers het hulle daarby aangesluit, sodat bloedskande in dié lande nie meer strafbaar is nie.⁷⁰

4 DIE SUID-AFRIKAANSE POSITIEWE REG

Bloedskande kan in die breë omskryf word as geslagsomgang tussen persone wat vanweë verwantskap nie met mekaar mag trou nie. In stede van om 'n meer gedetailleerde omskrywing van bloedskande te gee, word sekere probleemassekte daarvan tematies behandel.

64 In *R v Hutchinson* 1972 Crim LR 258 was die dogter dertien jaar oud en is die vader tot twee jaar gevangenisstraf gevonniss.

65 Lenckner-Schönke-Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar* (1978) 1217; Rodulphi-Horn-Samson *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (1982) ad 173. Preisendanz *Strafgesetzbuch* (1978) 577 wys daarop dat poging nie strafbaar is nie. Vgl ook a 213 van die Switserse strafwetboek en a 211 van die Oostenrykse strafwetboek asook Foregger en Serini *Strafgesetzbuch* (1975). Die Switserse en Oostenrykse reg ten aansien van bloedskande vertoon 'n groot ooreenkoms met die Duitse reg. Vgl verder a 203 van die Roemeense strafkode (in Engels vertaal deur Kleckner 1976) en a 175 van die Poolse strafkode (in Engels vertaal deur Kenney en Sadowski 1973).

66 a 173 (1).

67 a 173 (2).

68 Kragtens a 345 (2) van die Griekse strafkode (in Engels vertaal deur Lolis 1973) kan 'n persoon onder die ouderdom van sewentien jaar wat geslagsomgang met 'n adskendent het, strafregtelik verskoon word.

69 in Duits vertaal deur Riz 1969.

70 Vgl Simons *Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht* deel 2 (1929) 167-168.

4 1 Die begrip Geslagsomgang en Poging

Soos in ons gemenegereg,⁷¹ het ons howe beslis dat *gedeeltelike penetrasie* voldoende is om bloedskande daar te stel.⁷² Saadstorting is derhalwe nie 'n vereiste nie, met die gevolg dat 'n steriele persoon ook bloedskande kan pleeg. Die bloedskandeverbod is positiefregtelik derhalwe teen blote geslagsomgang gerig en nie teen voortplanting nie.⁷³

Artikel 16 van die Ontugwet 23 van 1957 (hierdie bepaling is herroep na voltooiing van die artikel — red), vertoon 'n baie belangrike ooreenkoms met bloedskande: albei misdade is basies konsensuele geslagsmisdade en sowel die man as die vrou is prinsipiële strafbaar. Die regsreëls van toepassing op oortreding van artikel 16 kan dus lig werp op die problematiek ten aansien van bloedskande. In *R v B*⁷⁴ sê appèlreger Schreiner die volgende:

“But however that may be, once the parties have agreed to have intercourse, there and then, there seems to me to be no room for further acts of mere preparation before the commencement of the consummation. No doubt there may be further stages — movements of one kind or another, adjustments of position and dress or the like — but it is not intended that there shall be any substantial intervals of time, breaking into the continuous series of acts contemplated by the parties. At least therefore when, in pursuance of their agreement, they commence this series of acts which unless broken off will culminate in intercourse, they attempt to contravene the provisions in question. Whether the agreement could by itself amount to an attempt does not arise in this case, nor do I express any view thereon.”

Stel 'n ooreenkoms tussen twee persone binne die verbode grade van verwantskap om daar en dan geslagsomgang te hê, reeds poging tot bloedskande daar? Indien nie, waar lê die grens tussen 'n poging om bloedskande te pleeg en 'n sameswering⁷⁵ om bloedskande te pleeg dan?

71 Vgl 2 2 *supra*.

72 In *R v Giles* 1926 WLD 211 212–213 sê r Tindall die volgende: “In my opinion where partial penetration is proved, that is sufficient to constitute the crime of incest if the parties are within the prohibited degrees of marriage and have reached the age of puberty. If that were not the law, we would have an anomalous state of affairs. When is it to be said that the act of sexual union has been completed, and when not? The act might be completed so far as the male person is concerned, but it might not be completed so far as the female is concerned. Are we to say that in a case of that kind, if the other requisites were present, the crime of incest would not have been committed because the Crown cannot prove that the act was complete so far as the female is concerned? Again, in the present case, we have medical evidence that conception may follow even though there has not been complete penetration of the private parts of the female. Are we to hold then that, though conception may follow, because there has not been complete penetration and because the sexual act has not been completed so far as the female is concerned, therefore the offence does not constitute incest?” Vgl verder *R v Botha* 1916 TPD 365; *R v M* 1957 1 PH H100 (N); Hunt *The South African Criminal Law and Procedure* bd 2 (1982) 258. Dit is ook die posisie in die Engelse reg — vgl a 44 van die Sexual Offences Act 1956; *R v Marsden* (1891) 2 QBD 149; *R v Cox* 5 Car and P 297; en in die Duitse reg — vgl Preisendanz 577. Wat vereis word, is dat die manlike geslagsorgaan die vroulike geslagsdele (*per vaginam*) en nie 'n ander deel van haar liggaam nie, moet penetreer — vgl *R v K and F* 1932 EDL 71; *R v N* 1961 3 SA 147 (T); *R v H* 1962 1 SA 278 (SR); *R v M* 1969 1 SA 328 (R).

73 Wanneer 'n vrou voorbeeld kunsmatig geïnsemineer word met die saad van haar broer, al geskied dit met hulle toestemming en kennis, kan bloedskande nie gepleeg word nie omdat penetrasie, soos hierbo genoem, 'n vereiste is.

74 1958 1 SA 199 (A) 204. Vgl ook *R v O* 1952 1 SA 563 (T); *Smit v R* 1960 1 PH K6 (K); *R v V* 1958 3 SA 474 (GW).

75 Vgl a 18(2)(a) van die Wet op Oproerige Byeenkomste 17 van 1956.

In *R v M*⁷⁶ verklaar regter Murray:

“It is almost unnecessary to emphasise that as the crime charged was one of contravening the section in question, proof of actual intercourse by insertion of the male organ was essential for a conviction of a contravention, and where such proof was absent, conviction of an attempted contravention involves proof of an attempt to effect and permit, such insertion.”

Met hierdie benadering kan prinsipiël saamgestem word. Ek wil aan die hand doen dat die geslagsdele van beide die partye ontbloeit moet wees voordat 'n persoon aan poging tot die pleeg van bloedskanie skuldig bevind kan word. Indien daardie stadium nog nie bereik is nie, kan die partye onder gepaste omstandighede aan sameswering tot die pleeg van bloedskanie skuldig bevind word.

In *S v A*⁷⁷ is A van bloedskanie aangekla deurdat sy geslagsomgang met haar negejarige seun gehad het. Regter-president Jennett verwys na die saak *R v M*⁷⁸ waarin die appélhof bevind het dat 'n seun onder die ouderdom van veertien jaar nie 'n misdaad waarvan geslagsomgang 'n element is, kan pleeg nie en beskou die reël daarin neergelê as 'n “complete presumption.” Regter-president Jennett bevind dat A nie aan bloedskanie skuldig kan wees nie omdat

“[b]y reason of the presumption the Court is precluded from holding that there was the necessary sexual union in this case, which is an essential before incest can have been committed.”

In die lig van die Suid-Afrikaanse regspraak⁷⁹ word A egter skuldig bevind aan poging tot die pleeg van bloedskanie.

Indien 'n man en 'n vrou dink dat hulle binne die verbode grade aan mekaar verwant is, terwyl hulle nie is nie, kan hulle myns insiens aan (ondeugdelike) poging tot die pleeg van bloedskanie skuldig bevind word.

4 2 Verbode Grade van Verwantskap

Ons gemeenregtelike reëls ten aansien van huweliksbeletsel as gevolg van verwantskap het in 'n sekere mate behoue gebly. Aangesien die posisie in die gemene reg afsonderlik behandel is, word dit nie weer in behandeling geneem nie. Die reëls wat tans in Suid-Afrika geld, kan soos volg gesistematiseer word.

76 1952 2 SA 499 (T) 501.

77 1962 4 SA 679 (O).

78 1949 4 SA 831 (A) 833. Vgl ook my artikel “Strafregtelike Aanspreeklikheid van Kinders” 1978 *TSAR* 250 262.

79 Vgl my artikel “Ondeugdelike Poging: Opmerkings oor Strafsinvolheid” 1980 *De Jure* 119. In 'n bespreking van *S v A* (*supra*) 1963 *THRHR* 139 beveel Schmidt aan dat die reël gestel moet word dat 'n seun onder die ouderdom van veertien jaar weens sy geestelike onrypheid nie verkragting kan pleeg nie en nie dat hy nie geslagsomgang kan hê nie. Op 140 sê hy voorts: “Indien die reël suiwer uitgedruk sou word (d w s in dié vorm dat 'n kind onder die puberteitsleeftyd ontoerekeningsvatbaar is m b t misdade waarby seksuele omgang 'n vereiste is) sou slegs die kind teen strafregtelike vervolging beskerm word. In sy onsuiver vorm (as fiksie wat ontken dat gemeenskap plaasgevind het), word die ander aandadige party ook beskerm. In 'n geval soos die onderhawige beteken dit dan dat 'n moeder met haar jeugdige seun omgang kan hê sonder om bloedskanie te pleeg totdat hy 14 jaar oud word; eers daarna word dit bloedskanie. Die anomalie spreek vanself en myns insiens moet die regbank hom in so 'n geval nie deur die formulering van die reël laat mislei nie.” Met hierdie benadering kan in beginsel saamgestem word.

4 2 1 *Bloedverwante*

Adskendente en deskendente kan *ad infinitum* nie met mekaar trou nie.⁸⁰ In *R v Richards*⁸¹ is R van bloedskanie aangekla deurdat hy geslagsomgang met sy buite-egtelike dogter gehad het. Die hof bevind dat indien vaderskap in so 'n geval betwis word, die staat eers moet bewys dat die beskuldigde die vader van die dogter is.⁸²

'n Persoon wat in die *eerste graad* aan 'n gemeenskaplike voorouer verwant is, kan met geneen van die afstammeling (halfbloed of volbloed)⁸³ van daardie voorouer in die huwelik tree nie.⁸⁴ In die Transvaal en die Vrystaat het daar tot 1961 reëlings wat 'n wyer trefkrag gehad het, gegeld.⁸⁵ Artikel 123 van Wet 24 van 1886 (K) bepaal ten opsigte van Transkei soos volg: "Incest is the carnal connection of persons related by consanguinity within the third degree." In Transkei kan bloedskanie dus slegs tussen genoemde bloedverwante gepleeg word.⁸⁶

4 2 2 *Aanverwante*⁸⁷

Huwelike tussen aanverwante in die *direkte linie*, dit wil sê huwelike tussen 'n man of 'n vrou en die afstammeling van die ander gade, of laasgenoemde se voorouers, na gelang van die geval, is *ad infinitum* verbode. Hiervolgens is dit byvoorbeeld vir 'n man verbode om met die dogter of moeder van sy oorlede of geskeie vrou te trou.

Huwelike tussen aanverwante in die *sylinie* is wel toelaatbaar.⁸⁸ Na die ontbinding van sy huwelik, deur egskeiding of dood, kan 'n man gevolglik met sy

80 Vgl 2 2 1 *supra*; Hahlo *The South African law of Husband and Wife* (1975) 69, Van der Vyver en Joubert *Persone- en Familiereg* (1980) 437.

81 (1908) 18 CTR 561. Vgl ook *R v Arends* (1891) 8 SC 176.

82 Vgl my artikel "Biogenetiese Vaderskap: Bewysregtelike en Regspluralistiese Problematiek" 1984 *De Jure* 58 e v., 332 e v.

83 In *R v Mbanjwa* 1906 NHC 42 is beslis dat geslagsomgang met 'n halfbloedtante bloedskanie daarstel.

84 Vgl Van der Vyver en Joubert 437; Hahlo 69.

85 A 4(3) van Wet 3 van 1871 het soos volg bepaal: "Onder de verboden graden van bloedverwantschap zijn begrepen:

a Alle personen, in de opgaande en nederdalende linie tot in het oneindige, en in de zijlinie tot in den derden graad ingesloten, gevolgelyk oom en nicht, tante en neef, het zij eigen of aangehuwd.

b Eigen neef en nicht, wier beider ouders elkander over en weder als eigen broeders en zusters bestaan."

Volgens Wessels 447 is laasgenoemde deur Ord 40 van 1903 herroep. Vgl ook a 1 van Ord 31 van 1903 (O). Hierdie twee wetgewingstukke is deur a 39 van die Huwelikswet 25 van 1961 herroep. Vgl Hunt 259 vn 45.

86 In *R v M* 1957 2 SA 73 (O) is M aangekla van oortreding van a 123 deurdat hy geslagsomgang met sy niggie ("niece") gehad het. Daar is egter nie in die klagstaat beweer dat hulle deur bloedverwantskap verwant is nie. Die hof bevind dat die klagstaat as gevolg daarvan defektief is, en die skuldigbevinding word ter syde gestel. Vgl ook *R v D* 1957 2 SA 74 (O).

87 Vgl Van der Vyver en Joubert 438; Hahlo 69-70.

88 Vgl a 28 van die Huwelikswet 25 van 1961 wat soos volg bepaal:

"Ondanks andersluidende regsbepalings is dit geoorloof dat—

(a) 'n wewenaar trou met die suster van sy oorlede vrou of met 'n vrouspersoon wat aan hom deur sy oorlede vrou verwant is in 'n verdere graad van aanverwantskap as die suster van sy oorlede vrou, behalwe 'n voorouer of afstammeling van dié oorlede vrou;

(b) 'n weduwee trou met die broer van haar oorlede man of met 'n manspersoon wat aan haar deur haar oorlede man verwant is in 'n verdere graad van aanverwantskap as die broer van haar oorlede man, behalwe 'n voorouer of afstammeling van dié oorlede man;

vrou se suster of tante trou. Dieselfde geld ten aansien van 'n vrou en haar voormalige man se verwante. In dié verband is dit gepas om na enkele proleemskeppende gewysdes te verwys.

In *Queen v K*⁸⁹ is K aangekla van bloedsbande deurdat hy met sy vrou se suster geslagsomgang gehad het. In sy toeligtig van die jurie verklaar hoofregter De Villiers soos volg:

"The popular idea of incest is carnal connection between persons too nearly related by blood. There are certain authorities which would seem to confine it to that, but the weight of authority goes to show that no distinction in law is to be made between relationship by blood and relationship by marriage. At this stage of the case, I may tell you that if you believe there is *prima facie* evidence that the prisoner had carnal connection with this girl, you will be justified in finding a true bill, leaving the law to be afterwards argued. I can only charge you now, that the weight of authority is in favour of holding that carnal connection between persons related by marriage within the forbidden degrees is incest, and punishable as such."

K is egter onskuldig bevind. Die regsposisie soos deur hoofregter De Villiers gestel, is in latere sake bevestig.⁹⁰

Artikel 2 van Wet 40 van 1892 (K) het soos volg bepaal:⁹¹

"It shall be lawful for any widower to marry the sister of his deceased wife . . . or to marry any female related to him in any more remote degree of affinity than the sister of his deceased wife, save and except any ancestor of or descendant from such deceased wife."

In *R v Abraham Mentoor*⁹² is beslis dat 'n huwelik tussen 'n man en sy vrou se suster se dogter nie op grond van verwantskap verbied is nie en daarom is geslagsomgang tussen hulle nie 'n misdaad nie.

In *R v Mulder*⁹³ was die vroulike beskuldigde die dogter van die halfsuster van die manlike beskuldigde se vrou van wie hy ten tyde van die geslagsomgang

(c) 'n man trou met die suster van 'n persoon van wie hy geskei is of met 'n vrouspersoon wat aan hom deur genoemde persoon verwant is in 'n verdere graad van aanverwantskap as die suster van die persoon, behalwe 'n voorouer of afstammeling van dié persoon; en

(d) 'n vrou trou met die broer van 'n persoon van wie sy geskei is of met 'n manspersoon wat aan haar deur genoemde persoon verwant is in 'n verdere graad van aanverwantskap as die broer van dié persoon, behalwe 'n voorouer of afstammeling van dié persoon."

Vgl verder *Ex Parte Roets* 1952 2 SA 520 (K); *R v V* 1959 3 SA 621 (T); *M v M* 1962 2 SA 114 (GW); Harms "Opmerkings oor Artikel 28 van die Huwelikswet, Wet no 25 van 1961" 1964 *THRHR* 142.

89 1875 Buch 98.

90 In *S v Fouche* (1885) 2 SAR 23 sê hoofregter Kotzé: "Having carnal knowledge of a wife's sister is incest; but on an indictment for such crime, where the prisoner is charged with having had carnal knowledge of his wife's sister, there must be clear and direct evidence of a proper marriage between the accused and his supposed wife, so that the relationship between the prisoner and his wife's sister is duly established." Vgl ook *R v Paterson* 1907 TS 619.

91 Vgl "The Deceased Wife's Sister Bill" 1892 *CLJ* 294. Vgl ook die eienaardige argumente van Benjamin "A Physiological Phase of Act 40 of 1892 (CC)" 1910 *SALJ* 265; "Marriage between a Widow and her Deceased Husband's Brother" 1911 *SALJ* 460.

92 (1897) 11 EDC 125.

93 1954 1 SA 228 (O). Vgl ook *R v Delport* (1901) 18 SC 335 waar waarnemende hoofregter Buchanan ten aansien van a 2 van Wet 40 van 1892 (K) op 360 die volgende sê: "Now, the crime of incest is in no way dependent upon the fact of the existence or non-existence of the bonds of matrimony. As long as the marriage tie subsists, the party so bound cannot marry any person; but all illicit intercourse on his part is not therefore incest."

geskei was. 'n Volbank bevind dat artikel 2 van Wet 40 van 1892 (K) die huweliksbeletsel ten aansien van 'n wewenaar verwyder het, maar nie ten aansien van 'n geskeie persoon nie. Die hof bevind dat geslagsomgang tussen genoemde twee persone op bloedskanie neerkom.

In *R v Hattingh*⁹⁴, gevolg deur verskeie ander sake,⁹⁵ is tot 'n ander beslissing as in *Abraham Mentoor* se saak gekom. Regter Solomon verduidelik soos volg:⁹⁶

“Under the ordinary rules of common law the relationship between a man and his wife’s sister is of such a nature that he is prohibited from marrying her, and, therefore, if a man has connection with his wife’s sister or his wife’s sister’s daughter, he commits incest. But it is said that these principles no longer obtain, because the relationship between a man and his wife’s sister has ceased, since the passing of Act 40 of 1892, to be within the prohibited degrees of marriage. But that Act merely provides that it shall be lawful for any widower to marry his deceased wife’s sister, etc; and I take the intention of the Legislature to be that although a man and his wife’s sister are within the prohibited degrees, still for the purpose of marriage, when the wife dies, the barrier is removed, and the husband and his deceased wife’s sister shall thereafter no longer be considered as within the prohibited degrees. If we came to any other conclusion we should arrive at this absurd position, that if a man lived with his wife and had connection with her sister, he would not be guilty of incest because he is allowed to marry her after his wife’s death; but if he got a divorce and then had connection with his divorced wife’s sister, he would be guilty because a divorced man may not marry the sister of a wife from whom he has been divorced — that is, he would not be guilty where his act is more repulsive. I do not think that the Legislature intended to alter generally the law with regard to the relationship between a man and his wife’s sister, but merely to provide that after the death of the wife the relationship should no longer be considered as a bar to marriage.”

In die lig van artikel 28 van die Huwelikswet 25 van 1961⁹⁷ asook in die lig van die argumente wat hieronder aangevoer word, word aan die hand gedoen dat geslagsomgang met jou vrou se suster of 'n afstammeling van haar, nie gestraf behoort te word nie.

In *R v Tshipa*⁹⁸ het 'n volbank van die destydse Suid-Rhodesiese hof beslis dat dit nie (gemeenregtelik) 'n misdaad vir 'n man is om geslagsomgang te hê met 'n verwant van sy vrou met wie hy getroud is volgens 'n regstelsel wat poligamie erken nie en hy binne die (gemeenregtelik daargestelde) verbode grade aan genoemde persoon verwant is. In effek kom dié beslissing daarop neer dat 'n *inheemsregtelike huwelik* (die sogenaamde gebruiklike verbinding) nie vir die doeleindes van bepalinge van aanverwantskap ten aansien van bloedskanie as 'n geldige huwelik erken word nie.

Artikel 238 (1) (a) van die Strafproseswet 51 van 1977 bepaal dat in 'n geding waar 'n beskuldigde van bloedskanie aangekla word dit voldoende is om te bewys

“dat die vrou of meisie op wie of deur wie die oortreding na bewering gepleeg is, aanvaar word in die opgaande of neerdalende linie verwant te wees aan, of die suster, stiefmoeder of stiefdogter te wees van die ander party by die bloedskanie . . .”

Neem in die lig hiervan die volgende hipotetiese voorbeeld: A, 'n geskeie man, leef saam met B. A het 'n seun, X, uit 'n vorige huwelik wat by hom bly. A en

94 (1899) 13 EDC 111.

95 Vgl *R v Van Wyk* 1931 TPD 41 en *Karoo “Incest”* 1931 SALJ 468; *R v Chavendera* 1939 SR 218; *R v Botes and Botha* 1945 NPD 43.

96 143.

97 In vn 88 hierbo aangehaal.

98 1958 2 SA 384 (SR) 388. Vgl ook *R v Ncube* 1960 2 SA 179 (SR).

B gee voor getroud te wees en word as man en vrou in die gemeenskap aanvaar. X het geslagsomgang met B. Indien mens die artikel letterlik lees, blyk dit dat X en B skuldig is aan bloedskanie en dit is myns insiens nie wat die wetgewer "bedoel" het nie. Daar word aan die hand gedoen dat dié artikel basies 'n bewysregtelike reëling en nie 'n materieel strafregtelike reëling nie bevat. Dit skep naamlik bloot 'n (weerlegbare) vermoede⁹⁹ dat A en B getroud is. Dié vermoede kan weerlê word deur aan te toon dat A en B inderdaad nie getroud is nie.

4 2 3 Aanneming¹⁰⁰

Artikel 20 (2) van die Wet op Kindersorg 74 van 1983 bepaal dat 'n aangenome kind vir alle doeleindes hoegenaamd geag word die wettige kind van die aannemende ouer te wees, asof hy gedurende die bestaan van 'n wettige huwelik uit daardie ouer gebore is. Hiervolgens is dit duidelik dat die kind ten aansien van bepaling van die verwantskapsgrade, vir die doeleindes van bloedskanie, as 'n wettige kind van die aannemende ouers beskou word. Daar word uitdruklik gesê dat die aangenome kind "vir alle doeleindes hoegenaamd" as die wettige kind van die aannemende ouers beskou word.¹⁰¹

Daar kan ten slotte genoem word dat 'n huwelik wat gesluit word deur persone wat binne die verbode grade van verwantskap aan mekaar verwant is, *nietig* is.¹⁰²

4 3 Bewussyn-problematiek

In *R v Pieterse*¹⁰³ is P en V onder andere van bloedskanie aangekla deurdat hulle geslagsomgang met mekaar gehad het terwyl hulle binne die verbode grade van verwantskap aan mekaar verwant is. In sy opsomming van die regsposisie aan die jurie sê regter Van der Riet:¹⁰⁴

"If the accused knew the facts constituting the relationship between them, but did not know that such relationship was within the prohibited degrees, they would still be guilty of the crime of incest if the Crown has proved to your satisfaction that they had sexual intercourse with one another, but if they did not know the facts constituting the relationship, they would not be guilty of incest, even though sexual intercourse be proved."

In die lig van die huidige regsposisie behoort 'n regsdwaling ook strafregtelike aanspreeklikheid uit te sluit.¹⁰⁵

-
- 99 Oor die aard van vermoedens vgl Oosthuizen *Die Bewys- en Weerleggingslas in die Suid-Afrikaanse Reg* (LLD-proefskrif, 1980) 301 e v.
- 100 Vgl Van der Vyver en Joubert 438; Hahlo 71; Spiro "Effect of Adoption in South Africa" 1961 *SALJ* 318.
- 101 Vgl ook die herroepe a 82 van die Kinderwet 33 van 1960 (wat basies dieselfde is as a 20 (4) van die Wet op Kindersorg 74 van 1983) en *S v M* 1968 2 SA 617 (T). Vgl verder Van der Walt "Artikel 82 van die Kinderwet, nr 33 van 1960" 1961 *THRHR* 49 50; *R v Blaauw and Blaauw* 1934 SWA 3 9.
- 102 Vgl *Ex Parte Marais* 1942 CPD 242; *M v M* 1962 2 SA 114 (GW); Hahlo 68.
- 103 1923 EDL 232.
- 104 232. Vgl ook *R v Carmichael* (1940) 2 All ER 165.
- 105 Vgl *S v De Blom* 1977 3 SA 513 (A) en my aantekening "Dadersbewussyn en Strafsinvolheid" 1981 *De Jure* 164.

In dié verband kan ook verwys word na artikel 238 (1) (b) van die Strafwet 51 van 1977 waarkragtens (weerlegbaar) vermoed word dat 'n beskuldigde wat van bloedskande aangekla word ten tyde van die beweerde oortreding bewus was van die verwantskap wat tussen hom en die ander betrokke party bestaan.

4 4 Die Problematiek Verbonde aan Regskonflikte

Die problematiek in dié verband kan by wyse van die volgende hipotetiese voorbeelde toegelig word:

(a) A is B se oom. A en B sluit 'n huwelik in hulle land van domisilie waar 'n huwelik tussen oom en niggie nie verbode is nie. Hulle besoek Suid-Afrika. Kan hulle van bloedskande aangekla en skuldig bevind word?

(b) X en Y is twee tradisionele swartes. Volgens hulle stamreg is 'n huwelik tussen hulle nie verbode nie, maar volgens die breëre Suid-Afrikaanse reg is so 'n huwelik wel verbode. Hulle trou volgens hulle stamreg. Kan hulle van bloedskande aangekla en skuldig bevind word?

Ad a: In die Engelse saak *Cheni v Cheni*¹⁰⁶ is beslis dat 'n huwelik tussen oom en niggie volgens die Joodse reg veroorloof is. Die hof beslis dat so 'n huwelik in Engeland erken word, aangesien dit deur die hof van die domisilie van die partye ten tyde van die sluiting daarvan erken is en aangesien die huwelik tussen 'n oom en 'n niggie nie teen die algemene beginsels van die Christendom of van beskaafde lande of die openbare beleid of teen die "conscience of the English Court"¹⁰⁷ is nie.

Kahn¹⁰⁸ voer aan dat dit "hardly conceivable" is dat ons howe 'n huwelik tussen oom en niggie, tante en neef of bloot tussen aanverwante wat in die land waarin dit voltrek is, toelaatbaar is, nie sal erken nie. Huwelike tussen adskendente en deskendente en tussen broer en suster sal volgens Kahn klaarblyklik nie erken word nie.

Ek wil aan die hand doen dat A en B nie aan bloedskande skuldig bevind behoort te word nie, aangesien hulle huwelik, in die lig van Kahn se aanbeveling,

106 (1962) 3 All ER 873 (PDA).

107 Op 883 verklaar die hof dat die laasgenoemde toets die ware toets is wat aangelê moet word.

108 In Hahlo *The South African Law of Husband and Wife* (1975) 598-599. Vgl ook regter Van den Heever se opmerkinge in *R v Blaauw and Blaauw* 1934 SWA 3 9-10: "In die so ewe aangevoerde bevinding word ek gesterk deur die volgende oorweging. In die Kaap-provinsie kan persone wat met mekaar verwant is soos die beskuldigdes wettelik trou. In Transvaal en in die Vrystaat is so 'n huwelik verbode. Uit hoofde van comitas erken een staat of provinsie die status wat verleen word aan persone deur die wet van 'n ander. Maar die reël het welbekende beperkings. Sodra so 'n erkenning sou indruis teen die etiese begrippe van die staat van wie erkenning verlang word dan geld bedoelde reël nie. Ons howe erken bv nie die stand nie van 'n in veelwywery gehuude vrou, wat getroud is in 'n land wat veelwywery betref. Meer nog, die wet van 'n ander land kan nooit ingeroep word nie as verskoning van die strafbepalings van ons eie wette. Toe bedoelde wette in die Vrystaat en Transvaal verorden is was tussen daardie lande en die Kaap en Natal heelwat verkeer. As 'n dubbel neef en niggie in die Kaapprovinsie getroud is en vertoef in die Vrystaat of Transvaal dan sou hulle samewoning die byslaap praesumeer. As die argument van die vervolging juis is, sou sulke wettiglik getroude mense in die Vrystaat en Transvaal blootgestel wees aan vervolging weens bloedskande. Om hulle op hulle wettige huwelik te beroep sou niks baat nie, want bloedskande word binne sowel as buite die huwelik gepleeg, en 'n *lex permissiva* van die Kaapprovinsie is geen antwoord nie op die uitdrukkelike en almal behelsende verbodsbepalings van Transvaal of van die Vrystaat."

deur ons reg as geldig erken behoort te word. Ek wil nog verder gaan en aanbeveel dat indien A en B nie getroud is nie en slegs as man en vrou saamwoon en Suid-Afrika besoek, hulle nie aan bloeds-kande skuldig bevind behoort te word nie. Ek kan geen rede sien waarom 'n huweliksertifikaat die verskil kan maak tussen strafregtelike aanspreeklikheid vir bloeds-kande en 'n vryspraak nie.

Ad b: Visser¹⁰⁹ voer aan dat by die vraag watter regstelsel, naamlik die breëre Suid-Afrikaanse reg of die (inheemse) stamreg, van toepassing is op 'n sekere huwelik, die huweliksvorm deurslaggewend is. Hiervolgens sou X en Y "wettig"¹¹⁰ getroud wees en behoort hulle myns insiens om billikheidsredes nie aan bloeds-kande skuldig bevind te word nie.

4 5 Seduksie en Geslagsomgang met 'n Meisie onder die Ouderdom van Sestien Jaar

Volgens ons reg is geslagsomgang met 'n meisie onder die ouderdom van sestien jaar strafbaar.¹¹¹ Die vraag is of 'n meisie onder die ouderdom van sestien jaar wat geslagsomgang het met 'n persoon wat binne die verbode grade van verwantskap aan haar verwant is, skuldig bevind kan word aan bloeds-kande. Gordon¹¹² wys daarop dat meisies onder die ouderdom van sestien jaar in Skotland in die praktyk nie van bloeds-kande aangekla word nie. Hierbo¹¹³ is daarop gewys dat persone onder die ouderdom van agtien jaar nie in Duitsland strafbaar is nie. Laasgenoemde benadering kan prinsipiël onderskryf word.¹¹⁴

'n Verdere vraag wat geopper kan word, is: kan 'n maagd wat bloeds-kande pleeg met 'n verwant, van daardie verwant deliktueel weens seduksie eis? Kan 'n meisie genoegdoening eis vir 'n handeling wat uit haar eie misdadige (bloeds-kendige) optrede voortspruit?¹¹⁵ In die lig van die bestaande reg wil ek aan die hand doen dat 'n meisie onder sodanige omstandighede nie 'n eis behoort te hê nie, aangesien iemand nie deur sy eie misdadige optrede bevoordeel behoort te word nie. In die lig van die algemene aanbeveling wat hieronder gedoen word, is hierdie probleemvraag egter irrelevant.

109 *Die Suid-Afrikaanse Interne Aanwysingsreg* (LLD-proefskrif 1979) 386. Vgl ook Olivier *Privaatreg van die Suid-Afrikaanse Bantoetaalsprekendes* (1981) 7; Mittlebeeler *African Custom and Western Law* (1967) 99.

110 In Suid-Afrika bestaan die anomaliese posisie dat die inheemsregtelike huwelik (die sg gebruiklike verbinding) nie deur die appèlhof erken word nie, maar sekere gevolge van die huwelik word tog erken. Sien bv *SANTAM v Fondo* 1960 2 SA 467 (A) en daarteenoor a 11(1) van die Swart Administrasiewet 38 van 1927 en a 31 van die Wysigingswet op Swart Wetgewing 76 van 1963.

111 Vgl a 14 van die Ontugwet 23 van 1957 en my artikel "Enkele Strafregtelike Aspekte van Ontug met Jeugdige Meisies" 1974 *Speculum Juris* 40. Is die meisie onder twaalf jaar, kan sy nie regtens tot geslagsomgang toestem nie en is geslagsomgang met haar verkragting. 'n Meisie onder die ouderdom van twaalf jaar kan volgens Hunt 260 nie aan bloeds-kande skuldig bevind word nie, maar onder sekere omstandighede kan sy 'n medepligtige tot bloeds-kande wees.

112 *The Criminal Law of Scotland* (1978) 896 vn 2. Vgl ook Watson en Purnell *Criminal Law in New South Wales* bd 1 (1971) 116-117.

113 Sien 3 3 *supra*.

114 In *R v Tom Koois* 1931 GWL 1 is die beskuldigde 'n man van 50 jaar, aangekla en skuldig bevind aan bloeds-kande met sy dogter van sestien jaar. Hy is tot lyfstraf gevonniss. Op appèl word beslis dat lyfstraf nie 'n geskikte straf is nie.

115 Vgl Price "*Volenti Non Fit Injuria*" 1952 *THRHR* 60 79; Bekker *Die Aksie weens Seduksie* (LLD-proefskrif 1977) 311 vn 391.

4 6 Bewys- en Strafprosesregtelike Reëlings

In *R v Troskie*¹¹⁶ is T aangekla van bloedskande deurdat hy geslagsomgang met sy suster gehad het. Dit hof moes onder andere beslis of die getuienis van sy suster dat hy by vorige geleenthede gepoog het om met haar geslagsomgang te hê, toelaatbaar is. Hoofregter Innes bevind soos volg:¹¹⁷

“Now this Court has repeatedly adopted and applied the broad rule that evidence which is relevant to the issue in a criminal trial cannot be excluded merely because it may connect the accused with a crime other than the one laid in the indictment. The test is relevancy; if the evidence is relevant the mere fact that it may tend to prove other criminal acts is not sufficient to shut it out. So that the only question is whether Gladys Troskie’s statements as to previous attempts were relevant to the issue before the jury. In my opinion they were, because they led up to the actual offence charged and showed the acts of preparation by which the accused gradually corrupted his sister, so that he was enabled to have complete connection with her on the dates specified in the indictment. The facts thus deposed to were facts from which inferences might reasonably be drawn as to the facts in issue and the evidence regarding them was rightly admitted.”

Die hof bevind ook dat Troskie se suster ’n medepligtige is.¹¹⁸ Hiervolgens is die versigtigheidsreël wat deur ons howe ten aansien van medepligtiges ontwerp is, op haar getuienis van toepassing.¹¹⁹

Artikel 238 (2) van die Strafproseswet bepaal dat indien die feit dat ’n wettige en bindende huwelik voltrek is in ’n strafregtelike geding waarby ’n beskuldigde van bloedskande aangekla word by die geskilpunt betrokke is, kan daardie feit *prima facie* bewys word op dieselfde wyses as wat in artikel 237 genoem word. Vir die doeleindes van die onderhawige bespreking kan bloot gekonstateer word dat ’n duplikaat-oorspronklike of ’n afskrif van die huweliksregister onder sekere omstandighede as getuienis toelaatbaar is en ’n vermoede van die bestaan van die huwelik daarstel.

Kragtens artikel 261 (1) (d) van die Strafproseswet is bloedskande ’n bevoegde uitspraak op ’n aanklag van verkragting.

5 ’N PROJEKTIEWE ANALISE

Aangesien bloedskande gewoonlik in die vertrouensatmosfeer van die familie plaasvind, word dit dikwels nie onder die aandag van die polisie gebring nie.¹²⁰ Bailey en McCabe¹²¹ vermeld dat, selfs al kom dit onder die aandag van die polisie, daar dikwels nie vervolgings ingestel word nie. Clark en Marshall¹²² wys daarop dat bloedskande van ’n vader met sy dogter die meeste voorkom, gevolg deur dié van ’n broer en ’n suster terwyl dié tussen moeder en seun die minste voorkom. Inligting dui daarop dat bloedskande dikwels emosioneel-traumatiese

116 1920 AD 466.

117 468. Vgl ook *R v Ball* 1911 AC 47; *R v C and C* 1945 CPD 26 28.

118 469.

119 Vgl hieroor Van der Merwe *Evidence* (1983) 409–414.

120 Vgl Van der Kwast *Incest* (1963) 49; Hughes “The Crime of Incest” 1964 *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science* 322 324; Gibbens, Soothill en Way “Sibling and Parent-Child Incest Offenders” 1978 *Brit J Criminol* 40.

121 “Reforming the Law of Incest” 1979 *Crim LR* 749.

122 par 11 05.

gevolge vir een of meer lede van die familie meebring.¹²³ Bloedskendige geslag-somgang op 'n jeugdige leeftyd het dikwels 'n nadelige effek op die latere lewe van die kind.¹²⁴

5 1 Teorieë ter Verklaring van die Bloedskandeverbod

Die volgende vraag wat kortliks 'n ondersoek verdien, is: waarom bestaan die bloedskandeverbod? Daar kan as algemene reël gestel word dat die inhoud van die bloedskandeverbod in tyd en plek varieer en dat daar verskeie verklarings daarvoor bestaan. In dié verband kan die volgende onderskei word.¹²⁵

5 1 1 *Die Historiese Teorieë*

Volgens Van der Kwast¹²⁶ het dié teorieë gemeen

“dat zij het incestverbod ontstaan denken in vroege ontwikkelingsstadia van de menselijke samenleving en dat het verbod sindsdien is blijven voortleven in wet en traditie, hoewel de oorspronkelijke condities reeds lang tot het verleden behoren.”

Die belangrikste beswaar teen die historiese teorieë is dat dit impliseer dat die bloedskandeverbod niks meer is nie as 'n anachronisme wat slegs voortbestaan danksy die behoudende kragte in die menslike samelewing.

5 1 2 *Die Eugenetiese Teorie*¹²⁷

Die opvatting dat die bloedskandeverbod 'n maatreël ter voorkoming van biologiese inteel is, het hedendaags onder etnoloë vrywel geen aanhangers meer nie. Dit is inderdaad so dat swak genetiese eienskappe deur bloedskendige verhoudings voortgedra kan word,¹²⁸ maar die teenkant is ook waar: 'n opeenhoping van geneties gunstige eienskappe kan plaasvind.

5 1 3 *Die Seksuele Afkeur-teorie*¹²⁹

Volgens die teorie van Westermarck bestaan daar van jongs af geen seksuele aantrekkingskrag tussen mense wat saam groot geword het nie en ontstaan 'n walging as daar slegs aan 'n seksuele verhouding met so 'n persoon gedink word: die juridiese bloedskandeverbod beliggaam hiervolgens bloot 'n bestaande psigies-seksuele

123 Vgl Hughes 328–329.

124 Vgl Constantine “Child Sexuality: Recent Developments and Implications for Treatment, Prevention, and Social Policy” 1983 *Medicine and the Law* 55 57 65.

125 Vgl Stratenwerth *Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil 2* (1974) 385.

126 29–33. Van der Kwast klassifiseer Durkheim en Freud se teorieë hieronder. Vgl ook Maisch *Incest* (1972) 50.

127 Vgl Van der Kwast 33–34; Honoré *Sex Law in England* (1978) 80; Bailey en McCabe 757; Maisch 42.

128 Vgl Bailey en McCabe 758: “We ourselves accept the evidence that the risk of genetic damage may be considerable but maintain that it is no business of the criminal law to seek to prevent injury to the children of individual liaisons.”

129 Vgl Van der Kwast 34–37; Hughes 326; Honoré 80; Maisch 45.

ingesteldheid. Onder etnoloë bestaan daar egter hedendaags weinig of geen aanhangers van dié teorie meer nie.¹³⁰

5 1 4 Die Kultureel-Sosiologiese Teorieë

Hieronder kan weer die volgende onderskei word:

Eerstens word soms aangevoer dat die bloedskandeverbod gemik is teen die *ondermyning van die gesagstruktuur* in die familie. Volgens dié standpunt bestaan die bloedskandeverbod omdat die gesagstruktuur binne die familie en seksualiteit onversoenbaar is en dat die familielewe gevolglik daardeur beskerm word;¹³¹ 'n moeder sal byvoorbeeld nie gesag teenoor haar dogter kan handhaaf as hulle op seksuele vlak om die vader se guns meeding nie.

Tweedens word beweer dat die *bloedskandeverbod in diens van die breëre samelewing staan*.¹³² Deur met 'n vreemde vrou te trou, vergroot die man die aantal persone met wie hy in eendrag en goedgesindheid kan saamleef. Die bloedskandeverbod bevorder derhalwe orde in breëre sosiale verband.

Derdens word beweer dat die bloedskandeverbod *kulturele diffusie* bevorder. Van der Kwast wys daarop dat, aangesien die ouers elk 'n eie agtergrond het "groeit het kind op in een cultureel tweestromenland, waardoor de culturele diffusie en homogenisatie bevorderd wordt."¹³³

Vierdens word beweer dat die bloedskandeverbod 'n *ekonomies-strategiese balans* binne die menslike gemeenskapslewe bevorder. Met beroep op White¹³⁴ sê Hughes¹³⁵ die volgende:

130 Ons gemenereskrywer Van Leeuwen *RHR* 1 14 12 huldig 'n teenoorgestelde mening: "Wat de Maagschap aangaat, leert de blinde Natuyr en ingeschapenheid, dat hoe nader Maagschap, hoe groter toegenegentheid, en dien volgende van den begin niet quaat, of ongeoorloft, maar noodsaaklijk ist geweest, dat Broeders en Susters met anderen vermengden . . ." Hy gee vervolgens voorbeelde van gevalle waar sodanige huwelike wel plaasgevind het. Vgl Maes 235 vn 2; Smith en Pollack *Criminal Justice: An Overview* (2e uitg) 4. Sommige van ons gemenereskrywers voer aan dat bloedskande teen die orde van die natuur is — vgl Van Leeuwen *RHR* 1 14 12; Carpozivius hfst 65 2; Moorman 2 15 4. Vgl ook r Van den Heever se opmerkinge in *R v Blaauw and Blaauw* 1934 SWA 3 5–6: "[B]eletsels van die huwelik wat op verwantskap steun is nie beperk tot bloedverwantskap nie, maar het as grond ook 'n soort van *ius reverentiale*; insover as die beletsels gebaseer op verwantskap nabestaandes in bloed betref is die beweegrede instinkt eerder dan wetskapskap en sover dit aangetroude verwante betref is dit meesal gegrond op 'n gevoel van wat oorbaar is."

131 Vgl Van der Kwast 37–40; Honoré 80. In die Model Penal Code (Tent Draft No 4 American Law Institute 1956) 210–212 (aangehaal deur Bassiouni 239–240) word as een van die redes vir die bloedskandeverbod aangegee dat dit solidariteit in die familie bevorder deur seksuele mededinging en jaloesie te voorkom. Vgl ook Van Leeuwen *RHR* 1 14 12 en Hughes 327: "Incest produces a confusion of roles within the family; the father or brother becomes husband or lover as well as father or brother. The daughter or sister becomes wife or mistress as well as daughter or sister. Confusion and tension are thus produced which lead to the destruction of the family unit on which society is based. The very kernel of the social complex, the family unit from which outgoing relationships are developed with others in society, is thus gravely threatened by the incest situation, and this, it is suggested, sufficiently accounts for the constancy of the incest taboo without positing built-in biological explanations."

132 Vgl Van der Kwast 40–44; Maisch 47; Hughes 327; Model Penal Code 211.

133 44; Model Penal Code 212.

134 "Definition and Prohibition of Incest" 1948 *Am Anthropologist* 416.

135 327. Vgl ook Van Leeuwen *RHR* 1 14 12.

"[T]he growth of incest taboos is explicable as a device to ensure economic development and security in the sense that by marrying out of a family unit wider bonds of kinship and mutual relationship develop so that larger and more viable cooperative units are formed. Inbreeding within the family would tend to contract the circle of relationships and to lead to economically weak and physically indefensible units."

As gevolg van die geïndividualiseerde en gespesialiseerde aard van die moderne samelewing, tesame met die hededaagse verfynde kommunikasiewyses, het die laasgenoemde drie kultureel-sosiologiese teorieë of verklarings vir die bestaan van die bloedskandeverbod nie meer werklike betekenis nie.

5 2 Dekriminalisasie van Bloedskande

Soos uit die regsvergelijkende deel¹³⁶ van dié artikel geblyk het, word bloedskande in verskeie lande beperk tot geslagsomgang tussen naby-verwante, in die reël tussen deskendente en adskendente en tussen broers en susters. Daar bestaan myns insiens geen regverdiging daarvoor om geslagsomgang tussen aanverwante te bestraf nie. 'n Meer komplekse vraag is of geslagsomgang tussen verwante nie in sy geheel gedekriminaliseer behoort te word, soos die posisie tans in Frankryk, België en Nederland is nie. Hieroor kan die volgende opgemerk word:

Dit blyk dat geslagsomgang tussen broers en susters in die reël neerkom op seksuele eksperimentering op 'n jeugdige leeftyd.¹³⁷ Om hulle daarvoor te straf en as misdadigers te brandmerk, is onverdedigbaar en eintlik onsinnig. Deur (konsensuele) geslagsomgang tussen volwasse mense met straf te verbied, word klaarblyklik meer skade berokken as wat daar voordele uit voortspruit. Bailey en McCabe sê hieroor tereg:¹³⁸

"Proscribing incest between consenting adults advances no utilitarian goal of criminal punishment. No element of exploitation or corruption could be said to exist in relation to such consensual sexual conduct. If incest engenders psychological damage to the adult parties, it is more than likely due to the social stigma attached to such conduct. The intervention of the criminal law augments rather than relieves this existing sense of guilt. If the evidence of genetic damage in the offspring of incestuous unions is incontrovertible, it does not follow that the criminal law is the proper means of dealing with the consequences of consensual sexual activity between adults. The use of the criminal law in these circumstances must be seen for what it is: the mere punishment of immorality or vice. Its use invalidates the important principle that incest should only be punishable where there is injury or harm to those who engage in it. It would be far better if the efforts of law enforcement agencies were to give way to social measures which could provide therapeutic help for those who wished to avail themselves of it."

Geslagsomgang van 'n adskendent met 'n jeugdige deskendent kan myns insiens onder meer om sosiologiese¹³⁹ en psigologiese¹⁴⁰ redes nie ongestraf gelaat word nie. Soos onder andere uit die regsvergelijkende deel geblyk het, word die deskendent onder sekere ouderdomme in sekere regstelsels nie gestraf nie. Met

136 3 *supra*.

137 Vgl Honoré 81.

138 758. Vgl ook Gibbens, Soothill en Way 40 41 en *R v Winch* 1974 *Crim LR* 487 waarin opgemerk is dat die tref van sosiale maatreëls in geval van bloedskande soms meer effektief is as om van die regsproses gebruik te maak. Dit kan ook op psigologiese vlak groot voordele vir individuele mense inhou. Soos Bassiouni 240 dit stel: "On the other hand, current psychiatric theory posits intrafamily sexual attraction as one of the basic facts of mental life, and attributes much psychic illness to the failure of the personality to resolve the internal conflict between incestuous desires and the repression imposed by religion and society."

139 Vgl 4 1 4 1 *supra*. Vgl ook Maisch 208 e v.

140 Vgl n 124 *supra*. Vgl ook Maisch 210 e v.

hierdie benadering kan prinsipieel akkoord gegaan word. Die adskendent wat 'n persoon onder sy of haar gesag of beheer vir seksuele doeleindes uitbuit, kan myns insiens gestraf word onder 'n afsonderlike misdad wat vir daardie doeleindes geskep behoort te word.

In 'n ander artikel¹⁴¹ het ek reeds aanbeveel dat 'n misdad wat persone wat onder die gesag of beheer van ander persone is, beskerm teen seksuele uitbuiting, geskep behoort te word. So 'n misdad sou nie alleen kinders beskerm teen seksuele uitbuiting deur hulle ouers nie, maar ook leerlinge teen hulle onderwysers ensovoorts.¹⁴² In die lig hiervan behoort bloedskanie as misdad deurghaal te word. Dit sal myns insiens ons strafreg verryk en nie verarm nie.

141 "Nie-konsensuele Geslagsmisdade: 'n Misdaadsistematiese Herwaardering" 1981 *THRHR* 18 32. Honoré 81 stel ook voor dat 'n misdad "sexual abuse of authority" in die lewe geroep moet word. Vgl verder Bailey en McCabe 761. Hughes 330 stel voor dat jeugdige onder die ouderdom van 21 jaar sodanig beskerm moet word.

142 Vgl my artikel "Enkele Strafregtelike Aspekte van Ontug met Jeugdige Meisies" 1974 *Speculum Juris* 40 44 46 48 ten aansien van die regsposisie in Nederland, Duitsland en Noorweë respektiewelik. Vgl in die algemeen Bianchi "Alternatiewe voor of in het Strafrecht" in *Strafrecht in Perspectief* (Davelaar — Van Tongeren e a (red) 1980) 65 e v.

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 DJ Joubert
Sameroeper Publikasiefondskomitee
Vereniging Hugo de Groot
Posbus 1263
PRETORIA
0001

AANTEKENINGE

INSURANCE AND GOOD FAITH: EXIT UBERRIMA FIDES – ENTER WHAT?

For quite some time contracts of insurance have been called contracts *uberrimae fidei* (see e.g. *Fine v The General Accident Fire and Life Assurance Corporation Ltd* 1915 AD 213 218). Decided cases and authors dealing with the topic seem to have accepted that *uberrima fides* in the law of contract generally means that a party to the contract must take exceptional care to ensure that he acts in good faith and all honesty towards the other party in matters concerning the contract, particularly when information is disclosed (see e.g. *Malcher & Malcomess v Kingwilliamstown Fire and Marine Insurance and Trust Company* 1883 3 EDC 271 279 287 *et seq*; *Iscor Pension Fund v Marine and Trade Insurance Co Ltd* 1961 1 SA 178 (T) 185; *Pereira v Marine and Trade Insurance Co Ltd* 1975 4 SA 745 (A) 755–756; *Purdon v Miller* 1961 2 SA 211 (A) 230–231, which dealt with partnership; Millner “Fraudulent Non-disclosure” 1957 *SALJ* 188; Spiro “Uberima Fides” 1961 *THRHR* 197 202). It has also been submitted that the requirement of *uberrima fides* – at least as far as non-disclosure in the context of insurance contracts is concerned – is governed by the ordinary principles of the law relating to misrepresentation *in contrahendo* (Van der Merwe “Uberima Fides en die Beraming van die Risiko voor Sluiting van ’n Versekeringskontrak” 1977 *THRHR* 4).

In its recent decision in *Mutual and Federal Insurance Co Ltd v Oudtshoorn Municipality* 1985 1 SA 419 (A) the appellate division has now apparently cast a final light – but also a degree of shadow – on *uberrima fides* as it applies to contracts of insurance.

The facts of the case were briefly as follows. The Oudtshoorn Municipality was the insured in terms of a so-called public liability policy for which the appellant had assumed liability from the original insurer. The insured was successfully sued in the Cape provincial division for damages in delict. The damage had been caused to an aircraft which had crashed to the ground after colliding with a pole carrying electrical power lines.

The insured had erected the pole and had retained it, without adequate lighting, within the approach to a runway on its aerodrome. The insured now sought to recover from the insurer the full amount of its liability as well as an order declaring the policy valid and in force at the time of the delict. The claim succeeded in the Witwatersrand local division (*Oudtshoorn Municipality v Mutual and Federal Insurance Co Ltd* 1982 3 SA 1092 (W)). The insurer appealed and succeeded both according to the majority judgment (handed down by Joubert JA with whom Cillie and Viljoen JJA concurred) and the minority judgment

(handed down by Miller JA). (Galgut JA is reported to have concurred in both judgments!)

The terms of the policy were wide enough to cover the type of liability in question. The insurer pleaded, however, that it was avoiding the contract owing to the insured's omission to disclose when applying for the insurance certain facts which were material to the risk. These facts related to the hazard constituted by the "electric pole" (438G) referred to above.

In order to evaluate the insurer's defence Joubert JA found it necessary to determine the common law which governs contracts of insurance in South Africa. Over a period of time parts of the English law of insurance, together with its precedents, were applied to insurance matters in South Africa, whether by force of statute (in the Cape (Act 8 of 1879) and Orange Free State (Ordinance 5 of 1902)) or for the sake of conformity and to supplement scant sources (in the Transvaal and Natal). Recently the Pre-Union Statute Revision Act 43 of 1977 repealed *inter alia* the Cape statute and the Free State ordinance. This raised anew the question of the law applicable to matters of insurance. Getz and Davis (*Gordon and Getz on the South African Law of Insurance* (1983)5) accept that Roman-Dutch law is now once more "the common source of insurance law throughout South Africa," but add with reference to the Cape act and the Free State ordinance that "it is extremely doubtful whether the repeal of these laws will have a tangible effect on the South African law of insurance."

As far as the principle of the matter is concerned Joubert JA has now put an end to speculation by holding that "the South African law of insurance is governed mainly by Roman-Dutch law as our common law" (430G). But what of the "tangible effect" to which Getz and Davis refer? Our law has certainly been influenced extensively by the English law of insurance and there is no reason to suppose that the courts will now go out of their way to reverse previous decisions simply because they were based on English law. In fact, Joubert JA expressly states that "both Roman-Dutch and English law of marine insurance [which was the basis for the development of the law relating to other types of insurance] stem from the same original sources" (431D) of which the so-called Italian law merchant formed a prominent part (427G-428G, 430G-431C). In this respect it is important to note that the judge referred to authors such as de Santerna, Straccha, Roccus and Scaccia, and in doing so extended the historical parameter of our law beyond the Roman-Dutch writers proper. In effect these sources would now seem to be included among what the courts call "the Roman-Dutch authorities" on insurance (432F-G). This is in accordance with the view expressed by Dillon and Van Niekerk (*The South African Maritime Law and Marine Insurance: Selected Topics* (1983) 108-109) which the majority judgment quoted (429D-G), that our common law, particularly as far as our mercantile law is concerned, is not merely the law of the province of Holland at the end of the eighteenth century but "rather a European *ius commune* of this period." Without propounding a new theory on the sources of our law one may well consider the extent to which aspects of the English law of insurance may have become part of our *common* law.

For the majority of cases the argument advanced by Getz and Davis will therefore probably be shown to be correct. Nevertheless, the principle which

has been confirmed by the majority judgment does open new avenues for developing the South African law of insurance in accordance with the Roman-Dutch law of (mostly marine) insurance and, of course, other principles of Roman-Dutch law applicable to contracts of insurance. Indeed, Joubert JA quoted the well-known passage from *Pearl Assurance Co v Union Government* 1934 AD 560 563 in which Roman-Dutch law is described as “a virile living system of law.” Thus the English law of insurance has now become an important source of comparative law, together with other systems of law as the case may demand (cf e.g. *Lewis Ltd v Norwich Union Fire Insurance Co Ltd* 1916 AD 509 520-522; *Law Union and Rock Insurance Co Ltd v De Wet* 1918 AD 663 668; *Scottish Union and National Insurance Co Ltd v Native Recruiting Corporation Ltd* 1934 AD 458 469; *Polycork Flooring Centre (Pty) Ltd v Mutual and Federal Insurance Co Ltd* 1981 1 SA 280 (W) 283-288; *Shooter t/a Shooter's Fisheries v Incorporated General Insurances Ltd* 1984 4 SA 269 (D) 272-273, which deals with admiralty jurisdiction and the applicability of Roman-Dutch law). It should be mentioned in passing that there does not seem to be any matter of principle contained in the minority judgment of Miller JA which contradicts the finding of Joubert JA on this point. All this should stand the development of the law of insurance as an integral part of our law in good stead. (In passing, though, one cannot help but wonder whether the suspicion cast on life insurance by some institutional writers will henceforth influence our modern law of insurance!)

Against this background of the sources of the South African law of insurance Joubert JA considered the defence raised by the insurer that the insured breached a duty to disclose material facts. The court broached the question whether according to South African law such a duty generally stems from the fact that insurance contracts are *uberrimae fidei*, in other words contracts requiring “utmost good faith” (431I). The court adamantly denied that this is so and argued as follows: The phrase *uberrima fides* as applied to contracts of insurance dates back to English case law around the middle of the previous century and it was adopted by our own courts without a proper investigation of its compatibility with our common law (432A). In accordance with the position in Roman and Roman-Dutch law our modern law recognises that “all contracts are *bonae fidei*” (432C). But South African law, like its common law, knows no additional superlative category of good faith called *uberrima fides*; it recognises no degrees of good faith (432B-C, 433C-D). *Uberrima fides*, the majority judgment reads, has no exact meaning as a legal concept but is “an alien, vague, useless expression” (433E). In fact: “Our law of insurance has no need for *uberrima fides* and the time has come to jettison it” (433F).

According to Joubert JA insured and insurers are indeed under a duty to disclose facts which are material to the risk or the premium (432E). This duty is the correlative of a right of disclosure which the learned judge calls “a legal principle of the law of insurance” (432H). The duty stems neither from an implied term of the contract nor from *bona fides* in general. It is imposed by law (*ex lege*) in the case of certain contracts only, such as contracts of insurance (433A-C). A breach of the duty amounts to “*mala fides* or fraud” which entitles the aggrieved party to avoid the contract (432F).

A number of questions arise from a consideration of this part of the decision. It is sound reasoning to suggest that the law does not concern itself with creating categories of good faith. As Miller JA aptly put it in the minority judgment

(443D): "One may be less than honest but one cannot be more honest than honest." If the expression *uberrima fides* was actually meant to create categories of good faith it should indeed be jettisoned. But is such a supposition a true reflection of the function of *uberrima fides* as it has hitherto been employed by our courts? Our law protects a party to a contract against the harmful results of misrepresentations made by the other party during the course of pre-contractual negotiations. This applies to both misrepresentation *per commissionem* and misrepresentation *per omissionem* (De Wet and Van Wyk *De Wet en Yeats Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* (1978) 40; Christie *The Law of Contract in South Africa* (1981) 269 *et seq*), provided that in the latter instance the misrepresenter must have been under a duty to speak (*Pretorius v Natal South Sea Investment Trust Ltd* 1965 3 SA 410 (W) 416A). Such a duty is nothing other than the expression of a society's norm for what is reasonable or lawful conduct in the circumstances (*Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) 597) and a breach of the duty constitutes unlawful conduct (*ibidem*; Van der Walt 8 *LAWSA* par 20).

In principle liability for a misrepresentation *per omissionem* can attach irrespective of the type of contract involved. In *Iscor Pension Fund v Marine and Trade Insurance Co Ltd* (*supra* 185, a case quoted by Joubert JA) Roberts AJ said that "the determination of the extent of the disclosure does not depend on the label we choose to stick on a contract." In practice, however, a duty to speak will be imposed more readily in some contractual relations than in others. And requiring *uberrima fides* and not merely *bona fides* would seem to have been an attempt at identifying the circumstances in which a contracting party's omission to disclose facts will more readily be found to have infringed the norm protecting the other party or, for that matter, his "right of disclosure." One could also say that, used in this sense, the requirement widens the extent of the duty to disclose so that a misrepresentation *per omissionem* may occur more easily in the context of contracts like insurance. The party who makes the representation is not actually expected to be more than honest – "but . . . an honest man [must] be more candid" (Millner *supra* 188). Or, as it was put by Roberts AJ in the *Iscor* case (184): "In some contracts parties are required to place their cards on the table to a greater extent than in others . . ." (Cf the submission by Christie 276 that contracts are called *uberrimae fidei* to indicate that in their case the circumstances which found a duty to disclose are always present.)

There is much to commend the argument of Joubert JA if it is intended to mean that our law should provide outright that the requirements relating to misrepresentation in the context of insurance contracts are very stringent and that the issue should not be clouded by a "convenient though not strictly accurate expression" (see the judgment of Miller JA 443D) like *uberrima fides*. But if that is the reason for jettisoning *uberrima fides* the statement (432F) that a breach of the duty to disclose amounts to fraud, i.e. intentional misrepresentation, cannot be complete. Surely, if one considers the position relating to contracts in general, negligent misrepresentation (and possibly even completely innocent misrepresentation) should also entitle the aggrieved party to avoid the contract? (See Kerr *The Principles of the Law of Contract* (1980) 190–191, 174. The desirability of the present state of the law as far as innocent misrepresentation is concerned is for the present not in issue; but see De Wet and Van Wyk 41–42.)

Nor is it clear why the duty of disclosure and its corresponding right to disclosure should then be specifically called "a legal principle of the law of insurance" (432H) or at least limited to some contracts only (433C) – although, of course, the typical circumstances which accompany certain types of contract may be more obvious indications of a duty to speak. It would also seem as if the point of view that a duty is imposed *ex lege* and the contention that it flows from the requirement of *bona fides* can finally both be reduced to the previously mentioned conviction of a society as to what is reasonable in the circumstances (Van der Walt par 22).

Another point of importance is the statement made in passing by Joubert JA that the duty of disclosure relates not only to actual knowledge but also to "constructive knowledge" (432E, 436F). Although in the final analysis not relevant for the decision, the statement raises the important question whether the appellate division will in future consider going against the clear trend of its previous decisions (see *Fine v The General Accident Fire and Life Assurance Corporation Ltd supra* 220; Van der Merwe 12; and also the judgment of Miller JA 442G–443C) which support the view that one cannot be required to disclose what one does not know (cf Getz and Davis quoting the well-known passage from *Joel v The Law Union & Crown Insurance Co* 1908 2 KB 863 (CA) 884). An extended duty to disclose is admittedly not unknown to other systems of law (Van der Merwe 12), and in the Transvaal provincial division Nestadt J recently said, without relying on authority, that an insured "is obliged to disclose all material facts of which he is, or ought to have been, aware or which were ascertainable by reasonable enquiry, relating to the proposed insurance" (*Nel v Santam Insurance Co Ltd* 1981 2 SA 230 (T) 240G; cf too the words of Searle J in *Colonial Mutual Life Assurance Society Ltd v De Bruyn* 1911 CPD 103 126 that "the assured has to declare everything that he knows or ought reasonably to be expected to know, which may affect the risk" – but the judge was expressly applying English law). The institutional writers on whom Joubert JA relied (436F), viz De Groot 3 24 5 and Van der Linden 4 6 4 3, do indeed support the concept of an extended duty to speak, but probably for very special situations only. Extending the duty to disclose beyond the confines of actual knowledge would make the position of the party who is bound to disclose substantially more onerous. Should the appellate division in future be called upon directly to extend the duty in this way the matter would certainly require careful consideration.

The requirement of *uberrima fides* has not been confined by our courts to contracts of insurance but has been attached to other types of contract which presuppose some degree of mutual trust between the contracting parties (see Van der Merwe 3). The majority judgment dealt with *uberrima fides* in such general terms (433B–F) that one must assume that the death-knell has tolled for *uberrima fides* in this context as well.

Having as it were disposed of *uberrima fides* Joubert JA proceeded to consider the test for determining the materiality of facts which must be disclosed. The judge referred to the preference of English courts for the test of the reasonable insurer and to the debate before those courts and elsewhere about the desirability of applying the test of the reasonable insured (insurance proposer). Joubert JA did not regard the application of the reasonable or prudent insurer test in *Colonial Industries Ltd v Provincial Insurance Co Ltd* 1922 AD 33 as binding any

longer, since that court was applying English and not Roman-Dutch law. The judge concluded that neither of the tests referred to above should in that form be preferred for our law. Materiality should rather be determined by means of “the *reasonable man test* by deciding upon a consideration of the relevant facts of the particular case whether or not the undisclosed information or facts are reasonably relative to the risk or the assessment of the premiums” (435F–G). This test is regarded as being “implicit in the Roman-Dutch authorities and also in accordance with the general principles of our law” (435F).

The exact meaning of this “reasonable man test” is not immediately clear. In principle the requirement of reasonableness as it is employed in the context of materiality would seem to relate to the lawfulness or unlawfulness (wrongfulness) of a non-disclosure (see Van der Merwe 6 *et seq.*). Is this what the majority judgment had in mind? Joubert JA called the test objective (435H). He also referred simply to facts which are “reasonably relative to the risk” (435G) and to “the point of view of the average prudent person or reasonable man” (435H) who is personified by the court (435G). This reasonable man is not expressly placed by the court in the position of the party who has omitted to disclose the facts. All of this can certainly be interpreted to point to the fact that the court is dealing with an objective test for lawfulness. That would be a welcome development, especially if, for the sake of clarity, the courts would in future rather speak of the test of reasonableness or reasonable conduct. After all, the expression “reasonable man” is more typical of the accepted test for negligence.

Unfortunately the matter is not so simple. The importance of drawing a clear distinction between the elements of wrongfulness and fault as they apply to misrepresentation becomes especially apparent when one considers the way in which McEwan J formulated the test for materiality in *Fransba Vervoer (Edms) Bpk v Incorporated General Insurances Ltd* 1976 4 SA 970 (W). Joubert JA (435E) referred to this decision and said that the court there “in effect applied a double test,” combining the tests of the reasonable insurer and the reasonable insured. What the judge did not discuss is the fact that McEwan J seems to have formulated a test with two stages, viz “the questions whether or not the facts giving rise to the alleged . . . hazard were material and, if so, whether or not a reasonable man in the position of the [insured] would have disclosed them” (*Fransba’s* case 978D, and see also 976E, 977A). Such a formulation distinguishes between the materiality of facts and the decision whether to disclose them. “The reasonable man in the position of the insured” apparently only enters the arena for the second stage. This smacks of the so-called “negligence issue” (Van der Walt par 22 p 24) which should – as our law stands – not even be raised when mere avoidance of the contract is at stake. (See also Van der Walt par 39 p 66.) The same cautionary remarks apply to the test of the reasonable insured or proponent for insurance as it was formulated by Miller JA (444E–F, 446E) in terms of the opinion of “a reasonable man in the position of the insured possessed of knowledge of all the facts and circumstances known to the insured.” If one now takes into account that both Joubert JA and Miller JA, when formulating their respective tests for materiality, referred to the judgment which Joubert JA handed down in *Weber v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk* 1983 1 SA 381 (A) 410–411 and that Joubert JA there dealt specifically with the question of (contributory) negligence, one can no longer simply assume that the majority judgment in the *Oudtshoorn* case was formulating a test for wrongfulness.

However much this decision of the appellate division may contain impulses for the development of our law of insurance, the issues involved have not been completely resolved.

SCHALK VAN DER MERWE
University of the Western Cape

REFLECTIONS ON *INAEDIFICATIO*

The existence of accession to immovable property as a means of acquiring ownership is clear; but problems arise in determining what constitutes an annexation for this purpose. The South African law in this regard was originally determined by Innes CJ in *Olivier v Haarhof and Co* 1906 TS 497, a case which dealt with a wood-and-iron five-roomed house:

"The points chiefly to be considered are the nature and object of the structure, the way in which it is fixed, and the intention of the person who erected it" (500).

This theme was developed with increasing emphasis being placed on the criterion of the intention of the owner of the movable, and culminating in the appeal court decision in *Theatre Investments (Pty) Ltd v Butcher Brothers Ltd* 1978 3 SA 682 (A). The question was whether an emergency lighting plant, a dimmer board, and seats and carpets in a theatre were movables or immovables. The following principle was laid down by Van Winsen AJA (688D):

"A generally accepted test to be applied to determine whether a movable, capable of acceding to an immovable and which has been annexed thereto, becomes part of an immovable is to enquire whether the annexor of such a movable did so with the intention that it should remain permanently annexed thereto. Evidence as to the annexor's intention can be sought from numerous sources, *inter alia*, the annexor's own evidence as to his intention, the nature of the movable and of the immovable, the manner of annexation and the cause for and circumstances giving rise to such annexation" (my italics).

I must, with respect, differ from this approach. The emphasis afforded the intention of the annexor is based on insufficient common-law authority, is also dogmatically questionable and furthermore could lead to a result which is in conflict with public policy.

The common-law authority on which the courts rely (P Voet *De Natura Bonorum Mobilium et Immobiliarum* 4 2 and J Voet 1 8 14; eg in *Olivier's case supra*; *Macdonald Ltd v Radin* 1915 AD 454; *Standard Vacuum Refining Co of SA (Pty) Ltd v Durban City Council* 1961 2 SA 669 (A); and indirectly in *Western Bank Bpk v Trust Bank van Afrika Bpk* 1977 2 SA 1008 (O); *Theatre Investments supra*; *Melcorp SA (Pty) Ltd v Joint Municipal Pension Fund (Transvaal)* 1980 2 SA 214 (W)) relates, in my opinion, to the nature and purpose of the thing, rather than to the intention of the owner of the erstwhile movable. (See Joubert *Aanhegtings: Roerend of Onroerend* 1956 THRHR 235.)

Ulpianus *D* 19 1 17 7 states the following:

"Labeo generaliter scribit ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens, non esse aedificii: ut puta fistulae temporis quidem causa positae non sunt aedium, verum tamen si perpetuo fuerint positae, aedium sunt." ("Labeo states, as a general proposition, that whatever is in a building for its perpetual use belongs to it, but that which is only for temporary use does not; as for instance, pipes which are only attached to it for a time do not belong to a house, but if they are fastened to it permanently, they form part of it" — translation by Scott.)

The example of the water-pipe illustrates that the purpose of the thing, its permanent function (*perpetui usus causa*), was considered the criterion for *inaedificatio* in Roman Law (see Joubert *op cit* 236). This accords with the first point considered in *Olivier's case supra*.

Paul Voet's *De Natura Bonorum Mobilium et Immobilium* 4 2 forms the basis of the position of the courts:

"Etenim terrae sive solo stipitibus in terra deffossis infixum est, perinde atque aedificum, quod ea mente et intentione ibidem aedificatur, ut ibi sit perpetuo." ("For it is fixed to the soil by means of posts and earth, and it has been built in the position in which it is with the intention that it should remain there permanently" — translation by De Villiers JP in *Macdonald Ltd a quo*.)

Ostensibly this passage provides a strong basis for the position of the courts. However, when read in context, it ceases to provide watertight authority for the attention which the courts afford the intention of the owner of the movable. The passage deals specifically with the accession of windmills to land. In this sense it reads that it was in the nature of the thing to be permanently attached to the land, and that its purpose is to be of perpetual service to the land. This deduction *in contextu* is in accordance with the *dictum* of Wessels AJA in *Macdonald Ltd v Radin (supra* 489):

"If therefore the movable is of such a nature that it can be brought upon the land for its permanent use, and if the purchaser so affixes it as to be for permanent use, it seems to me it becomes a fixture. It seems to me that this is the meaning of Paul Voet, where he says that a windmill — although the greater part of it does not adhere to the soil — yet because it cannot be easily moved, it must be regarded as an immovable, for it is put there with the object and intention that it should permanently remain there."

J Voet 1 8 14 has also been followed in this regard:

"Et quod attinet domini factum, quae ante fuerunt mobilia, si aedibus applicata fuerint non temporarii, sed perpetui usus causa, sive tigna fuerint, sive columnae et marmora, aedium esse incipiunt, et ita immobilia." ("As for the act of the owner, when things which before were movable, whether beams or columns or marbles, have been attached to a house with the object of not temporary but of permanent use, they forthwith belong to the house and are thus immovable" — translation by Gane.)

However, this situation is restricted to annexations made by the owner of both the movable and the immovable. Consequently, as Van der Merwe (*op cit* 167) points out, this cannot serve as a precedent in all cases of accession to immovable property:

"Solank die eienaar van die aanhegting en die eienaar van die onroerende saak een en dieselfde is, sal die grondeienaar in die gewone loop van sake ook die bedoeling hê dat die aanhegting permanent moet wees. Die verband tussen die twee toetse, naamlik die bedoeling van die eienaar en die aard en doel van die aanhegting, is dus nie moelik om te konstrueer nie. Waar die eienaar van die aanhegting nie dieselfde persoon as die grondeienaar is nie, word die samehang tussen die twee toetse eger verbreek omdat die eienaar van die onroerende saak nie noodwendig die bedoeling sal hê dat die aanhegting permanent moet wees nie. Die tendens om die bedoeling van die eienaar van die aangehegte saak van deurslaggewende belang te maak, berus in laasgenoemde feitlike situasie glad nie op gemeenregtelike gesag nie."

From a dogmatic point of view, too, the current position is untenable. The importance which is attached to the intention of the owner of movables which are affixed, is not justified. Acquisition of ownership by *inaedificatio* (as in all cases of accession) is original, as opposed to the derivative modes, namely transfer (movables) and registration in a deeds registry (immovables). This is significant because, in the case of accession, ownership in the thing is acquired

without the assistance of the former owner. Consequently, the distinction between independent and derivative acquisition of ownership is eroded by the highlighting of an intention. (See 1977 *Annual Survey of South African Law* 235.)

The dogmatic illogicality inherent in the present situation becomes all the more apparent when factors of public policy are considered. The decision in *Macdonald's case supra* highlights this inconsistency. The dispute concerned the ownership in a milk-cooling apparatus bought in terms of a hire-purchase agreement. Innes CJ (468-469) said:

"The fundamental principle [is] that . . . *dominium* cannot be transferred or altered, save by the intent of the *dominus* . . . But it is argued that the acquisition or transfer of ownership by accession is an exception to the above. That is true, but only in certain cases and to a limited extent. Turning to the civil law as the fountain head of the doctrine, it will be found that the cases in which *dominium* could be transferred without the consenting mind of the owner, by artificial, as opposed to natural accession, were those where there had been union by a process of nature, or where one thing had been inseparably incorporated in another . . . But outside the area of these and other similar exceptions, the operation of the general rules regulating change of ownership remains unaffected. So that movable property like the machinery in dispute, the identity of which has been fully preserved, which has not been physically incorporated into realty, and which is separable from the building to which it has been attached, cannot be considered as part of the building *unless the owner intended that it should remain permanently annexed*" (my italics)

This is an attempt to create a *de iure* immovable from a thing which is *de facto* movable, an action which is in conflict with public policy. The principle of publicity attaches a greater importance to outward appearances than to the inner intention of the owner of a movable affixed to an immovable. This, *inter alia*, promotes the interests of commerce by reducing the possibility of fraudulent misrepresentation on the part of owners of immovables. The emphasis placed on intention is based on an *ex contextu* interpretation of Paul Voet's *De Natura supra* attributing the meaning of "the intention of the owner" to "*ea mente et intentionis*" instead of "the purpose of the thing" which would accord with the principle of publicity, and thus with public policy, too.

A further criticism to be levelled at the use of intention as an *indicium* of accession is that accession to realty is not a legal fiction. It does not purport to transform something which is *prima facie* movable into an immovable (in the legal sense) for reasons of public policy. It is a process of law which affords legal recognition to a situation which already exists *de facto*.

Consequently, it is submitted that the third criterion listed in *Olivier's case supra* for determining accession to realty, namely the intention of the owner of the movable, should fall away. A judgment as to immovability must be made in terms of the first two tests:

- a the nature and purpose of the thing; and
- b the manner of annexation.

If these two prove inconclusive, the movable must be considered to have retained this status, thus ruling out the possibility of acquisition or transfer of ownership by *inaedificatio*. The ownership in the movable must be decided in terms of the determinants of *traditio*, namely the *animi transferendi et accipiendi*.

The approach which I have adopted, is, however, not without difficulty. As Van der Merwe comments (1980 *Annual Survey of South African Law* 232):

"The difficulty with the application of such a principle is that the test for deciding whether a movable has become a fixture namely whether it can be detached without substantial injury to the immovable or to the movable, has become almost useless with the advancement of modern technology."

The learned author suggests that the approach of the court in *Melcorp SA (Pty) Ltd v Joint Municipal Pension Fund (Transvaal)* 1980 2 SA 214 (W) should be followed. The dispute concerned the ownership in a lift installation (which was bought in terms of a hire-purchase agreement), in a multi-storeyed building. McEwan J states (220E):

"The lift was therefore an integral part of the building, without which it could not function for its intended purpose. Although the lift might be physically severable from the building without causing damage, the intention behind its installation can only be that it should remain in the building with a degree of permanence."

Consequently, it appears that the field of application of accession to realty as an original mode of acquisition of ownership is narrowing. The development of modern technology is rendering it redundant, because of its reliance on some form of physical incorporation. Indeed, that which was considered a "feat of engineering" in 1961 — the moving of oil tanks for limited distances on a cushion of air — could possibly be regarded today as a viable proposition (see the *Standard Vacuum* case *supra* 161G).

The following procedure is suggested *de lege ferenda* to determine the ownership in movables not inseparably affixed to realty, rather than a judgment on the balance of probabilities in terms of the annexor's so called "subjective" and "imputed" intentions: If the manner and degree of annexation is not conclusive, one should look at the nature and purpose of the movable, namely to its function, to decide whether the movable forms an integral part of the immovable in the light of prevailing economic and social conceptions. If there is no apparent physical or functional connection between the movable and immovable, the ownership of the movable must be determined by the principles of *traditio*.

On the other hand one should be careful to distinguish between acquisition of ownership by *inaedificatio* and the problem of identifying the components of a thing. All things physically or functionally connected to the land should be considered accessories, whereas things whose only connection is economic are auxiliaries. Auxiliaries do not accede to the land by way of *inaedificatio*, although, in certain cases they legally follow the land, for example where the land is sold, or (perhaps) mortgaged. For a further discussion of this problem see *Senekal v Roodt* 1983 2 SA 602 (T).

ANDREW BREITENBACH
University of Stellenbosch

PROVINCIAL PRECEDENT PROBLEMS

Two recent cases indicate one of the dangers inherent in the rule of the precedent system which holds that a single judge is bound by the full bench decision of the provincial division in whose area he is sitting. In both cases a single judge was confronted by a full bench decision which was, it is respectfully submitted, incorrect. In one case the shackles were cast off; in the other, alas, not.

The problem confronting Mullins J in *Motor Marine (Edms) Bpk v Thermotron* 1985 2 SA 127 (SE) was whether an application for rescission of a default judgment granted after the striking out of the defence could be brought on notice of motion, or whether it had to be initiated by summons. It was argued by the respondent that the matter was not before the court in terms of rule 31 or 42, but under the common law; the unreported decision of the full bench of the Eastern Cape Division in *McPherson v Trust Bank of Africa Ltd* (case 27/77 1978-09-14) held that an application for rescission under the common law must be by way of action.

McPherson's case related to a provisional sentence order and it seems (from the extract of the judgment which appears in *Thermotron's* case) that it was for that reason that the court held that the applicant was not entitled to proceed under rule 31 or 42. It is submitted that *McPherson's* case could have been distinguished on this ground alone. Mullins J himself held that "I have certain reservations as to whether the application could not properly be brought on notice of motion under Rule of Court 31(2)(b)" (128E) and it is submitted that this would be a correct approach. The judge did not pursue his reservations in this matter, however, because the case had not been argued on this basis (128G).

The next point for consideration was whether the requirement laid down by the full bench was *obiter*. Despite the fact that it had been stated that even if the applicant in *McPherson's* case had proceeded by way of action, he could not have succeeded, Mullins J held the procedural requirement to be part of the *ratio* (130A).

The court held that this was the main reason for the refusal of the application in *McPherson's* case and not merely a course of subsidiary reasoning as mentioned by Schreiner JA in *Pretoria City Council v Levinson* 1949 3 SA 305 (A) 317. The fact that the procedural aspect could have been omitted from the decision was therefore not decisive. It would appear that the judge was correct in holding this to be part of the *ratio*. It seems that he was also correct in stating that there is no reason in principle why an application for rescission should have to be brought by way of action (130G). This flies in the face of the accepted principle laid down in *Room Hire Co (Pty) Ltd v Jeppe Street Mansions (Pty) Ltd* 1949 3 SA 1155 (T) where it was held that as a general rule there is a choice whether to proceed by way of action or motion (1161). Furthermore it seems that none of the cases cited actually considered why such a rule should exist. (Indeed Nathan *Common Law of South Africa* states that for rescission of a judgment on grounds of fraud, the "party aggrieved must proceed, not by ordinary action, but by means of a petition to the court . . ." - 2197.)

The tragedy is that, because of this unreported full bench decision, perceived by the court to be clearly wrong, an injustice was done. It may be that the fact that the judgment was unreported contributed to this result. Although the view of Mullins J was also expressed by King AJ in *De Sousa v Kerr* 1978 3 SA 635 (W), neither the appellate division nor any of the other provincial divisions had had an opportunity to disapprove *McPherson's* case. While the nature of that case as a precedent is not doubted, *Thermotron's* case has highlighted the importance of reporting judgments relating to principle, especially where they have emanated from a full bench. It is submitted, however, that, without doing damage to the precedent system, a bold judicial manoeuvre, regardless of whether or not the matter had been argued that way, could have saved the day.

A similar situation in the Witwatersrand local division evoked a stridently different approach. Coetzee J, sitting alone in the case of *Mekwa Nominees v Roberts* 1985 2 SA 498 (W), was faced with the following question: where a sale is conditional on the buyer's obtaining a bond within a stipulated period of time, is this a provision inserted in the contract solely for his benefit which he may therefore waive and, if so, must such waiver take place within the stipulated time? (499H). Some years before, in *Wacks v Goldman* 1965 4 SA 386 (W), Vieyra J had decided that an affirmative answer to the latter question would be an "untenable proposition" carrying with it "its own refutation" and that a reasonable time had to be allowed for the communication of the waiver. Although this proposition had been followed in a number of Transvaal cases, dissenting voices had been heard in the Cape (*Phillips v Townsend* 1983 3 SA 403 (C)) and Natal (*Meyer v Barnado and Another* 1984 2 SA 580 (N)).

It is perhaps best to begin by saying that the approach followed in the Cape and Natal, and now by Coetzee J, is the correct one. The condition involved in such cases is either a suspensive one with resolutive effect or a resolutive one. In either case, however, the effect of non-fulfilment of the condition is clear: the contract is terminated immediately on conclusion of the stipulated period and is regarded as never having come into existence. It is submitted that this flows from the very definition of a suspensive condition: that is, a clause in terms of which "the operation of the obligations flowing from the contract is suspended, in whole or in part, pending the occurrence or non-occurrence of a particular specified event" (*Design and Planning Service v Kruger* 1974 1 SA 689 (T) 695 C). Where the occurrence of the event becomes impossible by reason of a time limit then clearly the obligations fall away. In *Kruger's* case it was held that the contract is discharged by reason of an implied term to that effect, unless there is something in the contract negating such implication (697G), but it is submitted that it is not necessary to go the lengths of implying a term. (See, however, Rivalland "Waiver of conditions for the sole benefit of the purchaser" 1985 *SALJ* 60 69. The author contends that the intention of the parties is the determining factor - 74 75). It is also submitted that it is not necessary to consider the interest of the seller in imposing the time limit as was done by Kumleben J in *Barnado's* case (585-586), for if the intention of the parties was to allow waiver of the benefit accruing to the buyer after the time-limit, the limit itself would really be meaningless (*Phillips's case* 408F). While there may be no objection to the seller's waiving the time limit, as long as it remains, it is difficult to understand how the contract can continue beyond it without fulfilment of the condition.

So much for the law as it should be; the real test facing the court in *Mekwa Nominees* was, however, the *dictum* of the full bench in *Laskey v Steadmet (Edms) Bpk* 1976 3 SA 696 (T):

"Die juridiese slotsom wat ons hier bereik, kan soos volg gestel word: Wanneer 'n koopkontrak 'n bepaling bevat dat die kontrak nietig sal wees as 'n sekere voorwaarde nie vervul word nie, sal dit nietig wees by wanvervulling, onderworpe aan die volgende: As die betrokke voorwaarde tot voordeel uitsluitend van een party is, kan dié party by wanvervulling kies of hy die kontrak in stand sal hou of sal terugtree. Indien hy dit in stand wil hou moet hy die ander party binne 'n redelike tyd in kennis stel van sy besluit. Indien hy dit nie in stand wil hou nie, hoef hy geen kennis te gee nie en sal blote stilswye geen aanduiding wees dat hy die kontrak in stand wil hou nie." (699F-G italics added)

Together with this statement, as has been mentioned above, the judge was confronted with a line of single-judge cases going the same way; the method of

dealing with these is of some interest. While admitting that a departure from precedent was not to be lightly made, Coetzee J held:

“However, in this instance it is really only Vieyra J’s *ratio decidendi* in *Wacks v Goldman* 1965 4 SA 386 (W) that has been followed and no one else’s. No judge who followed him has added anything to it. I feel, therefore, free under the circumstances to depart therefrom as I am convinced that, with respect, he was clearly wrong” (502D).

(For some inexplicable reason throughout this judgment, the report refers to the plaintiff in this case as “Wax” and to Laskey as “Lasky”).

There is, of course, nothing to prevent one judge in a particular division from disagreeing with another. Is it, however, a good reason to say: “This is only Bloggs J’s *ratio* and no one else has added anything to it?” It is submitted that the sounder a *ratio*, the less is likely to be added to it. Furthermore, although no judge added anything, no judge subtracted from it either and the precedent system relates not to additions to, but to approvals of and association with *rationes*. Such an association was made by the full bench in *Laskey’s* case where Vieyra J’s judgment was reformulated by the court as cited above.

Coetzee J held that the decision was not binding because the portions of the judgment quoted in italics above were *obiter*, the observation of Hiemstra J formed no part of the *ratio decidendi* and was simply “part of a resumé of general principles with which he concluded his judgment” (502I). Now *Laskey’s* case was concerned with liability for estate agent’s commission; in order to decide the issue, the court had to determine whether the contract fell away automatically as a result of the non-fulfilment of various conditions. The court’s answer to this question was “yes, but . . .” and the answer cannot be left there. The full *ratio* is that the contract is terminated, but if the condition was inserted for the benefit of one party, he must choose within a reasonable time whether or not to waive such benefit. The nice point for decision is whether the words “within a reasonable time” are *obiter*. It is true that they were not necessary for the decision because the purchaser in that case had no intention of waiving the clause and it would appear that Coetzee J was correct in excising them from the *ratio*.

The case is, however, an example of what could almost have been a disaster. Were it not for the precise judgment used to separate the *ratio* from its padding, the decision could easily have gone the other way and it would have been extremely easy for the court to have followed without thinking the entire *dictum* in *Laskey’s* case, and to have held itself bound by it. One of the few advantages of a fragmented supreme court is also shown up. When it comes to the law ridding itself of wrong precedent, at provincial level, the fact that each division may have a separate bite at the cherry is singularly useful. In this case it is submitted that the development of disapproval of *Wacks’s* case in the Cape and Natal probably served to alert the Transvaal court to the possibility of a wrong rule and to probe for a chink in the armour which, happily, was found to be present.

A BECK

University of Bophuthatswana

HARE'S BRICKFIELDS LTD v CAPE TOWN CITY COUNCIL 1985 1 SA 769 (C)

Contract — effect of a supposition or common assumption relating to future events — voidability of a contract

It seems to be the prevailing opinion in South African case law and literature that a common assumption (or supposition) by contracting parties about a past or present fact can be made the basis of the contract (*Dickenson Motors (Pty) Ltd v Oberholzer* 1952 1 SA 443 (A) 450; *Dutch Reformed Church Council v Crocker* 1953 4 SA 53 (C) 61; *Fourie v CDMO Homes (Pty) Ltd* 1982 1 SA 21 (A) 26–27; *De Wet and Van Wyk Kontrakteer en Handelsreg* (1978) 138 *et seq*; *De Vos Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg* (1971) 11 n 5, 1976 *TSAR* 82). If the supposition is correct the contract gives rise to (all) the obligations it was intended to create. If it is incorrect, however, obligations do not arise. The prevailing opinion seems to be that a supposition is a term of the agreement between the parties (*De Wet and Van Wyk* 139 as quoted by Holmes AJA in *Fourie's* case 27; and see also the words of Holmes AJA at 25G). (One must probably accept that such a term — if the supposition is incorrect — does not itself create an obligation. Perhaps everything would be simpler to explain if a supposition were construed as the basis of the agreement which does not actually form part of the terms of the eventual contract but is accepted by the law as the foundation, as it were, on which the parties choose to build their agreement.)

The same measure of agreement which exists concerning suppositions about past or present facts does not exist concerning a supposition about a fact which will occur in the future. The question is whether a supposition *in futuro* is at all possible and, if so, what its legal nature is. In *Williams v Evans* (1978 1 SA 1170 (C) 1174–1175) Broeksma J, following the principle stated by De Vos (1976 *TSAR* 82) for our law, accepted that a supposition *in futuro* is of the same nature as one about the present or the past. *De Wet and Van Wyk* (140) state the contrary, namely that a supposition relates only to the present or the past. This point of view was apparently applied in *Sonarep (SA) (Pty) Ltd v Motorcraft (Pty) Ltd* 1981 1 SA 889 (N) 901–902. In *Osman v Standard Bank National Credit Corporation Ltd* (1985 2 SA 374 (C) 386) Friedman J cited *Williams v*

Evans and said: "If a contract is entered into on the basis of a common assumption as to a past, present or future state of affairs, and that assumption turns out to be unfounded, the contract will be void." The question whether an assumption *in futuro* was at all viable was not considered by Friedman J.

Some time before the decision in *Osman's* case the matter of a supposition *in futuro* was also raised before the Cape bench in *Hare's Brickfields Ltd v Cape Town City Council*. The decision of the court was handed down by Van den Heever J with whom Fagan J concurred. Briefly stated the facts were the following:

The plaintiff company, faced with expropriation by the city council of the premises where the plaintiff quarried raw material for manufacturing bricks, bought an adjacent property and applied to the council for permission to quarry on the property for raw materials down to a certain level. The council granted its permission subject *inter alia* to its being granted an option to purchase the property. The option was eventually granted for a purchase price of R40 000 within six months of the company's excavations reaching a specified level. In an attempt subsequently to avoid its obligations in terms of the option the company claimed a court order declaring that the contract of option was "invalid or, alternatively, [had] fallen away and [was] unenforceable" (770E). The plaintiff advanced several alternative causes of action. The council excepted to all of them.

For its fourth cause of action the plaintiff in paragraph 12 of its declaration (set out on page 780 of the report) relied on the allegation that the parties had based the option on a "material common assumption that the property was required for playing fields, would be used as such and would be zoned as public open space." According to the plaintiff the assumption was "fundamental to" the contract of option and formed its "basis" (paragraph 12 1 of the declaration). In paragraph 12 2 of the declaration the plaintiff alleged that the option was "subject to the tacit condition that the said property was and would be required for this purpose" and would be so zoned. Since the property was no longer required for this purpose, the declaration reads (paragraph 12 4), "the common assumption has failed and the condition has not been fulfilled". Accordingly the option "has . . . fallen away and is unenforceable" (paragraph 12 5).

In the course of attempting to sort out the various allegations contained in paragraph 12 of the declaration Van den Heever J apparently accepted that common material assumptions by contracting parties as to extant facts "if proved false, result in no contract coming into existence at all" (781B-C). The court agreed with the argument advanced on behalf of the council that a material common assumption as a special legal concept cannot apply to future events and that an "assumption" *in futuro* can only be a condition or some (other) term of the contract (780-781). Van den Heever J expressly held "that *Williams v Evans* 1978 1 SA 1170 (C) was wrong in so far as it may have accepted that an assumption of events *in futuro* could result in 'failure' of the contract 'if the supposition fails' (at 1174D-E)." For support of this statement the judge relied on the decision of the appellate division in *Fourie v CDMO Homes (Pty) Ltd* 1982 1 SA 21 (A). With all due respect, the direct support sought by Van den Heever J cannot be found in *Fourie's* case. That case dealt with what the defendant called a "suspensive condition," namely that upon conclusion of a contract of sale the right to draw water from the Klip River existed in favour of the land being purchased. According to Holmes AJA the "condition" related

not to the future but to the present (26H). This was the context in which the court quoted sources such as De Wet and Van Wyk 138–139 which also deal with suppositions as to extant facts. One cannot therefore rely on *Fourie's* case for guidance as to the state of our law on suppositions *in futuro*.

Van den Heever J quite rightly points out (781) that some of the decided cases often cited to support the argument for recognition of a supposition *in futuro* actually dealt with suppositions as to extant facts or even “totally different legal concepts.” In fact, the term in contention in *Williams v Evans* may well be construed as nothing other than a resolutive condition (cf *LAWSA* vol 5 par 186 n 1). But this by itself does not answer the question whether there is in principle room for a supposition *in futuro* as a distinct legal concept. The sources prior to *Williams v Evans* which are in favour of recognizing such a concept are not numerous (see e.g. De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg* 11–12 and 1976 *TSAR* 79 *et seq*; and perhaps *Dutch Reformed Church Council v Crocker* 1953 4 SA 53 (C) — an assumption that certain property might also in future be used for a specific purpose; and cf the argument by De Villiers JA in *African Realty Trust Ltd v Holmes* 1922 AD 389 400–402; cf too Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrechts* 8th ed (1900) par 97 — although one should note that the author’s construction of the consequences of the failure of a supposition does not coincide with that of our courts). Nevertheless these sources deserve consideration. The essential difference between a condition and an assumption or a supposition which forms the basis of a contract would seem to be the following: In the case of a condition the parties contract as it were in an awareness and in contemplation of an uncertainty surrounding the facts which may influence the obligation(s) they intend creating. In the case of a supposition, however, the parties accept a particular fact or circumstance as correct and certain and constituting the very basis of their consensus. In other words, they are so completely certain about the basis for their agreement that should their assumption turn out to have been unfounded the law must assume that the contract itself falls away — or more correctly, the intended obligations do not come into existence. The reason for the failure of the contract is not so much an awareness of an *uncertainty* surrounding particular facts themselves and an accompanying arrangement in that regard, but rather the high degree of *certainty* in the minds of the parties about the factual basis of their contract. Without wishing to place too fine a point on the matter one can say that in the case of a condition the parties experience the uncertainty as part of the facts themselves whereas in the case of a supposition they assume that the only uncertainty lies in their own minds.

If this approach is correct, the question arises why it should not be applied to both suppositions as to extant facts and suppositions *in futuro*. Perhaps the construction of a true supposition concerning a circumstance which by its very nature will only be ascertained in the future comes closer to the actual intention of many contracting parties who wish to subject their contract to future events, than does the construction of a resolutive condition. (This may be what De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid* 11 n 5 *in fine* has in mind.) This consideration may be particularly apposite in the case of a continuing obligation where failure of a supposition will in principle have retroactive effect whereas a resolutive condition will normally operate *e nunc*.

Should the matter come up for a decision by the appellate division the issue will merit careful consideration. An outright rejection of suppositions *in futuro* may be found to detract unjustifiably from the concepts which serve to implement the intention of parties to a contract. The ruse so blandly employed by contract lawyers to make the answer to vexing questions dependent upon the intention of the parties, may not be so bland after all.

Another interesting point broached by Van den Heever J relates to the grounds upon which a contract may be avoided. The court found that the city council, in insisting on the granting of an option, actually exceeded the statutory powers under which it gave its permission to quarry. According to the court, however, this in itself does not make the contract of option voidable. One wonders whether the point should not have been raised that the council, by insisting on an option, was unduly abusing the economic circumstances of the plaintiff as these were caused by the council's decision to expropriate the plaintiff's land. The contract may then for that reason have been voidable.

SCHALK VAN DER MERWE
LF VAN HUYSSSTEEN
University of the Western Cape

NOGAMA v HOLTSHAUZEN 1985 2 SA 581 (W)

Plante — Reg op Verwydering

Die vraag waaroor dit in hierdie saak gaan, is of 'n okkuperder, sonder die toestemming van die grondeienaar, bome en struik wat hy tydens sy okkupasie op laasgenoemde se grond geplant het, mag uithaal of beskadig terwyl hy die grond okkuper.

Die beslissings waarop gesteun word tesame met die karige weergawe van feite, skep die indruk dat mens hier met 'n huurverhouding te doen het. Dit is uit die gerapporteerde feite moeilik om te bepaal wat die partye se onderskeie posisies ten opsigte van mekaar en die grond is, behalwe dat die grond op naam van die applikant geregistreer is (583F) en dat daar 'n hangende aksie is oor die respondent se aanspraak op oordrag van die eiendom (583D). Uit feite wat nie gerapporteer is nie, blyk dit dat respondent nie 'n huurder was nie, maar 'n posisie beklee het wat gelyk gestel sou kon word aan dié van 'n *bona fide possessor* of -okkuperder of moontlik 'n regmatige *possessor*. Die respondent se status as huurder of ander *possessor* is van belang wanneer vasgestel moet word wat sy beskikingsbevoegdheid ten opsigte van plante op die perseel behels.

Op grond van "considerable common sense" beslis die hof (583A)

"that a person who brings improvements [in die vorm van struik en bome?] onto land which he hires is entitled to remove those improvements, provided he does not damage the property."

Die vrae wat in verband met hierdie beslissing opduik is wyd en uiteenlopend: die belangrikste hiervan is of daar enigsins 'n reg op die verwydering van bome en struike bestaan, en indien wel, onder welke omstandighede.

Om gesag te vind, is moeilik. In die ou bronne vind 'n mens nie in alle opsigte duidelik uitsluitel nie, 'n toedrag van sake wat ook in ons handboeke weerspieël word. Die howe, meesal in beslissings met betrekking tot huurverhoudings, is meer uitgesproke as dit kom by die verwydering van gesaaides, blomme en groente, maar is huiwerig om 'n besliste uitlating oor die verwydering van bome te gee (sien bv *Burrows v McEvoy* 1921 CPD 229; *Houghton Estate v McHattie & Barrat* (1894) 1 OR 92; *Brice v Zurcher* 1908 TS 1082; *Secretary for Lands v Jerome* 1922 AD 103; *De Beers Consolidated Mines v London and SA Exploration Company* 10 SC 359).

Volg 'n mens die spoor van die geskiedenis, blyk dit dat daar weinig duidelikheid bestaan oor die oorsprong van die begrip *implantatio* en die beginsels daarop van toepassing (Daube "*Implantatio and Satio*" 1958 *Acta Juridica* 181). Dit is ook onseker of die *implantatio*-begrip inderdaad sy oorsprong in die Romeinse reg het (Van Zyl *History and Principles of Roman Private Law* (1983) 164); of die reëls met betrekking tot *implantatio*, die reëls met betrekking tot *satio* voorafgegaan het, of andersom (Daube 181; Kaser "Die natürlichen Eigentumserwerbsarten in altrömischen Recht" 1947 *Zeitschrift der Savigny Stiftung* 219 226); in welke mate die beginsels wat op die een van toepassing is, ook van toepassing is op die ander (Kaser 227-228) en verder ook of daar 'n ooreenkoms bestaan tussen *inaedificatio* en *implantatio* (Meincke "*Superficies solo cedit*" 1971 *Zeitschrift der Savigny Stiftung* 137).

Gesag in die Romeinse reg vir die standpunt dat plantgewasse wat in die grond geplant is, die eiendom van die eienaar van die grond word, mits dit in die grond wortel geskiet het, kan gevind word in Gaius 2 74; D 6 1 53; D 41 1 7 13; D 41 1 9pr; D 41 1 26 1 en *Inst* 2 1 31 1. Aangesien 'n plant, so word geredeneer, bestaan uit water en voedingstof wat dit onttrek uit die grond waarin dit wortel geskiet het (Hijmans *Romeinsch Zakenrecht* (1917) 76) en gevolglik in iets nuuts ontwikkel, is teruggawe van die "nuwe" boom by verwydering uit die grond aan die oorspronklike eienaar van die saad of plant nie moontlik nie (Zulueta *Institutes of Gaius* (1965) 77). 'n Vorige eienaar van die saad of plant kon ook nie aandring op losmaking nie, en, indien hy dit self sou verwyder, sou hy nie weer die eienaar daarvan word nie (Schulz *Roman Classical Law* (1951) 364; Zulueta 77).

By sloping van 'n gebou, egter, het die oorspronklike eienaar se eiendomsreg in die boumateriaal wat deel van die gebou uitgemaak het, herleef. Hy kon aandring op teruggawe omdat die boumateriaal geen verandering in aard ondergaan het nie (Zulueta 77). Wat die reg op verwydering (*ius tollendi*) betref, wil dit dus voorkom of daar, in die geval van *implantatio* geen sprake was van 'n herlewing van die eiendomsreg van die oorspronklike eienaar van die plant by losmaking van die grond nie, iets wat in die geval van boumateriaal wel moontlik was.

By die Romeins-Hollandse skrywers is dit ook duidelik dat daar geen twyfel bestaan nie dat wat ook al in die grond gesaaï of geplant is, sodra dit wortel geskiet het, deel van die grond word en derhalwe ook die eiendom word van die eienaar van die grond (De Groot *Inleidinge* 2 10 9; Van der Keessel *Theses*

Selectae 215; Van Leeuwen *Censura Forensis* 2 5 7; *Roomsch Hollandsch Recht* 2 5 2; Van der Linden *Institutes* 1 7 2 2; Huber *Hedensdaegse Rechtsgeleertheyt* 2 6 19 en Voet *Commentarius ad Pandectas* 41 1 25, 1 8 13). Nie alleen word aangevoer dat plante hul voeding uit die grond onttrek en daardeur hul wese ontleen aan die grond waarop hulle groei nie (De Groot *Inl* 2 10 10; Huber *H R* 2 6 27; Voet 41 1 25), maar daar word telkens ook klem gelê op die onafskeidbaarheid of permanensie van die aanhegting. Die wyse waarop die wortels van plante hulself in die grond vestig verenig die plant met die grond (Voet 41 1 25; Huber *H R* 2 6 17). Plante word beskou as onroerende sake wat deel van die landgoed vorm (Voet 1 8 13).

Alhoewel Voet 41 1 25 'n analogie skyn te maak tussen *inaedificatio* en *implantatio* met die stelling, "[t]hings planted and sown go with the ground on the analogy of things built on other things . . ." (Gane se vertaling), stel hy dit duidelik, waar hy later in dieselfde paragraaf die vindikasie van 'n losgemaakte balk behandel, dat daar wel 'n verskil bestaan tussen die bou van sake op ander sake en die aanplant van bome.

Op die basis van *Inst* 2 1 29 noem Voet dat 'n houtbalk wat deel van 'n gebou uitgemaak het, by losmaking weer deur die oorspronklike eienaar opgevorder kan word omdat dit dieselfde gebly het as wat dit tevore was. In teenstelling hiermee en op gesag van *D* 41 1 26 1 ondergaan 'n boom gedurende die tydperk van aanhegting 'n verandering deur die voeding wat dit uit die grond onttrek, en kan die boom dus, wanneer dit ontwortel of afgekap word, nie deur die oorspronklike eienaar gevindiseer word nie.

Bogenoemde stelling van Voet, waar die planthandeling met die bouhandeling vergelyk word, gee dikwels aanleiding tot verwarring waar dit kom by die beoordeling of plante verwyderbaar is al dan nie. Waar aan 'n huurder (buite die Plakaat) of aan 'n *possessor* onder bepaalde omstandighede die reg verleen word om verbeterings wat aanhegtings is te verwyder, het ons sekerlik te doen met aanhegtings wat nie permanente aanhegtings is nie; dus met sake wat, hoewel aan die grond geheg, juis deur die aard van hul aanhegting roerend gebly het. Deurgaans word gehou by die beginsel dat die aanhegting maklik verwyder moet kan word sonder skade (of dan wesenlike skade) aan die eiendom. Indien 'n saak dus op so 'n wyse aan die grond geheg is dat dit aan die grond "kleef" (Voet 41 1 24) of "dat het daer niet van afgeligt kan worden" (Huber *H R* 2 6 10), het ons te doen met 'n onroerende saak, 'n aanhegting wat in die grond opgaan en deel word van die eiendom van die grondeienaar. Van hierdie eiendomsreg kan die grondeienaar afstand doen of, deur die verloop van regsproses, verplig word om dit te doen. As daar dus gepraat word van die verwydering van aanhegtings, word daar reeds van die veronderstelling uitgegaan dat daardie aanhegtings roerende (en nie onroerende nie) sake is.

Dit is dus nie korrek om die verwydering van plante op dieselfde grondslag te plaas as die verwydering van *inaedificatio* nie. Die analogie lê op die vlak van hul aanhegting en nie hul verwydering nie.

Plante word as deel van die grond beskou na aanleiding van die wyse van hul aanhegting aan die grond sowel as die feit dat hulle voeding aan die grond onttrek en daardeur tot wasdom ontwikkel. Die posisie is dus dat sodra 'n plant, hetsy 'n eenjarige gewas, hetsy 'n boom, wortel geskiet het en groei, so 'n plant nie anders as onroerend en dus in beginsel as onverwyderbaar beskou kan word nie.

Hierdie reël het egter nie onwrikbare toepassing nie en word aangepas om in sekere opsigte by behoeftes van die regsverkeer in te pas, byvoorbeeld:

– Die vruggebruiker en huurder kan *silva caedua* vir eie gebruik of verkoop kap (*Houghton Estate v McHattie & Barrat supra* 103; *Brice v Zurcher supra* 1084; *Foxcroft v Meiring* 1907 EDC 113 114; streng gesproke het ons hier met vorms van vrugtetrekking te doen).

– Die huurder kan gesaaides, groente en blomme plant en verwyder omdat deur die huurooreenkoms die volle genot en gebruik van die grond aan hom toegesê word en hy derhalwe ook geag word die genot en gebruik van die voedingstowwe in die grond te huur – dit kan hy alles doen mits hy die grond by verstryking van die huurtermyn terug lewer in dieselfde posisie as wat dit oorspronklik was (*Burrows v McEvoy supra* 232; sien ook Pothier *Traité de la Communaute* sec 34). Hierdie uitsonderings in ons regspraak vind aansluiting by die stelling van Van der Keessel (*Th Sel* 215), naamlik dat daar in een van die Keuren van Middelburg (*R ix a 12*) ’n bepaling bestaan het dat ’n huurder by die afloop van ’n grondhuur kan uittrek en verwyder wat daar geplant is, op grond daarvan dat die bevoegdheid van gebruik en genot aan hom deur die eienaar toegestaan is en dit hom dus behoort vry te staan om na willekeur struik te plant en hulle te verwyder. Van der Keessel is om hierdie rede dan ook ongenêë om dieselfde reg na besitters, te goeie of te kwade trou, uit te brei.

Noemenswaardig van hierdie bepaling is dat dit, soos Van der Keessel (*Th Sel* 215) dit stel, net betrekking gehad het op *plantae*, ’n begrip waaronder bome nie ingesluit was nie. Dus is daar aan die huurder te Middelburg ook steeds geen reg verleen om bome te verwyder nie.

Dat huurders hulle ook in ’n besondere posisie bevind het, blyk uit die 1658-Plakaat van die State van Holland soos gewysig en herverorden deur die Plakaat van 1696 “tegen de Pachtters ende Bruyckers van den Landen.” Artikels 10–14 van die Plakaat handel in die algemeen oor vergoeding vir verbeterings waarby inbegrepe is ’n reëling oor die verwydering van strukture (“getimmer”) voor verstryking van die huurtermyn (a 12). Artikel 14 van die Plakaat plaas ’n uitdruklike verbod onder andere op die afkap van “eenige vruchtbare Boomen ofte opgaende Hout.” Dit is egter te betwyfel of hierdie artikel geldingskrag in die Suid-Afrikaanse reg het (Cooper *The SA Law of Landlord and Tenant* (1973) 302; De Wet en Yeats *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* 4 uitg 319). Die antwoord met betrekking tot die afkap en uithaal van bome sal sover dit die huurder betref, dus ook buite die Plakaat gesoek moet word.

Soos reeds vermeld, skram ons howe weg van ’n duidelike standpunt oor die verwydering van bome, en in die *Nogama*-saak het ’n geleentheid om uitsluitel te gee, weer eens verbygeglip.

As gesag vir die standpunt dat die respondent bome en struik mag afkap en beskadig (dit blyk dat die respondent inderdaad ook bome uitgehaal of verskuif het – 583B–C) steun die hof slegs op twee beslissings, naamlik *Burrows v McEvoy supra* en *Houghton Estate v McHattie & Barrat supra*. In laasgenoemde saak word daar gesag gevind in ’n *obiter* stelling (582I) dat ’n huurder bome behoort te kan verwyder mits hy nie die grond beskadig of benadeel nie, aangesien ’n huurkontrak nie veronderstel is om aan die verhuurder enige spesiale voordeel behalwe die huurgeld in te bring nie, terwyl uit eersgenoemde saak gesteun word op die stelling (582H) dat “a lessee must be taken to have hired the strength and nourishment of the soil forming the subject of the lease.”

Soos reeds genoem, blyk dit dat die respondent nie 'n huurder was nie, maar wel 'n soort besitter, wat in die lig van wat hierbo gesê is, nie geregtig sou wees om, sonder die toestemming van die applikant, bome op die perseel te beskadig, af te kap, of te verwyder nie. Al is die struik en bome deur die respondent geplant, het hulle, toe hulle wortel geskiet het en voedingstowwe uit die grond begin onttrek het, een met die grond en deel van die eiendom van die grond-eienaar geword.

Selfs indien die onderhawige geval inderdaad op 'n huurverhouding betrekking sou hê, en daar verder aanvaar word dat die huurder 'n uitsonderingsposisie beklee met wyer regte as ander *possessores* of okkupeerders (omdat, afgesien van die magte wat hy aan die Plakaat ontleen, dit deel van sy huurooreenkoms sou wees om ook die voedingstowwe in die grond te gebruik) sou daar met die uiteindelijke bevel ten gunste van die respondent nie sonder voorbehoud saamgestem kon word nie.

Die standpunt om die huurder se reg tot die verwydering van onroerende strukture uit te brei na die verwydering van bome en ander plante (*Burrows*-saak 234; De Wet en Yeats 319) – 'n standpunt wat op die uitleg van die begrip “getimmer” in die Plakaat gegrond sou kon word – hou nie hier stand nie. Artikel 12 van die Plakaat reël die verwydering van “getimmer” voor verstryking van die huurtermyn. “Getimmer” dui op meer as blote tydelike strukture en die huurder verkry, kragtens die Plakaat, die reg om selfs permanente onroerende aanhegtings te verwyder (*Van Wezel v Van Wezel's Trustee* 1924 AD 409 415–418; sien ook *Von Holdt v Bruwer* 1918 CPD 163). Ons het egter hier met 'n stedelike eiendom (582A) te doen, wat buite die toepassingsveld van die Plakaat val (Cooper 307; De Wet en Yeats 319; *contra Silberberg Law of Property* 2 uitg 157).

Ook die standpunt met betrekking tot die beskikkingsreg oor die voedingstowwe wat uit die grond onttrek word, lewer nie bevredigende resultate nie. In die *Burrows*-saak (*supra* 235) is beslis dat 'n huurder voor die afloop van die huurtermyn geregtig is om blomme en groente wat deur hom geplant is uit te haal, mits die eiendom in dieselfde toestand gelaat word waarin dit ontvang is. Dit rede is:

“This nourishment of the soil, of which so much is made, in support of the maxim that what is sown or planted in the soil forms part of it and goes to the owner, is one of the very things which are included in the lease, and for which the landlord is remunerated by the payment of rent.”

Indien hierdie standpunt logies verder gevoer word, is daar geen rede waarom dit nie ook, soos in die onderhawige geval van toepassing kan wees op bome en struik wat op so 'n wyse uitgehaal kan word dat die eiendom na verwydering in dieselfde toestand as voorheen gelaat kan word nie (vgl Krause *Voet's Commentaries* (1922) 73).

Hierdie uitgangspunt hou stand slegs binne die huurverhouding, maar dan ook net vir sover dit betrekking het op die voedingsaspek van plante: die beginsel dat plante deur die wyse waarop hulle deur hulle wortelstelsel aan die grond geanker is, een met die grond word, bly egter nog in die slag.

Die vraag kan ook gestel word of grond ná die verwydering van plante ooit weer in dieselfde toestand (inhoudelik sowel as fisies) as voorheen afgegee kan word – hoe word bepaal presies hoeveel en welke voedingstowwe deur verskillende plante, en veral deur bome, gedurende hul groeiproses uit die grond

onttrek is? Die vraag kan selfs gestel word of die onttrekking van spoorelemente en ander voedingstowwe uit die grond deur bemiddeling van plante, by gebrek aan 'n spesiale reëling, nie neerkom op 'n teenstrydige verbruiking van die huur-objek nie (!).

Die hof het nagelaat om in gedagte te hou dat plante, uit die aard van hul groeiproses én uit die aard van hul aanhegting onroerend is. Selfs 'n wetsvoorskrif of beding dat hulle verwyder mag word, verander nie hierdie juridiese aard nie. In hierdie geval was daar geen toestemming of ander magtiging tot verwydering nie. Die uitgangspunt dat die respondent wel geregtig was op die uithaal van die struik en bome kan dus nie onderskryf word nie. Die grondslag bly steeds:

“[W]hen seed is planted, the resulting crop is incorporated with the soil by a process of nature, and becomes one with that from which it draws its nourishment. So also with trees. A sapling, it is said . . . transplanted into the soil of another, belongs to its former owner until it has taken root; after that it accedes to the soil. If in course of time it is uprooted, it does not revert to the first owner, because alien nourishment has made it a different tree” (*Secretary for Lands v Jerome* 1922 AD 103 105).

PD BRINK
AM BURDZIK

Universiteit van Suid-Afrika

DU PLESSIS v FAUL 1985 2 SA 80 (WK)

Middellike aanspreeklikheid van 'n motorvoertuigeienaar – risiko-aanspreeklikheid of skuldaanspreeklikheid en die betekenis van die vereistes “in belang van” en “reg op beheer”

In hierdie saak eis die eiseres skadevergoeding gesamentlik en afsonderlik van A (eerste verweerder en eienaar van 'n motorvoertuig) en B (tweede verweerder en bestuurder van A se voertuig) nadat B deur sy nalatige bestuur skade aan haar motor veroorsaak het. A en B het na 'n sekere plek gereis ten einde 'n gesamentlike vriend, C, te trakteer op 'n “rampartytjie” met die oog op laasgenoemde se huwelik. Die verdere tersaaklike feite is dat A vir B in 'n sekere stadium toestemming verleen het om sy motor te bestuur, veral op grond daarvan dat hy, A, nagblind is en moeilik snags bestuur. A, B en later C het te veel gedrink en na 'n stoeiery op 'n sekere plek het A “uitgepass,” C het verdwyn en B het A op die agterste sitplek van die voertuig ingelaai en verder bestuur. B het hierna weer by 'n ander plek stilgehou en gedrink terwyl A steeds op die agterste sitplek was. B het toe huiswaarts bestuur en hiertydens nalatig bestuur.

Na getuienis en wysiging van die pleitstukke was eiseres se bewerings ooreenkomstig die vereistes deur ons regspraak neergelê ten opsigte van die middellike aanspreeklikheid van A die volgende:

- a A se motor is deur B bestuur op eersgenoemde se versoek;
- b die motor is in beide se belang bestuur; en

c die motor is onder beheer van A bestuur (91G-H). Dit was gemene saak dat B die motor nalatig bestuur het.

In 'n wel deurdagte uitspraak bevind die hof by monde van regterpresident Jacobs dat A middellik aanspreeklik vir B se nalatige bestuur is en hou hulle gesamentlik en afsonderlik teenoor die eiseres aanspreeklik. Wat die vereiste "in belang van die eenaar" betref, beslis die hof dat dit nie net na vermoënsbelange verwys nie, maar ook op sosiale belange van die eenaar kan dui en dat dit nie nodig is dat die rit hoofsaaklik in belang van die eenaar hoef te wees nie. Dit is genoegsaam indien die rit in die gedeeltelike belang van die eenaar onderneem is, selfs al was die eenaar se belang aan dié van die bestuurder ondergeskik (93A-E). Hierdie standpunt is 'n korrekte interpretasie van die meeste gewysdes op hierdie punt.

Wat die beheer- of reg-op-beheer- vereiste betref, verklaar die hof dat dit om beleidsredes geregverdig is om te verklaar dat die eenaar van 'n motor, wat in sy motor teenwoordig is wanneer dit deur 'n ander minstens in sy gedeeltelike belang bestuur word, 'n reg en 'n verpligting het om beheer oor die manier van bestuur uit te oefen (93H). Die vraag is of bevind kan word dat hy steeds in beheer van die manier van bestuur is wanneer hy slaap (soos in *Manickum v Lupke* 1963 2 SA 344 (N)) of hewig onder die invloed van drank is (soos in die onderhawige geval). Die hof bevind, met verwysing na die *Manickum*-saak, dat op grond van die regsoortuiging van die gemeenskap (beleidsoorwegings dus) aanvaar moet word dat 'n eenaar hom nie van sy verpligting om beheer oor die manier van bestuur uit te oefen, los kan maak deur byvoorbeeld die vrywillige inname van drank wat hom in 'n toestand plaas wat hom onbekwaam maak om beheer oor die manier van bestuur uit te oefen nie (94F-I). Die vraag vir eers daargelaat of dit dan hoegenaamd nodig is om met die reg-op-beheer-kriterium hier te werk, beteken die uitspraak van die hof die volgende: Wanneer 'n eenaar van 'n motor toelaat of toestem (of opdrag gee) dat sy motor deur iemand anders bestuur word en hy in die motor teenwoordig is, het hy 'n plig en reg om beheer oor die manier van bestuur uit te oefen. Beleidsoorwegings (deur die regsoortuiging van die gemeenskap voorgeskryf) vereis die uitoefening van hierdie reg en plig. Kom hy hierdie plig nie na nie, deur byvoorbeeld te veel te drink of aan die slaap te raak, bly hy vir die manier van bestuur verantwoordelik en bly die risiko daarvan op hom rus. Sy middellike aanspreeklikheid is dus op hierdie verantwoordelijkheidstelling gebaseer. Dadelik moet daarop gewys word dat dit nooit die hof se bedoeling was om hier met direkte aanspreeklikheid, gebaseer op eie skuld in die vorm van nalatigheid, te werk nie (in sommige vroeë uitsprake is wel in hierdie rigting geargumenteer – kyk WE Scott *Middellike Aanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg* (1983) 246 e v). Dit gaan vir die hof suiwer oor middellike aanspreeklikheid en die *ratio* vir die verantwoordelijkheidstelling van die eenaar van 'n motorvoertuig. Met ander woorde, dit was volgens hierdie benadering nie nodig om te vra of die nalatige bestuur in die omstandighede redelikerwys voorsienbaar was en of dit deur die doen van redelike stappe vermy sou kon word nie.

Die vraag ontstaan wanneer 'n motorvoertuigeenaar van hierdie verantwoordelijkheid in sulke omstandighede onthef sal word. Alhoewel die hof dit nie pertinent uitspel nie, blyk die volgende beginsel uit die hele uitspraak: Die eenaar word van verantwoordelijkheid onthef indien daar getuienis is op grond

waarvan weens beleidsredes geargumenteer kan word dat genoeg faktore aanwesig was dat in alle billikheid en regverdigheid verklaar kan word dat die eienaar nie (meer) met die verantwoordelikheid van die bestuur belas kan word nie. Soos uit hierdie saak en ook ander wat aangehaal word blyk, sal die volgende faktore van belang wees: dat die motor uitsluitlik in belang van die bestuurder bestuur is; dat die eienaar wel instruksies oor die manier van bestuur gegee het maar dat hy in die omstandighede magteloos was teenoor 'n bestuurder wat nie daaraan gehoor wou gee nie; dat hy redelike alternatiewe reëlings getref het wat hy voorsien het nodig sou wees wanneer hy of die bestuurder nie meer in staat sou wees om behoorlik te bestuur nie (kyk 94C-E); en dat hy nie toestemming tot die rit gegee het of kon gegee het nie.

Hierdie benadering van die hof bevredig in alle opsigte. Soos ek die saak interpreteer, was dit nie vir die hof nodig om uit te maak of hier of 'n werkgewer-werknemer- of prinsipaal-agent verhouding tot stand gekom het nie. Wat belangrik was, was of hier genoeg faktore aanwesig was om die eienaar vir hierdie "diensaktiwiteit" (kyk oor die betekenis van hierdie begrip Scott (1983) 37 e v) verantwoordelik te hou. So 'n benadering maak dit inderdaad onnodig om 'n mens blind te staar teen 'n enkele kriterium soos die reg op beheer asook die presiese inhoud daarvan (kyk ook 93G-H van die uitspraak), of dat 'n "verstandhouding" tussen eienaar en bestuurder oor die reg op beheer aanwesig moet wees (92G-H) soos in *Boutcher v Du Toit* 1978 3 SA 965 (O) vereis. Trouens, dit is dan selfs ook moontlik om die verantwoordelikheid van die eienaar te bepaal in gevalle waar hy nie in sy motor teenwoordig was nie maar die rit waartoe hy toestemming verleen het steeds minstens in sy gedeeltelike belang onderneem is. (In verband met die aanspreeklikheid van die eienaar in sulke gevalle, kyk Scott 249 e v)

Daar is genoeg aanduidings dat die middellike aanspreeklikheid van die voertuigeienaar 'n uitstekende voorbeeld is van die uitbreiding van risiko-aanspreeklikheid na hierdie gevalle. In my proefskrif, *Middellike Aanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg* (1976 PU vir CHO), het ek vanaf bladsy 246 met verwysing na verskillende uitsprake hierop uitgebrei. Sonder huiwering kan verklaar word dat ook die regsontwikkeling in Suid-Afrika dui op die waarheid van die stelling van Lord Denning in *Ormrod v Crosville Motor Services Ltd* 1953 2 All ER 753 (CA) 755:

"The law puts an especial responsibility on the owner of a vehicle who allows it to go on the road in charge of someone else, no matter whether it is his servant, his friend or anyone else."

(Kyk Scott (1983) 231 e v vir die posisie in die Anglo-Amerikaanse reg.)

Omdat daar in die onderhawige saak aanduidings is dat die hof 'n benadering soos die voorgaande ondersteun, kan die benadering soos volg saamgevat word:

- 1 Wanneer 'n motoreienaar 'n ander toelaat of versoek om sy motor te bestuur, is die bestuurder besig met 'n "diensaktiwiteit" wat vir doeleindes van risiko-aanspreeklikheid en middellike aanspreeklikheid as 'n gevaarlike feit getipeer kan word (kyk Scott (1983) 35 e v).
- 2 Indien genoeg regspolitiese oorwegings (beleidsredes) aanwesig is op grond waarvan die eienaar met die verantwoordelikheid van hierdie diensaktiwiteit belas kan word (volgens die oortuiging van die gemeenskap), is hy *prima facie* aanspreeklik vir skadelike gevolge wat uit hierdie diensaktiwiteit voortspruit.

- 3 Die motoreienaar se skade word beperk tot skadelike gevolge wat uit tipiese risiko's van die gevaarlike feit (diensaktiwiteit) voortvloei (Scott (1983) 48 e v).

Die toewysing van 'n riskante regsfeit (bv 'n diensaktiwiteit) tot die verantwoordelikheid van 'n bepaalde persoon (bv die eienaar van 'n motorvoertuig) geskied op grond van verskeie regspolitiese of beleidsoorwegings ooreenkomstig die regsdoortuiging van die gemeenskap, soos regterpresident Jacobs dit *in casu* noem (94I). Navorsing het die volgende faktore in hierdie verband in die kollig geplaas: indien die aktiwiteit op sy inisiatief, deur sy opdrag, met sy goedkeuring of toestemming verrig word; dit tot sy materiële of ideële (ook sosiale) voordeel verrig word (al is dit gedeeltelik); dit met middels verrig word waarvan hy die eienaar of ander reghebbende is; hy die kapitaal wat nodig is vir die uitvoering van die aktiwiteit voorsien; hy die algemene administrasie van die aktiwiteit behartig; hy kontrole of beheer oor die werksmetode uitoefen of laat uitoefen (of wat bygevoeg kan word, die plig wat in die omstandighede op hom geplaas word om wel beheer uit te oefen); hy deur versekering gedek is teen skadelike gevolge van die aktiwiteit of andersins in staat of verplig is om die skadelike gevolge van die aktiwiteit af te wentel en so te versprei; hy in 'n goeie posisie was om die risiko verbonde aan die aktiwiteit te beperk of uit te skakel. Hierdie faktore is hulpmiddels wat aangewend word ten einde die beleidsoorweging sinvol te maak (kyk Scott (1983) 41 e v en veral 45). Die reg en plig wat 'n motoreienaar het om beheer oor die manier van bestuur uit te oefen (soos deur regterpresident Jacobs in die onderhawige saak beklemtoon), moet dan beoordeel word in die lig van die faktore hierbo genoem (en ook ander wat relevant mag wees in die besondere omstandighede). Daarom sal faktore soos 'n verstandhouding tussen die partye ten opsigte van die reg op beheer en stappe wat die eienaar gedoen het om hierdie plig en reg na te kom, asook die effektiwiteit daarvan, belangrike oorwegings wees ten einde te bepaal of hy met die verantwoordelikheid van die bestuur van die motor belas kan word. Ons howe beklemtoon by die motoreienaar-gevalle veral

- a die eienaarskap;
- b die belang van die rit vir die eienaar; en
- c die reg en plig om beheer uit te oefen.

Die aan-of afwesigheid van bogemelde faktore of die mate waarin hul wel aanwesig is, vorm die grondslag van die beleidsoorweging deur die hof.

Ten slotte kan daarop gewys word dat hierdie benadering wat op risiko-aanspreeklikheid gegrond is, nie beteken dat die alternatiewe grondslag van skuld-aanspreeklikheid daarmee uitgesluit is nie. Alhoewel skuld- en risiko-aanspreeklikheid myns insiens verskillende grondslae van skade-aanspreeklikheid is (kyk Scott (1983) 31 e v), mag dit in omstandighede moontlik wees om die aanspreeklikheid van die eienaar op grond van eie skuld te verklaar (soos hierbo na verwys). In baie gevalle sal dit egter nie moontlik wees nie en daarom vereis regverdigheid en billikheid teenoor veral ander padgebruikers en potensieële benadeeldes dat risiko-aanspreeklikheid die grondslag van hierdie oordragtelike of middellike aanspreeklikheid moet wees.

BOEKE

HULDIGINGSBUNDEL PAUL VAN WARMELO

JOHANN VAN DER WESTHUIZEN, PH J THOMAS, SUSAN SCOTT,
DEREK VAN DER MERWE, J TH DE SMIDT EN R FEENSTRA
(REDAKTEURS)

UNISA Pretoria 1984; xxii en 307 bl

Prys R30,00 + AVB

Hierdie voortreflike huldigingsbundel is by geleentheid van Paul van Warmelo se sewentigste verjaardag aan hom oorhandig ter herdenking van sy aktiewe betrokkenheid by die regs wetenskap vir bykans vier dekades. Gedurende hierdie tydperk was hy verbonde aan die Universiteit van Pretoria (1946–1973), die Universiteit van Suid-Afrika (1974–1983), in tydelike hoedanigheid in die regskool van die Universiteit van die Witwatersrand (1974–1978) en uiteindelik van 1984 af aan die Universiteit van die Noorde. In hierdie periode het hy 'n belangrike invloed uitgeoefen op studente, kollegas in verskillende regs fakulteite en op die Suid-Afrikaanse regspraktik. Sy ongeëwenaarde werkywer word weer spieël in die groot aantal publikasies wat uit sy pen verskyn het: 14 omvangryke regs werke, 78 artikels in regstydskrifte dwarsoor die wêreld, 8 vonnisbesprekings en 'n lang lys boekbesprekings. Eredoktorsgrade in die regs geleerdheid is reeds deur die Universiteit van Kaapstad (in 1981) en sy *alma mater*, die Universiteit van Pretoria (in 1984) aan hom toegeken. Sy belangrikste bydrae is myns insiens die tydrowende en ondankbare toeganklikmaking van talle Romeins-Hollandse regsbronne. Sy versorging van die monumentale werk van Van der Keessel *Praelectiones Iuris Hodiernie ad Hugonis Grotii Introductionem ad Jurisprudentiam Hollandicam* in 6 bande (1961–1975) sal sy naam in regsannale van Suid-Afrika verewig. Saam met sy medewerkers het hy die moeilike manuskripte ontsyfer, vertaal, geannoteer, geïndekseer en vir publikasie gereed gemaak.

Die huldigingsbundel bevat bydraes deur oud-studente, voormalige universiteitskollegas en 'n aantal beroemde Europese Romaniste en regshistorici wat aan Paul van Warmelo ere bring as 'n persoonlike vriend en bekwame kollega. Die bundel bevat ook 'n *curriculum vitae*, 'n lys van publikasies en 'n nostalgiese huldeblyk aan die mens Paul van Warmelo deur professor Spies, 'n persoonlike vriend en professor *emeritus* in die geskiedenis aan die Universiteit van Pretoria. Die bydraes is van uiteenlopende aard en in verskillende tale geskryf.

En groep bydraes bestaan uit streng wetenskaplike besprekings van bepaalde aspekte van die Romeinse reg. So behandel Ankum van die Universiteit van

Amsterdam die vraag of slawe in die klassieke Romeinse reg die bevoegdheid gehad het om *res mancipi* namens hul meesters deur middel van *mancipatio* oor te dra (6-17). Hy ontleed drie relevante tekste uit Cicero *ad Atticum*, die *Digesta* en die *Fragmenta Vaticana* en kom tot die gevolgtrekking dat slawe nie sodanige bevoegdheid gehad het nie. 'n Bydrae van die beroemde Max Kaser handel oor die sogenaamde bonitariese of praetoriëse eienaars, by name die *bonorum possessor* en die *bonorum emptor* (144-163). Hy bespreek die regs-middels wat tot beskikking van hierdie "eienaars" was, naamlik die *actio publiciana* en die *actio serviana* en kom tot die slotsom dat die ware bonitariëse "eenaar" 'n absolute reg verkry het wat hy ook teen die eenaar *ex iure Quiritium* kon laat geld. Professor Thomas, die opvolger van Paul van Warmelo aan die Universiteit van Pretoria, lewer 'n interessante bydrae oor *concupinatus* in die Romeinse reg (230-236). Sy standpunt is dat *concupinatus* dui op 'n seksuele verhouding tussen 'n getroude of ongetroude man en 'n vrou wat nóg 'n maagd, nóg getroud, nóg 'n weduwee, nóg 'n prostituut is. Sodanige verhouding was suiwer *de facto* en het geen regsgevolge gehad nie behalwe in die negatiewe sin dat partye daarby nie skuldig was aan *adulterium* of *stuprum* nie. Hoewel *concupinatus* deur wetgewing van die Christenkeiser Constantinus in 326 AD aan bande gelê is, wys Thomas daarop dat die instelling van *concupinatus* om sosiale en sosiologiese redes nie in die na-klassieke Romeinse reg verdwyn het nie. 'n Verdere bydrae oor die Romeinse reg kom van die bekende Franz Wieacker, *emeritus* professor van die Universiteit van Göttingen. Hy bespreek die wisselwerking tussen die navorsing gerig op samestelling van die egte teks van die oorspronklike *Digesta* en die soektog na interpolasies in die *Digesta* 276-284. Hoewel die doel van eersgenoemde is om die *Digesta* te *bekragtig* terwyl die interpolasiejagters hul ten doel stel om die klassieke en na-klassieke Romeinse reg te *vind*, wys Wieacker daarop dat die raakpunte tussen hierdie twee navorsingsterreine nie onderskat moet word nie. Toepaslike teksvariante en geslaagde verbeteringe van die *Digesta*-teks kan daartoe bydra dat onnodige, oorhaastige en verkeerde interpolasievoorstelle verongeluk word. Ook is die grense tussen meganiëse oorleeringsfoute en opsetlike interpolasies nie so duidelik as wat met die eerste oogopslag veronderstel word nie. 'n Laaste indringende bydrae oor die Romeinse reg uit die pen van JE Spruit handel oor die *Senatus Consultum Velleianum* (194-215). Dit is amper asof sy haar daarin verlustig as sy die talle redes aanhaal waarom vroue deur hierdie wetgewende maatreël verbied is om vir andere borg te staan. Sy toon aan dat die resepsie van hierdie *Senatus Consultum* in die Noord-Nederlande vir die eerste keer vermeld word deur Philips van Leyden (\pm 1326-1382) en daarna deur Jean Boutillier (\pm 1340-1395). Volgens Philips van Leyden is vroue verbied om borg te staan omdat dit in belang van die gemeenskap is dat vroue nie sonder bruidskat gelaat word nie!

'n Bydrae wat nou saamhang met die voriges is dié van DH van Zyl, oudstudent en voormalige kollega van Paul van Warmelo en tans regter van die Hooggeregshof. Hy behandel die rol van Cicero as regsfilosoof en bespreek Cicero se siening van filosofiese begrippe soos die natuurreg, *aequitas*, *fides*, *honestas* en *humanitas* (238-255). Hoewel hy die standpunt huldig dat Cicero se grootste bydrae die oorplanting van Grieks-filosofiese denkbeelde op die Romeins-regtelike denkwêreld is, sien hy Cicero nie bloot as 'n naskrywer van Plato en Aristoteles nie maar as 'n oorspronklike regsfilosoof in sy eie reg.

'n Interessante bydrae oor die oud-vaderlandse reg is versorg deur John Gillissen, professor *emeritus* van die Universiteit van Brussel. Hy bespreek die

resepsie van Romeinsregtelike denkbeelde omtrent die status van die kind in die verskeidenheid van stads- en streeksregte wat gedurende die 15de tot 18de eeu in die Suid-Nederlandse geweste (tans België) gegeld het. Hy bevind onder andere dat 'n soort *patria potestas* op die lees van die Romeinse reg gedurende die 17de en 18de eeu ontwikkel het, wat deurspek was met inheemse kenmerke wat onder andere tot gevolg gehad het dat dié *patria potestas* na die dood van die vader deur die moeder en selfs deur die skoonvader voortgesit is. Belangwekkende gegewens omtrent die resepsie van 25 as meerderjarigheidsouderdom en samesmelting van Romeinsregtelike en inheemsregtelike voogdy word ook vermeld.

Die bundel bevat drie bydraes oor die Romeins-Hollandse reg. Professor De Smidt toon in sy bydrae die sogenaamde “wit vlekke” aan wat daar bestaan in die publikasie van die regspraak van die Hoge Raad (1582–1839) en die Hof van Holland, Zeeland en Wes-Friesland (1428–1839). Reuse vooruitgang is die afgelepe 65 jaar gemaak met die publikasie van die *Memorialen* van die griffier van die Hof van Holland, Jan Rosa (1428–1447) en die *Observationes Tumultuariae* van Van Bijkershoek en Pauw (1704–1787), maar verskeie periodes lê nog braak en wag om ontgin te word. Professor JC de Wet versorg 'n bydrae oor 'n ongepubliseerde aantekening op De Groot se *Inleidinge*. Hierdie handskrif is deur 'n kollega op 'n vendusie gekoop en het uiteindelik in die biblioteek van die Universiteit van Stellenbosch te lande gekom. Hierdie aantekening is volgens professor De Wet “'n gewrog van 'n praktisyn.” Dit is geskryf deur 'n persoon wat homself “echo” noem. Uit gegewens in die geskrif bepaal De Wet dat hierdie werk van 'n Middelburgse praktisyn afkomstig is en dat dit heel waarskynlik JE Austen is wat Schorer se Latynse aantekeninge op De Groot se *Inleidinge* in Nederlands vertaal het. In hierdie vertaling se voorwoord bejammer Austen homself oor die “onaangename, dorre” taak van vertaling wat hy onderneem het en beskryf homself as “de echo of weêrklank van den oorsprongelijken Schrijver.” 'n Verdere bydrae oor die Romeins-Hollandse reg is 'n belangwekkende bespreking deur Robert Feenstra van 'n teks in De Groot se *De Jure Belli ac Pacis* (70–80). Dit handel oor die vraag of 'n *bona fide*-koper van 'n saak wat dié saak aan 'n vindiserende eienaar moet teruggee, aanspraak kan maak op geldelike vergoeding. Volgens die betrokke teks van De Groot (2 10 9 1) kon die *bona fide*-koper slegs sodanige vergoeding eis indien die saak voorheen in die hande van seerowers geval het en wel op die grondslag van *negotiorum gestio*. Feenstra wys daarop dat die koper volgens natuurregsreëls nie op ander uitsonderingsgevalle soos gesanksioneer deur die resepsie van inheemse gebruike kon steun om teruggawe van die koopprys te eis nie. Die inheemse uitsonderingsgevalle (o a die koop op “vrije markte,” “tafelhouders” en “oude kleerkopers”) word slegs in die *Inleidinge* 2 3 6 behandel. Die laaste bydrae oor die Romeinse-Hollandse reg verskyn uit die pen van Heleen Gall. Sy versorg 'n manuskrip van Pieter Ockers (1628–1678) wat 'n versameling van vonnisse van die Hof van Holland en die Hoge Raad uit die tweede helfte van die 17de eeu bevat. Uit hierdie versameling bespreek sy drie interessante hofsake wat oor die destydse eiesoortige Joodse huweliksvoorwaardeskontrak, die *ketuba*, handel.

Vier voormalige kollegas van Paul van Warmelo lewer bydraes oor die Suid-Afrikaanse reg. CP Joubert, tans appèlregter, bespreek die historiese ontwikkeling van die reël van die strafprosesreg dat “niemand 'n tweede keer weens dieselfde strafbare feit behoort vervolgt te word nie” (110–116). Hy wys daarop

dat die toepassingsveld van hierdie reël wat in artikel 336 van die Suid-Afrikaanse Strafproseswet 51 van 1977 vervat is, reeds deur die middeleeuse kommentator Bartolus (1314–1357) bepaal is. Die huidige dekaan van die regs fakulteit van die Universiteit van Pretoria, DJ Joubert, onderneem 'n insiggewende regs-historiese en regsvergelykende studie van die afstanddoening van serwituutregte (188–126). Professor Ellison Kahn, doyen van die regskool van die Universiteit van die Witwatersrand, verduidelik sy standpunt dat die ongeldigverklaring van testamente weens die nie-nakoming van tegniese formaliteite (*in casu* die presiese plek op die bladsy waar die testateur sy handtekening maak) tot verdeling van die bedoeling van die testateur lei (128–142). Hy stel voor dat die wetgewer 'n prosedure moet skep ingevolge waarvan die hooggeregshof in laaste instansie oor die geldigheid van sodanige testament moet besluit. Johan Scott van die Universiteit van Pretoria behandel die vraag of medewerkende opset aan die kant van die benadeelde net soos bydraende nalatigheid sy skadevergoedings-aanspraak ingevolge artikel 1(1)(a) van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding van 1956 kan beïnvloed (166–178).

Twee bydraes handel oor Engelsregtelike beïnvloeding van die Suid-Afrikaanse reg. Basil Edwards van die Universiteit van Suid-Afrika illustreer hoe die Engelsregtelike leerstukke van “presumed intention” en “proper law of the contract” op die gebied van die internasionale privaatrecht die Suid-Afrikaanse regspraak in die sfeer van kontrakte wat 'n vreemde element bevat, beïnvloed het (38–67). Hy bespreek onder andere die resente uitspraak van regter Grosskopf in *Improvaire (Cape) (Pty) Ltd v Establissemments Neu* 1983 2 SA 138 (K). Reinhard Zimmermann van die Universiteit van Kaapstad toon aan dat verskeie Engelsregtelike leerstukke soos die onherroeplikheid van gesamentlike testamente van eggenote, die leerstuk van eleksie in die erfreg en die leerstuk van die “undisclosed principal” reeds gedurende die laaste helfte van die 19de eeu deur die *Supreme Court* van die *Cape of Good Hope* geresipieer is (286–307). Hierdie bydrae bevat ook interessante lewensbeskrywings van die vroegste hoofregters van die Kaapse hooggeregshof tesame met insiggewende opmerkings omtrent die gehalte van die regspraak van hierdie tydperk.

Die laaste groep bydraes handel oor uiteenlopende onderwerpe. Professor Thomas Smith, *emeritus* professor van die Universiteit van Edinburgh, bespreek die vraag of regsverhandelinge as gesaghebbende bronne van die reg beskou kan word (180–191). Hy verwys na die siteerwet van 426nC wat aan die werke van bepaalde klassieke Romeinse juriste groot gesaghebbendheid verleen het. Hy wys daarop dat die regs werke van Romeins-Hollandse skrywers soos Grotius, Voet, Van Leeuwen, Huber, Van Bijkershoek, Van der Keessel en Van der Linden as gesaghebbende bronne in die Suid-Afrikaanse reg beskou word, terwyl belangrike regs werke oor die Skotse reg soos Stairs se *Institutions of the Law of Scotland* (1681) slegs as “institutional works” figureer. Die tydgenootlike werke van nóg Suid-Afrikaanse nóg Skotse skrywers word as gesaghebbend beskou; intendeel, in Skotland geld die algemene reël: “Better read when dead.” Peter Stein van die Universiteit van Cambridge skets die lotgevalle van die drieledige verdeling van die privaatrecht in personereg, sakereg en prosesreg soos beliggaam in die Institute van Gaius en Justinianas (218–227). Hy toon aan dat Humaniste soos Donellus (1527–1591) en Vinnius (1588–1657) en selfs die 18de eeuse Franse skrywers Bourjon en Pothier en uiteindelik ook die Franse Code Civil deur die Gaiaanse indeling beïnvloed is. Daarenteen is die Duitse BGB en die Pandektiste geïnspireer deur skrywers wat besiel was met die gedagte dat 'n ideale stelsel

van natuurregsreëls uitgewerk kan word wat vir enige situasie toepaslik kan wees. Voorbeelde van sodanige pogings is Lord Stair se *Institutions of the Law of Scotland* (1681) en Jean Domat se *Les Lois civiles dans leur ordre naturel* (1689–1694). 'n Laaste bydrae van Danie Visser van die Universiteit van Kaapstad handel oor die meganismes waarvolgens lede van die “inheemse” bevolking van 'n land met 'n pluralistiese regsorde geheel en al of gedeeltelik vrygestel kan word van hule eie “inheemse” regstelsel (258–273). Visser vergelyk die Suid-Afrikaanse regsposisie soos blyk uit artikel 31 van Wet 38 van 1927 met die posisie in die voormalige Franse, Belgiese, Portugese en Nederlandse Kolonies in Afrika en Nederlands-Indië. Ten slotte word riglyne vir die verbetering van die Suid-Afrikaanse regsposisie aanbeveel.

Die ryke verskeidenheid van onderwerpe wat in hierdie bundel saamgevat is en die hoogstaande gehalte daarvan is 'n treffende huldeblyk aan Paul van Warmelo.

CG VAN DER MERWE
Universiteit van Stellenbosch

JUDGES AT WORK 1910 – 1950

HUGH CORDER

Juta Cape Town, Wetton and Johannesburg 1984; xxxii and 252 p

Price R38,50 + GST

This recent work by Hugh Corder comes at an interesting time in South African jurisprudence when more lawyers, admittedly academic, are beginning to question the role judges play in the socio-economic and political order. (See for example: Forsyth and Schiller “The Judicial Process, Positivism and Civil Liberty II” 1981 *SALJ* 218; Dugard “Some Realism about the Judicial Process and Positivism – A reply” 1981 *SALJ* 372; Cameron “Legal Chauvinism, Executive-Mindedness and Justice – LC Steyn’s impact on South African Law” 1982 *SALJ* 38; Van Blerk “The Irony of Labels” 1982 *SALJ* 365; Dyzenhaus “LC Steyn in Perspective” 1982 *SALJ* 380 and “Judging Judges and Ourselves” 1983 *SALJ* 496; Kentridge “Pathology of a Legal System” 1980 *University of Pennsylvania Law Review* 603; Rabie “Regbank en Akademie” 1983 *De Jure* 21; Wacks “Justice and Injustice” (inaugural lecture, University of Natal); Davis “Positivism and the Judicial function” 1985 *SALJ* 103.)

A similar interest is present overseas, particularly in the United Kingdom where Professor Griffiths (*Politics of the Judiciary*) has written on the role judges play in society.

Why then Dr Corder’s book, and why deal with the period prior to 1950? Corder answers this question at the beginning of his book where he writes:

“[A]lmost all commentators concentrate on the period since the present government’s accession to office in 1948, and tend to assume that the courts functioned actively as

agents of justice and equality before that date. Secondly, almost all conclusions are based on vague impressions or limited samples of judicial pronouncements. There has been no systematic study of the role and attitudes of the judiciary, and even the important works of Dugard, Sachs and Kuper were based on an examination of a relatively narrow field of judicial activity.”

Corder certainly remedies these deficiencies as he exhaustively examines the educational, socio-cultural infrastructure of the judges who sat on the appeal bench between 1910 and 1950, as well as by illuminating the political context in which decisions were made.

In his examination of the “judicial infrastructure” he finds that for the most the judges came from the privileged classes of society – which was, and probably still is, quite common.

He examines the judgments of the AD in the various fields which most obviously involve matters of social and political policy. The fields of examination chosen by Corder include civil liberties, resistance and rebellion against government, industrial relations, immigration by Asians, as well as land ownership and occupation in the Transvaal.

Although there are some exceptions to be found, the overall position of the AD with regard to the abovementioned fields was to support the legislature, and so, Corder argues, help maintain the socio-political *status quo*.

It is sufficient to mention three areas considered by Corder to determine his conclusions concerning the role of the judiciary.

In the field of industrial relations, for example, he points out that the judges were on the whole fairly sympathetic towards employees (128) with respect to workmen’s compensation and conditions of employment; less so in dealing with strikers, and that they accepted the trade unions, unlike their English brethren. But, argues Corder, this was done rather in support of the legislature’s policy with regard to social conflict than of their own accord.

In dealing with race relations Corder concludes that in the field of racial discrimination the judiciary seemed quite happy to

“carry out legislative and electoral opinion in matters of race to the full. Except for *Detody* and, to a lesser extent, *Abdurahman* and *Abel*, there is no apparent attempt by the court to mitigate the harsh effects of oppressive laws, or to criticise their substance and application. Whether it be in respect of segregation of public amenities, the exercise of discriminatory liquor or sex laws, or crass prejudice, nowhere is there a sign of an endeavour to adhere scrupulously to the doctrine of equality of all people before the law, or even to remind the lawgiver, ever so gently, of this principle” (167).

In the field of land ownership and occupation his criticism is similar to that relating to racial discrimination where he notes the willingness of the judiciary to implement the harsh legislative policy of the legislature “without showing much concern for, or understanding of, the human consequences of the statutes” (215). Thus, Corder argues, there was a “close identification by the judiciary with the race policy of the social elite” (215).

His final assessment of the judiciary during the period 1910 and 1950 is that it failed to protect the individual adequately against encroachment upon his rights by the legislature, or put differently, the ruling social elite:

“In the end, judicial performance can be summed up as having been situated within the main current of ruling opinion in South Africa over the four decades, a course of conduct

quite in accordance with the curial history and contemporary events. In this process standards of justice suffered, and it has been shown that the judiciary failed to recognise the symptoms of its erosion. If criticism is to be made, it must be that the AD failed to display a positive commitment to justice on those occasions when the legislative will was advancing injustice in the social formation. In this way, the judges unwittingly aided the development of the socio-legal system which ignores many of the basic principles of justice in South Africa today" (241).

Whether or not one agrees with Corder's conclusions, his scholarship is beyond question. He expresses the same moral indignation and criticism of the judiciary as others do, notably Dugard – but it seems that Corder has moved beyond the restrictive "liberal model" by analysing and assessing the judicial function within a socio-political context.

But there appear to be problems with the conclusions drawn by Corder with respect to the functioning of the judiciary during this period. The problem relates rather to the "liberal tradition" (which enjoys a presence in Corder's work).

Two questions seem to be pertinent: should or could the judges have done something to oppose the legislative onslaught on justice? And, secondly, if they should/could have done something – what should they have done?

At least Dugard, amongst others, has argued that the judiciary should have manipulated the rules of interpretation in order to arrive at a just solution, and he has attacked positivism as being partly responsible for promoting injustice. It is not clear whether Corder also holds these views nor can this be ascertained from Dugard's review of the book (1985 *SALJ* 755 – 758).

Corder justly admits that the judiciary was allocated the weakest position in government (143) and that parliament had the ability to negate any "unpopular" decision it should make. Furthermore, he admits that the judges were locked into a judicial role which was supportive of the *status quo* – but that they did not object vociferously (244).

It is difficult to see exactly what the judiciary could have done. It seems that the most that could have been done was to speak out against injustice and manipulate the rules of interpretation as far as possible in order to champion the cause of liberty and the rights of the individual. This, it seems, is the view essentially adopted by Dugard. The efficacy of such a "libertarian" approach is highly questionable, if not illusory, for as Corder himself points out, the supremacy of parliament would soon have remedied the effect of "rebellious" judgments, as in fact happened in the 1950s.

Indeed, to expect the judiciary here, or anywhere for that matter, to act as a species of "opposition" to the legislature when the latter behaves in a legislatively reprehensible manner seems to be expecting too much from this arm of government. Traditionally such limitation on executive power should be exercised by the legislature, and not by the courts. The courts' power in this respect has always been circumscribed here and in England. The United States is a notable exception in that the supreme court enjoys a loftier position and is charged with testing the constitutionality of legislation – a duty long recognised and respected by that socio-political formation.

Furthermore, it is difficult to see how justice can be promoted by "libertarian" interpretations and utterings when applying legislation tainted with turpitude. In short, it seems that much of the criticism levelled at the judiciary by primarily "liberal" commentators, can be understood a little better by the realisation that

they expect far too much from the judiciary and overestimate its role in promoting justice.

Raymond Wacks (*Judges and Injustice* – inaugural lecture, University of Natal 1983–03–23) forcefully makes the point that

“[t]he judge seeking to do justice in an unjust system is plainly at the mercy of the legislature; as Didcott J recently remarked: ‘Parliament has the power to pass the statutes it likes, and there is nothing the courts can do about that. The result is law. But that is not always the same as justice. The only way that Parliament can make legislation just is by making just legislation’” (as quoted by Wacks 13).

The question whether the judiciary should oppose or speak out against government policy becomes almost peripheral when Professor Griffiths points out that

“law and politics, judges and Ministers, are all engaged in the same undertaking, the exercise and management of public power. Law is in truth an all-pervasive force, not merely something to be set over against political behaviour but integral, making a whole with it. Neither can be understood without the other. Law creates political power and contains it. Politics provides the context within which law operates” (*New Statesman* 1985–03–15 26).

Here in South Africa there is a new and vociferous debate about the judicial function. It seems that a new breed of lawyers is emerging who are effectively challenging the old limited and illusory liberal approach.

Thus Davis, *inter alia*, has argued that there is a need to move away from the positivist epistemology into a non-positivistic analysis. He writes:

“[W]hat is being suggested is that the judicial function be viewed both in terms of the prevailing political ideology and the nature of the ideology of law. The way in which these ideologies affect the manner in which the judges proceed with the business of interpreting legal norms cannot be understood by empirical observations alone.

Hence an analysis of the judiciary needs to transcend the limitations of a positivist epistemology. Only in this manner can jurisprudence develop an understanding of the way in which the relationship between legal and political ideology and the nature of language shape the judicial function” (1985 *SALJ* 103 118).

Dr Corder’s book is certainly a contribution to this new epistemology and deserves the attention of all legal scholars. It is a fine contribution to South African legal history and jurisprudence.

ANDREW CAIGER

University of Bophuthatswana

NEW MARRIAGE (MATRIMONIAL) PROPERTY ACT 88 OF 1984

by AS VAN DER SPUY

Cosmos Publications (Pty) Ltd, Marshalltown; iv & 140p

Price R20,00 + GST (soft cover)

This book is one of the first publications dealing with the new Matrimonial Property Act 88 of 1984. It is aimed at a wide market – the author states in his preface (3): “[P]ractical knowledge of the new Act is essential for all concerned individuals and this book provides the knowledge for specialist and lay person

alike” and “[the] handbook will be useful and informative to the general public, but we consider that its real value rests in the practical assistance it may offer to judges, advocates, attorneys, notaries, magistrates . . . [and] law students . . .” The book is thus intended to be a practical guide, primarily for the benefit of legal practitioners.

For various reasons, the 60 odd pages of text do not, however, quite succeed in achieving this aim.

In the first place, the work is too superficial to be of real value for practitioners. Important problems arising from the application or interpretation of certain provisions of the act are dealt with cursorily, or not at all. A single example will suffice to illustrate the point. The numerous uncertainties concerning the practical effect of both spouses married in community of property for certain transactions, receive scant attention. The relevant types of transactions and forms of consent are listed (20–23) and the protection afforded by section 15(9) to third parties in cases where the necessary consent is absent, is briefly mentioned (26 par 2.0). Beyond exhorting third parties to insist on *written consent* by the other spouse for *every transaction* concluded with a spouse married in community of property (26 par 4.5) – a somewhat drastic measure – there is no attempt at for example discussing possible interpretations or giving guide-lines concerning the application of the act.

Secondly, certain changes brought about by the act are not mentioned at all. An example is the fact that the Succession Act 13 of 1934 is amended, by section 27, to provide that where a spouse, married in accordance with the accrual system, dies intestate, the surviving spouse’s share of the accrual is taken into account when calculating the amount that the survivor inherits from the deceased.

In the third place, incomplete information concerning certain aspects sometimes creates a misleading picture. The author’s explanation of section 18(a) and (b) (59–60) (concerning *inter alia* delictual claims between spouses married in community of property), for example, does not indicate that the damages now recoverable in such claims are limited to damages “other than damages for patrimonial loss . . .”

Finally, statements are made which are quite simply incorrect. The point can be illustrated by quoting only one or two examples. On page 44 the author states: “[T]he result of the above . . .” (“the above” being section 23 of the act) “is that after 1 November 1984, neither a husband nor a wife is liable to contribute more than his or her *pro rata* share of the household necessities, i.e. each in accordance with his or her income.” Section 23, however, expressly changes the basis of this liability from *income* to *financial means*, which has a much wider meaning. On page 60, the author states, concerning the marriage of a minor concluded without the necessary consent: “[I]f the marriage is not set aside then any Antenuptial Contract is given full effect if accrual is included.” Section 24(2) in fact provides that in such a case “any antenuptial contract in terms of which the accrual system is included . . . is deemed to have been validly executed.” This means that only an antenuptial contract which includes the accrual system will be given full effect, that is to say, despite absence of the consent of the minor’s guardian to it. (Incidentally, section 24(2) of the act is incorrectly reprinted on page 85 of the book. It reads “[I]f such a marriage is dissolved . . .”, but should read “[I]f such a marriage is *not* dissolved . . .”)

Appendices II and III may well be of value to especially advocates and attorneys. They contain specimen antenuptial contracts and court application forms, reflecting the changes in legal rules and encompassing the new procedures brought about by the act.

It should be obvious that, as far as the value of the book for lay readers is concerned, certain of the inaccuracies and omissions that I have pointed out will also take their toll. Their book will, however, furnish the lay reader with a general idea of the changes brought about by the new act. The numerous examples illustrating the accrual system (32-34) and the diagrams illustrating the different matrimonial property systems (52-58) are especially helpful in this regard.

ANNÉL VAN ASWEGEN
University of South Africa

**GRONDTREKKE VAN DIE SIVIELE PROSESREG IN DIE
LANDDROSHOWE**

deur CF ECKARDT

Juta en Kie Kaapstad, Wetton, Johannesburg 1984; lxi en 412 bl

Prys R48,00 + AVB (sagteband)

Hierdie boek is in meer as een opsig 'n baken in die Suid-Afrikaanse regsletteratuur. Nie net is dit die eerste Afrikaanse handboek oor die siviele proses in die landdroshowe nie; dit is ook een van die weinige boeke waarin gepoog word om die praktiese inslag van hierdie vakgebied tot sy reg te laat kom. Die skrywer is 'n juris met wye praktykservaring en juis vanweë hierdie agtergrond is hy goed toegerus om 'n werk van dié aard die lig te laat sien.

Op bladsy 8 is die skrywer se benadering tot die prosesreg duidelik merkbaar. Volgens hom moet die reëls en prosedure van die siviele prosesreg teen die agtergrond van 'n geding tussen die twee partye gesien word. So gesien, word die reëls instrumente in 'n taktiese spel wat daarop gemik is om 'n oorwinning vir 'n bepaalde party te bewerkstellig. Hiermee saam moet praktisyns, as beamptes van die hof, in gedagte hou dat hulle 'n verpligting het om toe te sien dat die reëls nie vir "tegnikaliteite" misbruik word nie, maar dat dit gebruik word om geskilpunte tussen die partye te isoleer sodat die algemene beginsels van die materiële reg wat toepassing vind, duidelik na vore kom.

Die helder en eenvoudige wyse waarop die wet en reëls bespreek word, getuig van iemand wat sy vakgebied tot 'n groot hoogte bemeester het. Daar is egter dele van die werk wat aan diepte ontbreek. Die bespreking van byvoorbeeld artikel 28(1)(a) van die Landdroshowe Wet 32 van 1944 in die hoofstuk oor jurisdiksie is myns insiens ietwat skraap. Benewens die vestiging van jurisdiksie, kon die kwessie van verlies daarvan soos onder andere bespreek in *Tick v Broude* 1973 1 SA 462 (T) ook aandag geniet het.

Die boek is mildelik geïllustreer met voorbeelde van kennisgewings en pleitstukke. Hierdie voorbeelde tesame met die gedetailleerde voorskrifte vir die opstel van stukke behoort veral vir die leerklrek, pupil en senior student van baie hulp te wees. Vir die skrywer bly dit egter nie net by die weergee van voorbeelde nie. Ten einde die relevante beginsels bloot te lê, neem hy 'n bepaalde aspek, byvoorbeeld "Die Voorbereiding en Verhoor" (hoofstuk 15) en behandel dan die relevante wetsartikels en reëls in samehang daarmee. Sodoende bring hy die logiese aard van die siviele prosesreg na vore. Hoofstuk 16 bevat 'n waardevolle bydrae wat handel oor koste. Daar bestaan lank reeds 'n behoefte aan 'n samevattende bespreking van die aspekte wat verband hou met koste in die landdroshof. Hierdie hoofstuk vul daardie leemte.

Ek is dit eens met die skrywer (8) dat navorsing ten opsigte van hooggeregs-hofprosedure met vrug aangewend kan word by die bestudering van die ooreenstemmende prosedure in die landdroshof. Die gewysdes wat in die voetnote voorkom, toon dat hy hierdie voorneme gestand doen. Sy werkswyse het egter 'n dieper impak want dit stel 'n standaard daar wat as voorbeeld kan dien vir almal wat by regspleging in hierdie hof betrokke is.

In aansluiting by die vorige paragrafe kan 'n mens sê dat die werklike meriete van hierdie boek lê in die interpretasie van die wet en reëls en die kommentaar wat die skrywer daarop lewer. Sy argumente is van so 'n kwaliteit dat dit 'n mens dwing om jou eie sieninge oor hierdie vakgebied in heroerwering te neem.

Die boek is goed versorg en min taal- en drukfoute is te bespeur. Regshandboeke se pryse bly altyd 'n netelige kwessie. In die lig van die huidige inflasiekoers behoort 'n bedrag van R48,00 egter nie te veel wenkbroue te laat lig nie.

Om af te sluit: Vir die praktisyn is hierdie werk onontbeerlik. Maar die belangrikheid daarvan gaan veel verder. Akademici en amptenare betrokke by die regspleging asook elke regstudent behoort hierdie werk baie waardevol te vind.

IM BREDENKAMP
Universiteit van Suid-Afrika

**THE PRACTITIONER'S GUIDE TO THE ALIENATION OF LAND
ACT**

deur ADJ VAN RENSBURG en SH TREISMAN

Butterworth, Durban Pretoria; 2e uitg 1984; 332 bl

Prys R46 + AVB (sagteband)

Die eerste uitgawe van hierdie werk is volledig deur my bespreek in 1983 *THRHR* 108. Die voorneme is nie om weer die tweede uitgawe te bespreek nie en die opmerkings wat volg, is meer in die aard van 'n boekaankondiging. In die gemelde resensie is die standpunt uitgespreek dat die boek 'n onontbeerlike en uitstekende werk is. Dit geld eweseer vir die jongste uitgawe.

Die skrywers meld in hulle voorwoord dat die eerste uitgawe in 'n kort tydjie uitverkoop was. Dit is geen verrassing nie. Hulle besluit om 'n nuwe uitgawe op die merk te plaas, in stede daarvan om te volstaan met 'n herdruk, moet verwelkom word. In die tweede uitgawe word die jongste wetswysigings en gesag bygewerk. Boonop het die skrywers sekere verdagte stellings in die eerste uitgawe heroorweeg en kom hulle met nuwe standpunte na vore. Dit op sigself maak die nuutste uitgawe 'n noodsaaklike aankoop. Daar is enkele bronne waarna die skrywers gerus kon verwys het in hulle tweede uitgawe wat die volledigheid van die werk verder in die hand sou gewerk het. Ek laat dié aangeleentheid doelbewus daar en sal die betrokke bronne aan die skrywers self verstrek indien hulle daarin sou belangstel.

'n Interessante pluspunt van die boek is dat die outeurs meld dat hulle kennis geneem het van kritiek deur resensente op die eerste uitgawe, en dat hulle gepoog het om die kritiek te akkommodeer. Die kritiek sowel as die skrywers se reaksie daarop is nagegaan. Dit is duidelik dat die skrywers inderdaad standpunte wat in die resensies opgeneem is op betreklik groot skaal in hulle jongste uitgawe ingesluit het. Dit is 'n lofwaardige poging en maak die akademiese gesprek sinvol. Regskrywers, seker maar die meeste van ons in 'n mindere of meerdere mate, is dikwels te selfvoldaan en sensitief om kennis te neem van gegronde kritiek. Daarmee ontnem die skrywer homself die geleentheid om op vroeëre pogings te verbeter. Van Rensburg en Treisman het hierdie onnodige opgeblasenheid ontkom.

Die tweede uitgawe word sonder voorbehoud by akademici, praktisyns, sake-lui en studente aanbeveel.

JM OTTO

Randse Afrikaanse Universiteit

ENGINEERING AND CONSTRUCTION LAW

by PC LOOTS

Juta Cape Town Wetton and Johannesburg 1985; xxxv and 431 pp

Price R110,00 + GST

"It may well be that, as I have already suggested, a century ago building was a much more straightforward operation requiring no specialist skills other than those ordinarily to be found in the local builder . . ."

(*per Piers Ashworth QC in National Coal Board v Wm Neill & Son (St Helens) Ltd 1984 1 All ER (QBD) 557 571*). This *dictum* rings true not only in England, but in South Africa as well. Builders, architects and engineers are increasingly facing development and related problems, both in their field and in the law pertaining thereto. Lawyers called upon to resolve legal issues in the building trade are confronted with very similar problems and developments. In this respect, the author deserves to be commended on this book which appears at

a time when the need for a closer link between the building trade and the legal profession is keenly felt.

The paucity of South African authority in this field is most clearly reflected by the references to English authorities in our latest decisions (for example, in *Alfred McAlpine & Son (Pty) Ltd v Transvaal Provincial Administration* 1974 3 SA 506 (A), there were allusions (518 538) to the tenth (1970) edition of Hudson *Building and Engineering Contracts*, and the sixth (1962) edition of Emden and Watson *Building Contracts and Practice* (538), whilst in *Universiteit van Stellenbosch v JA Louw (Edms) Bpk* 1983 4 SA 321 (A), Galgut AJA (337) refers to the tenth (1970) edition of Hudson *Building and Engineering Contracts*). From a South African legal point of view, Loots' work is therefore more than welcome being one of the few, if not the only comprehensive publication in its field which is truly relevant for the South African building trade, and which revives the Roman-Dutch element in construction law, at least, in so far as the influence of Voet 19 2 34 is concerned.

The first fifty pages are devoted to a rather general exposition of the law relating to engineering and construction matters. The significance and classification of construction contracts, unjust enrichment and *quantum meruit* are examined. The author also provides a concise but valuable exposition on professional responsibility in the construction industry. Bearing in mind that the book also caters for the layman who lacks a legal background, an account of the general legal principles relating to the formation of contractual obligations would not have come amiss.

The rest of *Engineering and Construction Law* deals analytically with the printed *General Conditions of Contract (1982) for Use in Connection with Works of Civil Engineering Construction*. As the author justly indicates in his preface,

“(t)he employer, the consulting engineer, the contractor and the subcontractor are given a detailed analysis of each clause of the General Conditions of Contract including the practical background necessary for an understanding of each clause in the context of the contract, while the legal background is set out by way of notes, case references, case studies and cross-references” (xi).

By the author's own admission (xii) the judgment in *Melmoth Town Board v Marius Mostert (Pty) Ltd* 1984 3 SA 718 (A) was passed when his work was already in the process of being printed. He was therefore unable to do more than refer to it. As in *Melmoth Town Board v Marius Mostert (Pty) Ltd* 1983 1 SA 700 (D), the basic issue to be resolved in this case was whether the engineer could adjust the contract price in the manner reflected in the final certificate, read with the appendix to the relevant variation order in terms of clause 54 of the *General Conditions of Contract*. The appellate division, like the court *a quo* answered this question in the negative, but for a different reason. It held that the engineer, whilst purporting to apply the provisions of clause 54 (which requires consideration of the effect of the overall increase or decrease in the tender price, and not of the effect of an increase or decrease resulting from one of a number of variations) actually sought to invoke clause 52(2) of the *General Conditions of Contract*.

An easy, flowing style of writing is maintained throughout the book. With the lay reader in mind, legal jargon and Latin terminology are avoided as far as possible. However, a more detailed explanation of *de minimus non curat lex*

and the *exceptio non adimpleti contractus* (20) would have been in order particularly in view of the fact that neither of these maxims are included in the glossary of legal terms (387).

References to notes, cases and other works are extensive and impressive. However, at times the contextual method of reference hampers uninterrupted reading, and perhaps the footnote method would have been more suitable. The editing, language and technical treatment are all excellent, save for the following minor errors which are recorded merely so that they may be corrected in future editions: "byelaws" should read "bye-laws" (xi); "assignment of sub-contractors obligations" should read "assignment of subcontractor's obligations" (xix); *Melmoth Town Board v Marius Mostert (Pty) Ltd* 1984 3 SA 718 (A) is mentioned at 259, and should therefore be indexed in the table of cases at xxix; the excerpt purported to have been taken from page 172 of Hudson *Building and Engineering Contracts* actually appears on page 173 of that work (11); "*Union Government v Viavini Ferro-Concrete Pipes (Pty) Ltd* 1941 AD 43" should read "*Union Government v Vianini Ferro-Concrete Pipes (Pty) Ltd* 1941 AD 43" (67); "*Yodaiken v Aughern & Piel* 1914 TPD 254" should read "*Yodaiken v Anghern & Piel* 1914 TPD 254" (122); "*Melmoth Town Board v Marius Mostert (Pty) Ltd* 1983 1 SA 700 (D)" should read "*Melmoth Town Board v Marius Mostert (Pty) Ltd* 1983 1 SA 700 (D)" (249).

In conclusion, one could say that this work represents a tangible example of cross-pollination between two worthy disciplines, and that it has earned itself a rightful place on bookshelves – not only those of lawyers, but of all who are practically involved in the construction industry.

GIORGIO RADESICH
University of South Africa

THE INHERENT JURISDICTION OF THE SUPREME COURT

JEROLD TAITZ

Juta Kaapstad Johannesburg 1985; xxv en 113 bl

Prys R25,00 + AVB (slegs sagteband)

Hierdie boek, die eerste enkele werk oor die betrokke onderwerp, is 'n gedeelte van die skrywer se proefskrif met dieselfde titel wat in 1983 aan die Universiteit van Kaapstad voorgelê is. Alhoewel dit nie duidelik uit die titel van die boek blyk nie, stel die skrywer hom ten doel om meer lig te werp op die inherente jurisdiksie van die hooggeregshof van *Suid-Afrika*. 'n Gedeelte van die boek word egter (onvermydelik) gewy aan die regsposisie in Brittanje sowel as lande van die Britse statebond.

Die materiële inhoud van die boek is in tien dele ingedeel en soos te wagte kan wees by 'n verwerkte proefskrif, is dit van 'n gevolgtrekking voorsien. Dat

die skrywer inderdaad meer lig op die aangeleentheid werp, blyk uit die volgende aanhalings:

"2 The general jurisdiction of the Supreme Court is not derived from its inherent jurisdiction alone. The Court owes its general jurisdiction to legislation, the common law and its inherent jurisdiction;"

"The notion of unlimited jurisdiction is separate and distinct from the notion of inherent jurisdiction possessed by superior courts"(4).

Inherente jurisdiksie word beskou as

"those (unwritten) powers, ancillary to its common law and statutory powers, without which the Court would be unable to act in accordance with justice and good reason"(8).

". . . the term [inherente jurisdiksie] is often misused by jurists as a convenient 'umbrella term'.

(b) . . .

(c) The inherent jurisdiction of the Court should not be equated with any prerogative powers enjoyed by it.

(d) The inherent powers enjoyed by the Court are not synonymous with principles of common law. The latter may be seen as positive substantive law, which is largely unwritten. On the other hand, inherent powers are discretionary in nature" (54).

"Considering the nature and purpose of the inherent jurisdiction of the Court, the development of common law review and its many features by the Court may be attributed to such inherent powers"(77).

"It remains only for the Appellate Division to decide which of the two recent judgments (*Cerebos Food Corporation Limited v Diverse Foods SA (Pty) Ltd* 1984 4 SA 149 (T) en *Trade Fairs and Promotions (Pty) Ltd v Thomson* 1984 4 SA 177 (W)) is correct in law regarding the *ubi ius ibi remedium* principle. Perhaps the Appellate Division may have occasion to consider the Anton Piller order in relation to the inherent jurisdiction of the court" (92 – my kursivering).

"The two most significant differences between *ubi ius ibi remedium* and the inherent jurisdiction of the Court, as judicial means of creating remedies, lie first in the fact that the Court enjoys a discretion whether or not to create or modify a remedy through its inherent powers. Secondly, before the Court may resort to the *ubi ius ibi remedium* the aggrieved party must establish his enjoyment of a substantive right. On the other hand, the Court appears to have granted relief, by virtue of its inherent powers, where the aggrieved party possessed no more than procedural rights" (96).

Met hierdie uitsprake (en vele ander) trek die skrywer 'n streep deur geëkte standpunte soos dié in byvoorbeeld Herbstein en Van Winsen *The Civil Practice of the Superior Courts in South Africa* (1979) 23 dat die hooggeregshof uit hoofde van sy inherente jurisdiksie enigiets mag doen wat nie deur die reg verbied word nie (m a w dat die hooggeregshof se algemene jurisdiksie vanaf sy inherente jurisdiksie verkry word) en die standpunt dat die inherente jurisdiksie van die hooggeregshof sinoniem is aan die gemeenregtelike jurisdiksie daarvan. (Vgl o a Forsyth *Private International Law* (1981) 140; Gering e a *LAWSA* (red Joubert) 11 (1985) 398; Brookes *LAWSA* (red Joubert) 3 (1981) 45; asook Snyman en Morkel *Strafprosesreg* (1985) 560 21.1(a).)

Taitz slaag met hierdie werk daarin om op 'n wetenskaplike wyse die oorsprong, aard en uitoefening van inherente jurisdiksie op 'n vaste basis te plaas en toon daarmee weer eens aan dat deeglike en voortdurende navorsing tot voordeel van sowel akademie as praktyk strek.

Die skrywer se styl en aanbieding is goed en die boek lees maklik. Die omslag van die boek is modern en dit breek weg van die tradisionele voorkoms van regsboeke. Een punt van kritiek is dat die veelvuldige herhaling van die uitdrukkings "these examples are not exhaustive" (vergelyk o a 14, 15, 18 en 23) en "it is apposite" (vergelyk o a 36, 40, 66, 67 en 70) soms irriterend kan wees.

Ander punte van kritiek is dat die leser in 'n mate, soos hierbo genoem, deur die titel van die boek in die duister gelaat word; dat ten spyte van 'n omskrywing van die begrip "inherente jurisdiksie" in die inleiding van die boek, eers op bladsye agt en nege van die teks 'n volledige omskrywing hiervan aangetref word; en dat die leser nie voldoende ingelig word oor *hoe* die Engelse hoërhowe inherente jurisdiksie verkry het nie.

Die tegniese versorging van die boek is oor die algemeen goed maar, soos feitlik die geval is by enige boek, is daar foute: bladsy xx: *Collet v Priest* in plaas van *Collett v Priest*; bladsy 49 12e reël van bo: 'Court' ipv 'court'; bladsy 70: hakie weggelaat na "... (or even a maxim . . .)"; Dit is myns insiens ook onnodig om naas die buiteblad, 'n aparte titelbladsy (i) en daarnaas (iii) eers die normale titelbladsy te hê. In die geheel gesien, is dit 'n boek wat teen die billike prys van R25,00 deur enige regsgeleerde aangekoop en met vrug geraadpleeg kan word.

DANIE VAN LOGGERENBERG

Universiteit van Port Elizabeth

ROMEINSRECHTELIJKE GRONDSLAGEN VAN HET NEDERLANDS PRIVAATRECHT: INLEIDENDE HOOFDSTUKKEN

deur R FEENSTRA

EJ Brill/Universitaire Pers Leiden 1984: xxii en 335 bl

Prys 68,00 Gulden

Hierdie boek is die vierde hersiene druk van 'n hoogs suksesvolle werk deur 'n skrywer wat geen bekendstelling nodig het nie. Die rede vir die verskyning van die hersiene druk is om die verwysings na die Burgerlijk Wetboek aan te vul met verwysings na die Nieuw Burgerlijk Wetboek (meer besonderhede oor laasgenoemde word gegee in § 27). Hier en daar word ook begrippe wat in die NBW verskyn, verduidelik. Geen groot wysigings is egter met betrekking tot die derde druk aangebring nie (voorwoord tot die vierde druk p ix).

Hierdie werk is alreeds volledig bespreek (vgl bv 1978 *THRHR* 99; 1979 *THRHR* 458; 1980 *SALJ* 334; 1981 *THRHR* 225; 1981 *SALJ* 294; 1984 *SALJ* 782). Die inhoud daarvan sal dus nie verder bekend gestel word nie.

By die beoordeling van die werk moet deurgaans in gedagte gehou word dat dit primêr geskryf is as 'n handboek vir studente. Op 'n volledige uiteensetting van die beginsels van die Romeinse reg maak die werk nie aanspraak nie vanweë die beperking daarop gestel in die titel: die stof word konstant aangebied met die Nederlandse privaatreg as *terminus ad quem*. Met hierdie twee feite in gedagte lig die skrywer die basiese beginsels van die Romeinse reg uit, en hy slaag voortreflik daarin om selfs ingewikkelde en moeilike kwessies op 'n eenvoudige en verstaanbare wyse te verduidelik. (Vgl bv die bespreking oor eiendom en besit (§ 74 e v) en die algemene bespreking wat die verbintenisreg voorafgaan

(§ 214 e v). Ten einde dit vir studente makliker te maak om die vereistes vir *usucapio* te onthou, word selfs 'n vers in heksameter gegee (§ 128). Latynse terme word ook deurgaans vertaal en verduidelik waar nodig. Dit kom ten slotte as geen verrassing nie dat daar aan die einde van die werk 'n bylae voorkom wat voorbeelde van *formulae* met vertalings daarby bevat, asook 'n tydtafel waarin enkele belangrike datums en gebeure in die Romeinse en Europese regsgeiedenis gegee word.

Eweneens met studente in gedagte, het die skrywer gepoog om so 'n nou as moontlike band te laat bestaan tussen die werk en die bekende leerboek van Kaser-Wubbe, *Romeins Privaatrecht*, vertaal en bewerk deur FBJ Wubbe (hier te lande beter bekend is die vertaling deur RKHWH Dannenbring – *Roman Private Law* waarvan die vierde uitgawe in 1985 verskyn het).

Alhoewel die skrywer self noem (voorwoord tot die vierde druk p ix) dat die gemelde boek van Kaser as inspirasie gedien het tot vele onderwerpe in die werk, is daar van 'n slaafse navolging of blote oornameword van die stof in Kaser geen sprake nie. Dikwels gaan die skrywer verder en bespreek onderwerpe in meer besonderhede en met vollediger verduideliking (vgl § 266 met betrekking tot die vraag of die *actio legis Aquiliae* ook aangewend kon word ten opsigte van die verwonding of dood van 'n vry persoon; § 96 met betrekking tot *mancipatio*; § 394 met betrekking tot verteenwoordiging in die verbintenisreg waar ook gekyk word na die sosiale en maatskaplike faktore wat noodsaaklik is vir 'n begrip van die onderwerp; en die kritiek wat die skrywer uitspreek in sy behandeling van die *actio Publiciana*: § 89). Ook word nie gehuiwer om op die sistematiek van Kaser se leerboek te verbeter en om die stof vir die studente makliker toeganklik te maak nie (vir 'n goeie voorbeeld vgl § 302 e v met betrekking tot aanspreeklikheid op grond van 'n verbintenis).

Soos in die verlede is verwysings in die note (in die vorm van kleindruk aan die einde van paragrawe) kort en bondig en wat moderne literatuur betref, word slegs na ongeveer ses handboeke verwys. Die ernstige student sal dus self moet gaan soek na resente bydraes oor die Romeinse reg.

Professor Feenstra het die werk geskryf vir Nederlandse studente. Tog is hierdie werk van groot belang vir plaaslike studente en academici. In die behandeling van die grondslae van die Nederlandse privaatreë word daar telkens gewys op die ontwikkeling wat na Justinianus plaasgevind het in byvoorbeeld die Kanonieke reg, by die Glossatore ensovoorts. In die lig van die regserfenis wat Suid-Afrika en Europa deel, kan hierdie gedeeltes met goeie gevolg gebruik word deur 'n persoon wat die historiese ontwikkeling van 'n bepaalde regsinstelling moet ondersoek. Nuttig in dié verband is dan ook 'n bronneregister wat die verskeidenheid tekste waarna verwys word vir die leser maklik toeganklik maak. Dosente en studente in die regte kan hierdie werk met groot vrug aanwend bykomstig tot die handboeke wat tans in gebruik is. Daar kan baie gebaat word by die wyse waarop die stof uiteengesit en verduidelik word.

Die behoefte wat daar in Suid-Afrika bestaan aan 'n werk wat die Romeinse reg op soortgelyke wyse behandel, word deur hierdie boek weer eens beklemtoon.

'N INLEIDING TOT DIE WET OP HUWELIKSGOEDERE 1984

deur JUNE SINCLAIR, vertaal deur COENRAAD VISSER

Juta Kaapstad Wetton en Johannesburg 1984; ix en 107 bl

Prys R14,70 + AVB (sagteband)

Professor June Sinclair se monografie oor die nuwe Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984 het tot dusver hoofsaaklik gunstige kommentaar uitgelok (sien by DJ Joubert 1985 *SALJ* 345; Joan Church 1985 *De Rebus* 194). Dit is nie onverdient nie. In die geheel gesien, bied die boek 'n volledige uiteensetting van die bepalings van die wet, sowel as nuttige, en dikwels indringende, besprekings van problematiese aspekte. Onduidelikhede in die bewoording van die wet, moontlike interpretasieprobleme en dies meer word deeglik onder die loep geneem. Heelwat van dié tipe besprekings en redenasies kom voor in die voetnote van die boek – hulle moet dus nie oor die hoof gesien word nie. Moontlike oplossings of riglyne word aan die hand gedoen en dit dra myns insiens grootliks by tot die waarde van die boek vir die regsprofessie.

Die skrywer skroom nie om kritiek uit te spreek oor dit wat sy as gebreke of leemtes in die wet beskou nie, maar haar kritiek is selde ongemotiveerd. Sommige van haar standpunte in hierdie verband is egter aanvegbaar. 'n Voorbeeld is haar pleidooi vir die uitbreiding van die regterlike diskresie om by egskending bates van die een gade na die ander oor te dra (56–58). Dié diskresie word deur artikel 36 van die wet verleen slegs in geval van huwelike buite gemeenskap van goed en van wins en verlies, sonder aanwasdeling, wat vóór 1984-11-01 gesluit is. Die basis vir die uitoefening van die diskresie is 'n direkte of indirekte bydrae wat die ontvanger van die bate gemaak het tot die groei of instandhouding van die boedel van die (oorspronklike) eienaar van die bate. Benewens verdere uitbreidings, bepleit Sinclair dat die grondslag vir die uitoefening van die diskresie (om bates oor te dra) eerder *behoefte* ("need") moet wees, en dat bydraes gemaak deur die ontvanger slegs by die bepaling van die omvang van die bates wat toegeken word, 'n rol moet speel. Ek is nie oortuig dat die gebruik van behoefte as enigste grondslag vir die uitoefening van die diskresie wenslik of selfs billik is nie. Die voorbeeld wat die skrywer ter stawing van haar standpunt gebruik, illustreer wel dat 'n vrou wat nie in staat was om gedurende die bestaan van die huwelik 'n bydrae te maak nie, nie by egskending op haar man se bates aanspraak kan maak nie – sy het darem wel 'n aanspraak op onderhoud. Indien behoefte egter die bepalende faktor sou wees, sou dit ewe onbillik werk teenoor 'n vrou wat bereid en in staat is om te werk, 'n bydrae tot haar man se boedel lewer en selfversorgend word. Sy sou nòg op 'n deel van haar man se bates, nòg, afhangende van die omstandighede, op onderhoud geregtig wees. Sekerlik is *bydrae* in so 'n geval 'n billiker grondslag as behoefte. Deur behoefte bepalend te maak, loop mens die gevaar om vrouens in soortgelyke omstandighede te ontmoedig om bydraes te maak of selfversorgend te word uit vrees dat hulle

sodoende alle aanspraak op enige toekenning by egskedding sal verloor. Dit sal die sosio-ekonomiese probleme (waarop die skrywer self in die eerste hoofstuk van die boek wys) waarmee die huweliksgoederereg alreeds by egskedding te kampe het, net vererger — vergelyk byvoorbeeld die sogenaamde “new poor” en die gebrek aan bates of inkomste wat beskikbaar is vir verdeling.

Sinclair stel dit in haar voorwoord baie duidelik dat die boek slegs ’n inleiding is. ’n Mens kan gevolglik nie te krities wees indien iets oor die hoof gesien word of nie volledig bespreek word nie. Dit gebeur in elk geval selde. Ek wil darem op twee gevalle wys waar die presiese bewoording van die wet nie akkuraat weergegee word nie en waar dit wat in die boek gesê word, gevolglik ’n verkeerde indruk mag skep.

Artikel 27 van die wet wysig artikel 1(1)(b) van die Erfopvolging Wet 13 van 1934. Laasgenoemde artikel reël die reg van langslewendes om intestaat van hul oorlede gades te erf. Die wysiging maak voorsiening vir ’n huwelik gesluit volgens die aanwasbedeling. Op 37 voetnoot 126 word gesê dat die langslewende gade in ’n huwelik volgens die aanwasbedeling geregtig is om ’n “kindsdeel, of soveel as wat tesame met die *vordering vir enige aanwas in die bestorwe boedel*, nie R50 000 oorskry nie” te erf (my kursivering). Die Engels is gelykluidend. Dit sou beteken dat ’n mens die langslewende se erfdeel eenvoudig bepaal deur sy of haar vorderingsreg op aanwas teen die oorledene se boedel van R50 000 af te trek, sonder om enige aanwas wat die langslewende se eie boedel mag toon, hoegenaamd in ag te neem. Die bewoording van die wet is egter “ ’n kindsdeel, of soveel as wat tesame met sy of haar aandeel in die *aanwas van die huwelikspartye se boedels*” nie R50 000 oorskry nie (my kursivering). Die Engels is soortgelyk. ’n Letterlike uitleg van dié bepaling noop ’n mens tot die gevolgtrekking dat nie alleen die langslewende se vorderingsreg op aanwas teen die oorledene se boedel nie, maar ook eersgenoemde se eie aanwas, van R50 000 afgetrek moet word. Om ’n gade se aandeel in die aanwas van *beide partye se boedels* te bepaal, moet ’n mens sy eie aanwas by sy aandeel in die ander party se (groter) aanwas tel. Dit sal dan neerkom op die helfte van die totale aanwas in albei boedels. Hierdie bedrag sal natuurlik groter wees as die vorderingsreg wat die gade met die kleinste aanwas teen die ander (se boedel) het, tensy eersgenoemde se boedel geen aanwas toon nie, in welke geval die bedrae ewe groot sal wees.

Artikel 24 van die wet reël die vermoënsregtelike gevolge van ’n minderjarige se huwelik wat sonder die nodige toestemming aangegaan is. Op 67 word die bewering gemaak dat indien so ’n huwelik nie ontbind word nie, die vermoënsregtelike gevolge daarvan dié is wat deur die partye by huweliksluiting gekies word “en dat ’n huweliksvoorwaardekontrak . . . geag . . . [word] . . . geldig verly te wees.” Die duidelike bewoording van artikel 24(2) stel dit egter onomwonde dat alleenlik “enige *huweliksvoorwaardes ingevolge waarvan die aanwasbedeling ingesluit is* . . . geag [word] geldig verly te wees” (my kursivering). Indien die skrywer wil argumenteer dat afgewyk moet word van die letterlike interpretasie van die wet sodat ook huweliksvoorwaardes wat aanwas uitsluit, geldig geag word, moet so ’n uitleg goed gemotiveer word met verwysing na die reëls van wetsuitleg.

Die boek is in Afrikaans vertaal deur Coenraad Visser. Vertaling is op sigself 'n kuns, en wanneer vakpublikasies vertaal word, stel die vereistes van getrouheid aan die oorspronklike teks en vloeiendheid en akkuraatheid van die vertaling baie hoë eise aan die vertaler. Boonop verwag die leser dat die vertaling idiomaties en vlot moet lees en dat terminologiese onduidelikhede nie moet voorkom nie.

In die geheel gesien, kwyt Visser hom goed van sy taak. Die Afrikaanse uitgawe is 'n getroue weergawe van die oorspronklike en alhoewel 'n mens hier en daar aan die woordorde en -gebruik kan merk dat die boek nie oorspronklik in Afrikaans geskryf is nie, is die vertaling in die algemeen vlot en idiomaties. Hier en daar is egter iets wat pla. Op 31 word "do not make sense" vertaal met "sinneloos," wat *sonder sinne*, dit wil sê *mal*, beteken. Die korrekte woord hier is "sinloos," wat *sonder sin*, dit wil sê *betekenisloos*, beteken. Die vertaling van "anachronism" met "tydteenstrydigheid" (30 en 48) is verdag. Dié Afrikaanse woord is so onbekend dat min lesers met die eerste oogopslag sal weet wat dit beteken, terwyl *anachronisme* 'n bekende en korrekte Afrikaanse woord is. "Actions sounding in property" word op 31 met "aksies in terme van goed" vertaal, terwyl *betreffende* of *met betrekking tot* myns insiens beter Afrikaans sou gewees het.

In enkele gevalle is die oorspronklike Engels nie getrou in die Afrikaans weergegee nie. Op 46 voetnoot 149, is "the courts . . . *did not strain to find* that the donation fell within the . . . class" soos volg vertaal: "[D]it was *nie vir die howe moeilik om te bevind* dat die skenking binne die . . . klas geval het nie." "[T]he reciprocity of the duty of support *and the duty of both spouses to contribute* towards . . . the joint household" word op 147 voetnoot 150 "die wederkerigheid van die onderhoudspilig *om by te dra tot . . . die gemeenskaplike huishouding.*" Op 53 word "the court will *retain* its power to . . . *and, in addition . . . will be able to direct*" vertaal met "behou die hof sy bevoegdheid om . . . *asook om . . . te beveel.*" "[A] contract of maintenance for services" word op 56 " 'n kontrak vir die instandhouding van dienste," terwyl die betekenis van die sinsnede in die samehang 'n *kontrak om onderhoud te betaal in ruil vir dienste* is. In al hierdie gevalle verskil die betekenis van die Afrikaanse sinsnedes van dié van die oorspronklike Engels en dit kan uiteraard verwarring skep.

Op 'n paar plekke is woorde wat in die Engelse teks voorkom in die Afrikaans uitgelaat of verander. Die meeste van hierdie gevalle is waarskynlik te wyte aan die drukkersduiwel. Omdat verwarring kan ontstaan, word hulle egter aangedui, met die ontbrekende of afwykende woord(e) tussen hakies:

bladsy 18, tweede paragraaf: " 'n [E]ggenoot word verbied om sonder die (skrifte-
like) toestemming van die ander;"

bladsy 50 voetnoot 164: "huwelike gesluit na (in plaas van *voor*, Engels "before") die inwerkingtreding van die Wet;"

bladsy 62 voetnoot 193' " 'n aansoek by (die hof) ingevolge;" en

bladsy 71 voetnoot 224: "swartes word nie toegelaat om 'n gemeenregtelike huwelik (in gemeenskap van goed) te sluit waar daar 'n bestaande gewoonte-
verbintenis" is nie.

Die Afrikaanse en Engelse eksemplare van die boek bevat, benewens die teks, ook 'n voorwoord, inhoudsopgawe, vonnisregister en in beide gevalle 'n goeie,

volledige register. Die volledige teks van die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984 is ook ingesluit as 'n aanhangsel.

Die outeur en vertaler kan ten slotte geluk gewens word met hul onderskeie bydraes tot die Suid-Afrikaanse regsletteratuur. Die boek is beslis sy (baie redelike!) prys dubbel en dwars werd.

ANNÉL VAN ASWEGEN
Universiteit van Suid-Afrika

REGSTELLING

In verband met die vonnisbespreking van *Horty Investments v Interior Acoustics (Pty) Ltd* 1984 3 SA 537 (W) (1985 *THRHR* 227 e v) word die volgende regstelling gemaak: Die laaste sin op 230 (-231) moet soos volg lui:

“Die posisie is dus dat nie slegs die vertrouër se posisie oorweeg word nie (sien bv *Johaadien v Stanley Porter (Paarl) (Pty) Ltd* 1970 1 SA 394 (A) 404E-G waar hoofregter Steyn *obiter* van oordeel is dat 'n onskuldig opgewekte vertrouër regsgevolge kan hê) maar ook dié van die vergisser (sien ook *George v Fairmead* 1928 2 SA 465 (A), veral 471A-D en *National and Overseas Distributors Corporation (Pty) Ltd v Potato Board* 1958 2 SA 473 (A) 479G-H waar die klem wel op die posisie van die vertrouër geplaas word, maar die moontlikheid van 'n redelike dwaling en gevolglike ongebondenheid tog voorsien is).”

